

Nueva Revista

No. 002 Diciembre 2009

# Judicial

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

Compilación jurisprudencia





Nueva Revista

# Judicial

**Tribunal Superior Militar**

Edición 002 diciembre de 2009



“En efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo Constitucional-garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la Ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas Constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas.

En esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes”.

Luigi Ferrajoli



## Justicia Penal Militar

**GR. FREDDY PADILLA DE LEON**

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

**CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA**

Vicepresidente Tribunal Superior Militar

**DR. AURORA RAMÍREZ DE ARAOZ**

Directora Ejecutiva Justicia Penal Militar  
*Subdirección*

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

**LILIAN IVONNE POLANIA ORJUELA**  
**JENNYFER MOLINA SÁNCHEZ**  
Dirección de Arte

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



## “PRESENTACIÓN”

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

### EL BICENTENARIO Y LA JUSTICIA PENAL MILITAR

Nos aproximamos a celebrar el bicentenario de nuestra independencia, por ello, nada más oportuno que la publicación de la segunda revista judicial del Tribunal Superior Militar como homenaje a nuestra Jurisdicción Castrense.

La Justicia Penal Militar no puede ser ajena a esta celebración cuando ha sido protagonista de nuestra historia desde comienzos de nuestra independencia y de nuestras primeras constituciones políticas, constituyéndose hasta el día de hoy en parte de las instituciones democráticas y de la administración de justicia como lo consagra el artículo 116 de la actual Carta Política.

El proceso de transformación de nuestra Justicia Penal Militar ha ido de la mano de la evolución de nuestro Estado de derecho y de la modernización de sus instituciones que condujeron a las reformas constitucionales como la de 1.991, donde el Constituyente primario plasmó el Fuero Penal Militar dentro del marco del Estado social y democrático de derecho como norma garante de los derechos de los miembros de la Fuerza Pública para ser juzgados por sus pares cuando la conducta punible sea cometida por uno de sus miembros en servicio activo y en relación con el mismo servicio como lo circunscribe los artículos 217 y 218 de la preceptiva Superior.



Empero, ha sido la Honorable Corte Constitucional la que ha fijado el alcance del Fuero Militar en sentencias como la C-358 de 1997, C-878 de 2006 y C-533 de 2008, decisiones que constituyen la carta de navegación para esta justicia especializada en lo atinente a los delitos militares, militarizados y comunes que guarden relación con el servicio.

A su vez, la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, como órgano de cierre de la Justicia Castrense, ha fijado importantes hitos en la competencia de la Justicia Penal Militar especialmente en lo que tiene que ver con los delitos comunes que guardan relación con el servicio, para mencionar las sentencias 20764 del 6 de abril de 2006, Magistrado Ponente doctor YESID RAMÍREZ BASTIDAS, 28761 del 25 de junio de 2008 y 22354 del 17 de septiembre de 2009, Magistrado Ponente doctor AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN, donde se enmarcan como delitos relacionados con el servicio, las conductas de los miembros de la Fuerza Pública cuando se ejercen funciones administrativas dentro de los factores subjetivo y funcional de conformidad con el criterio foral que fija la jurisprudencia.

Nos corresponde hoy, en esta fecha histórica para nuestra nación, hacerle un reconocimiento a la institución del Fuero Militar, administrando justicia dentro de los más caros valores democráticos, respetuosos de los principios de la dogmática constitucional y del derecho penal, lo que permitirá, sin lugar a dudas, mantener la institucionalidad, preservar la disciplina y el servicio de la Fuerza Pública.

Gracias a la gestión de la señora Directora AURORA RAMÍREZ DE ARAOZ, Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, tendremos semestralmente esta publicación. En nombre del Tribunal Superior Militar, nuestro agradecimiento y reconocimiento por el interés en la continuidad de esta revistas que tiene hoy gran aceptación en los funcionarios, la academia y estudiosos de este tema especializado.



## ESPECIAL RECONOCIMIENTO

A la Cr. ROSA ELENA TOVAR GARCÍA

El Tribunal Superior Militar expresa en esta edición un especial sentimiento de gratitud a la señora Cr. (R) de la Fuerza Aérea ROSA ELENA TOVAR GARCÍA, por los excelentes servicios prestados a la Corporación en su período noviembre 2004 - 2009.

Su destacada labor como Magistrada y Vicepresidente (julio 2007 - julio 2008), están reflejados en su liderazgo, lealtad y don de gentes que la hacen merecedora de este sentido homenaje que le tributan sus integrantes.

La señora Cr. (R) TOVAR ha dejado una huella imperecedera para nuestra Justicia Penal Militar donde se desempeñó como Juez de Instrucción Penal Militar, Auditora Principal y Auxiliar de Guerra, Fiscal Penal Militar ante Inspección, miembro del Comité de la Reforma a la Justicia Penal Militar, Fiscal Penal Militar ante Comando General de las Fuerzas Militares, Comando Armada Nacional, y Comando Fuerza Aérea, Vicepresidente Tribunal Superior Militar y Magistrada del Tribunal Superior Militar; haciéndose acreedora a diferentes condecoraciones y medallas, tales como la Medalla Marco Fidel Suárez; Francisco José de Caldas, Categoría al Esfuerzo; Francisco José de Caldas, Categoría consagración; Servicios Distinguidos al Cuerpo Logístico; Cruz de la Fuerza Aérea al mérito Aeronáutico, Categoría Oficial; Servicios Distinguidos a la Justicia Penal Militar; 15 años de servicio; Orden al Mérito Militar Antonio Nariño, Categoría Comendador y el Distintivo de Docente de Segunda Categoría de la Escuela Justicia Penal Militar.

Su criterio jurídico y sentido de la Justicia quedan reflejados en esta edición como justo reconocimiento a su dedicación y profesionalismo, puestos de manifiesto en el ejercicio profesional como militar y abogada.



## INDICE ALFABÉTICO GENERAL

### ABANDONO DE COMANDO

Para que se estructure es necesario que no se ejerzan, sin justa causa, las funciones propias del Comando.

Rad. 155550/09

MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA ..... 19

### ABANDONO DEL PUESTO

Estado de embriaguez, no requiere dictamen pericial – Principio de libertad probatoria.

Rad. 155584/09

MP. CR. (R) ROSA ELENA TOVAR GARCIA ..... 21

### ABANDONO DEL PUESTO

La función específica dentro de los servicios de seguridad y vigilancia no se suspende durante los lapsos de descanso.

Rad. 155642/09

MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA ..... 22

### ABANDONO DEL PUESTO - DELITO TÍPICAMENTE MILITAR

La especialidad de la Jurisdicción Justicia Penal Militar, no admite la detención domiciliaria.

Rad. 155582/09

MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ ..... 23

### ABANDONO DEL PUESTO

No está previsto para los Comandantes de Estación de Policía.

Rad. 155307/09

MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO ..... 23

### ACEPTACIÓN DE CARGOS – FINALIDAD - GARANTÍAS

El instituto de aceptación de cargos dispuesto en la Ley 1058 de 2006.

Alcance y aplicación.

Rad. 156032/09

MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA ..... 25



**VALORACIÓN DEL TESTIMONIO RENDIDO POR EL PARIENTE**

Alcance, validez y eficacia.

Rad. 154966/09

MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA ..... 27

**ATAQUE AL INFERIOR- ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL SERVICIO**

La conducta punible se debe efectuar durante el desenvolvimiento de una tarea inherente al cargo o función.

Rad. 149738/09

MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA ..... 28

**ATAQUE AL INFERIOR**

Conductas que atentan contra la dignidad humana constituyen tortura y no son de conocimiento de la Justicia Penal Militar.

Rad. 155175/09

MP. CR. (R) ROSA ELENA TOVAR GARCIA ..... 30

**ATAQUE AL INFERIOR**

Elementos indispensables para su estructuración.

Rad. 154882/09.

MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA ..... 31

**ATAQUE AL INFERIOR**

Para su configuración la agresión o violencia física puede ser de cualquier naturaleza.

Rad. 155362/09

MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA ..... 32

**ATAQUE AL INFERIOR**

Relación con el servicio como elemento estructurante de la tipicidad.

Rad. 151860/09

MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO ..... 33

**ATAQUE AL INFERIOR**

Tutela el respeto mutuo entre los miembros de la Fuerza Pública de distintas posiciones jerárquicas. Requisitos para su configuración. Solo es atribuible en la modalidad dolosa.

Rad. 155250/09

MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA ..... 33

**ATAQUE AL INFERIOR Y LESIONES PERSONALES**

Alcance bien jurídico de la Disciplina y su relación con la tarea constitucional encomendada al integrante de la Fuerza Pública.

Rad. 149936/09

MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ ..... 34

### **ATAQUE AL SUPERIOR**

Las ofensas verbales pueden llegar a constituirse en vías de hecho, como elemento estructurador del tipo.

Rad. 154533/09

MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO ..... 35

### **AUTO INHIBITORIO**

Examen de las causales de ausencia de responsabilidad.

Rad. 155256/09

MP. CR. (R) ROSA ELENA TOVAR GARCIA ..... 36

### **AUTO INHIBITORIO**

No es posible disponer el archivo de la actuación con fundamento en la duda. Causales son taxativas.

Rad. 155218/09

MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO ..... 36

### **COLISIÓN DE COMPETENCIAS**

No puede darse entre jueces de instrucción penal militar.

Rad. 155634/09

MP. MY (R) MARYCEL PLAZA ARTURO ..... 37

### **CONCEPTOS OPERACIÓN MILITAR Y CAMPAÑA**

Son disímiles pero pertenecen a la misma estructura y accionar de la fuerza pública.

Rad. 155645/09

MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ ..... 38

### **CONCURSO APARENTE DE TIPOS PENALES - DELITO COMPLEJO**

Privación ilegal de la libertad.

Rad. 155477/09

MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA ..... 39

### **CONCURSO ATAQUE AL INFERIOR - LESIONES PERSONALES**

Procedencia de la querrela, la conciliación y el desistimiento en las lesiones personales.

Rad. 155016/09

MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA ..... 42

### **DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA**

Cuando un funcionario judicial se declara incompetente, no es procedente decretar la nulidad de lo actuado.

Rad. 155416/09

MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA ..... 43



**DELITO DE DESERCIÓN. MODALIDAD DEL ARTÍCULO 128.3 DEL C.P.M.**

No se configura cuando se trata de una base militar fija.

Rad. 155696/09.

MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA ..... 43

**DELITOS COMUNES - RELACIÓN CON EL SERVICIO**

Competencia de la Justicia Penal Militar.

Rad. 155203/09

MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA ..... 48

**DELITOS CONTRA EL SERVICIO**

Precisión de los ingredientes normativos “Operación militar y límites” en los delitos contra el servicio.

Rad. 155322/09

MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA ..... 50

**DESERCIÓN**

Alcances del tipo penal contenido en el artículo 128-3 del Código Penal Militar.

Rad. 155646/09

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

**DESERCIÓN**

El acoso sexual frente a causales de ausencia de responsabilidad.

Rad. 155130/09

MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO ..... 54

**DESERCIÓN**

La indebida incorporación no hace atípica la conducta. Ausencia de responsabilidad por estado de necesidad.

Rad. 155145/09

MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO ..... 56

**DESERCIÓN - SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO EN LA POLICÍA NACIONAL**

Modalidades de prestación del servicio militar obligatorio y su duración.

Rad. 155379/09

MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA ..... 58

**DESERCIÓN**

Protege el servicio militar obligatorio.

Rad. 155537/09

MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA ..... 59

**DESERCIÓN - VINCULACIÓN Y DEFENSA TÉCNICA**

La vinculación mediante declaratoria de ausencia requiere esfuerzo para ubicar al procesado. La defensa técnica no es meramente formal.

Rad. 155795/09

MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ ..... 60

**DESOBEDIENCIA**

Su relevancia está en la naturaleza de la orden del servicio.

Rad. 155781/09

MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ ..... 61

**EL AUTO MEDIANTE EL CUAL SE NIEGA PROPONER O NO CONFLICTO DE COMPETENCIA, NO ES SUSCEPTIBLE DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Una petición en tal sentido ha de ser resuelta de plano, cuando se tiene competencia para ello.

Rad. 155685/09

MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA ..... 62

**EL INIMPUTABLE REALIZA EL INJUSTO PENAL**

Su condición, per se, no genera el fundamento para proferir cesación de procedimiento.

Rad. 155438/09

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

**EL PROCESO EJECUTIVO DEL DELITO DE DESERCIÓN**

Verificación del ingrediente normativo “cinco días”.

Rad. 154849/09

MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA ..... 65

**EL RETIRO DE LA ACUSACIÓN O LA RENUNCIA A ELLA POR PARTE DEL FISCAL**

En el procedimiento penal militar de la ley 1058 de 2006, vulnera el principio de legalidad, los límites, alcances y ejercicio de la acción penal.

Rad. 154905/09

MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA ..... 65

**ESPECIALIDAD JURISDICCIÓN CASTRENSE**

Improcedencia del desistimiento en delitos de lesiones personales cuya incapacidad para trabajar o enfermedad supera treinta días.

Rad. 154762/09

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

**ESTRUCTURA DEL DELITO PARA LOS INIMPUTABLES**

Solo cometen conducta típica y antijurídica.

Rad. 155443/09

MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA ..... 67

**FALSEDAD IDEOLOGICA EN EJERCICIO DE FUNCIONES**

Objeto jurídico en la falsedad. - Reformatio in pejus.

Rad. 153432/09

MP. CR. (R) ROSA ELENA TOVAR GARCIA ..... 68



## **FINES DEL PROCESO PENAL**

El de justicia debe responder también a una debida investigación.

Rad. 155489/09

MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ ..... 68

## **FUERO PENAL MILITAR – RELACIÓN CON EL SERVICIO**

Ataque al superior en concurso con lesiones personales dolosas - competencia jurisdicción castrense.

Rad. 154396/09

MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA ..... 69

## **HOMICIDIO CULPOSO POR OMISION**

El Comandante sí tiene la posición de garante respecto de la tropa que comanda. Nexo Causal - omisión causa o no del resultado.

Rad. 155053/09

MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ ..... 71

## **HOMICIDIO, LA COMPETENCIA SE DETERMINA EN LAS PRUEBAS**

Necesidad de la certeza en la cesación de procedimiento.

Rad. 155291/09

MP. CR. (R) ROSA ELENA TOVAR GARCIA ..... 74

## **HOMICIDIO, OMISIÓN E IMPUTACIÓN OBJETIVA**

Evolución de la culpa, nexos causal.

Rad. 155282/09

MP. CR. (R) ROSA ELENA TOVAR GARCIA ..... 76

## **IMPEDIMENTO**

Deben exponerse serios elementos de juicio que comprometan la ponderación e imparcialidad del funcionario judicial.

Rad. 155808/09

MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA ..... 78

## **IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA Y DEBIDO PROCESO**

Evidentes y palmarios errores en la imputación conducen a declarar la nulidad de la actuación.

Rad. 154634/09

MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA ..... 78

## **INDAGATORIA**

En el proceso penal militar, el juez de instrucción penal militar debe realizar la imputación fáctica y necesariamente no jurídica.

Rad. 155270/09

MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO ..... 79

**INDEBIDO EMPLAZAMIENTO GENERA NULIDAD**

Solo se permite el emplazamiento cuando no ha sido posible hacerlo comparecer.

Rad. 155794/09

MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA ..... 80

**INDUBIO PRO REO FRENTE A LA INDAGACIÓN PRELIMINAR**

Inaplicabilidad del principio del in dubio pro reo como fundamento para proferir auto inhibitorio.

Rad. 155705/09

MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA ..... 81

**INVESTIGACIÓN INTEGRAL - CERTEZA PARA CONDENAR**

Valoración de la prueba y observancia de los principios de la sana crítica.

Rad. 154709/09

MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA ..... 82

**LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN MATERIA PENAL MILITAR**

Debe imponerse bajo los postulados de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad.

Rad. 155838/09

MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ ..... 84

**LA LEY PENAL MILITAR Y EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO**

Cuándo un comportamiento que atenta contra la disciplina alcanza a transgredir la órbita penal y cuándo se queda en el ámbito disciplinario.

Rad.15418/09

MP. MY (R) MARYCEL PLAZA ARTURO ..... 84

**LA NORMA PENAL MILITAR**

¿Objetiva de valoración o subjetiva de determinación? El desvalor de acción y el desvalor de resultado.

Rad. 154868/09

MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA ..... 86

**LA NULIDAD SOLO PUEDE SER DECRETADA POR EL FUNCIONARIO COMPETENTE**

Procedimiento policial, relación con el servicio-ubicación del disparo desvirtúa legítima defensa-móvil-voluntad-dolo. Certeza para condenar.

Rad. 155123/09

MP. CR. (R) ROSA ELENA TOVAR GARCIA ..... 86

**LESIONES PERSONALES**

El Uso de la fuerza policial debe ser razonable.

Rad. 155116/09

MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO ..... 88



## **LESIONES PERSONALES**

La culpa de la víctima no excluye la responsabilidad del acusado, cuando la conducta de éste determinó la causación del resultado.

Rad. 154854/09

MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO ..... 89

## **LIBERTAD PROVISIONAL**

Se aplica lo normado en el Código Penal Militar cuando haya transcurrido más de un año a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación sin que se hubiere celebrado la respectiva audiencia, así en la jurisdicción ordinaria se contemple un término menor.

Rad. 155551/09

MP. MY. (R) MARYCEL PLAZA ARTURO ..... 90

## **LOS ACTOS RELACIONADOS CON EL SERVICIO**

La formación de iniciación del servicio o relación general es parte del régimen interno de la unidad y constituye acto relacionado con el servicio.

Rad. 155612/09

MP. MY. (R) MARYCEL PLAZA ARTURO ..... 91

## **LOS PRINCIPIOS DE LIMITACIÓN Y DE NON REFORMATIO IN PEJUS**

Sugieren para su aplicación la legalidad del proceso.

Rad. 153714/09

MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA ..... 92

## **MOTIVOS FUNDADOS PARA LA CAPTURA**

El informe policial no tiene valor como indicio, ni prueba, solo es criterio orientador de investigación.

Rad. 155228/09

MP. CR. (R) ROSA ELENA TOVAR GARCIA ..... 93

## **NULIDAD POR INDEBIDA MOTIVACIÓN**

Rad. 152326/09

MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA ..... 95

## **NULIDAD POR VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA**

Su declaratoria no viola el principio de la non reformatio in pejus.

Rad. 154463/09

MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO ..... 96

## **PARTE CIVIL – LEGITIMACIÓN**

El concepto de víctima, hoy es uno solo, es un contenido extensivo.

Rad. 154066/09

MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA ..... 99

**PECULADO CULPOSO - FALTA INVESTIGACIÓN INTEGRAL**

Dudas en la comisión de la conducta punible surgen cuando no se establece relación de causalidad entre el comportamiento del procesado y el resultado de la conducta.

Rad. 155186/09

MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA ..... 101

**PECULADO POR APROPIACIÓN**

Concurso aparente con el delito de cohecho propio por la apropiación de un arma de fuego incautada en procedimiento de policía. Competencia de la Justicia Penal Militar.

Rad. 155609/09

MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO ..... 102

**PECULADO POR APROPIACIÓN**

Para que se pueda hablar del delito de peculado por demora en la entrega de armas, municiones y explosivos y no de peculado por apropiación, debe haber precedido un decomiso de las mismas o que se hubieren recibido decomisadas o incautadas.

Rad.153900/09

MP. MY. (R) MARYCEL PLAZA ARTURO ..... 106

**PECULADO POR USO - CONFIGURACIÓN**

Abuso de poder por parte del servidor público en la función encomendada.

Rad. 155595/09

MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA ..... 108

**PECULADO SOBRE BIENES DE DOTACION**

El reintegro de lo ilícitamente apropiado no afecta la tipicidad de la conducta, pero si constituye circunstancia de atenuación punitiva.

Rad. 155209/09

MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO ..... 109

**PÉRDIDA DEL EMPLEO COMO SANCIÓN PRINCIPAL**

Su temporalidad viola el principio de legalidad.

Rad. 155112/09

MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ ..... 110

**PRESCRIPCIÓN**

Incremento del término en 1/3 parte a la condición de servidor público si actúa en ejercicio de su cargo.

Rad. 151722 /09

MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA ..... 111



**PRESCRIPCION EN EL DELITO DE PECULADO CULPOSO**

Opera el aumento previsto en el Código Penal ordinario para servidores públicos.

Rad. 154992/09

MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO ..... 112

**PRINCIPIO DE JERARQUÍA**

Como causal de impedimento en el juez de conocimiento.

Rad. 150680/09

MP. CR. (R) ROSA ELENA TOVAR GARCÍA ..... 113

**PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL - DEBIDO PROCESO**

El juez de conocimiento se determina por el grado que ostentaba el procesado a la fecha de los hechos.

Rad. 153388/09

MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA ..... 114

**PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD**

Responsabilidad del Comandante de Estación de Policía por la actuación de sus subalternos.

Rad. 155293/09

MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO ..... 115

**PROCEDIMIENTO ESPECIAL**

Derecho que le asiste al procesado de declararse culpable o inocente.

Penas no previstas en la ley.

Rad. 154967/09

MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ ..... 116

**PROCEDIMIENTO ESPECIAL**

No opera el grado jurisdiccional de la consulta. En caso de concurso de delitos o conexidad, el procedimiento aplicable es el del delito de mayor entidad jurídica.

Rad. 155394/09

MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO ..... 117

**PROCESO PENAL MILITAR**

Principio de gradualidad. Grados de certeza.

Rad. 155361/09

MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO ..... 119

**PRUEBAS EN LA ETAPA DEL JUICIO**

No existe la espaciosidad probatoria para comprobar conjeturas.

Rad. 155109/09

MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA ..... 120

**QUERELLA**

La que establece la ley 1058 del 26 de julio de 2006 no es aplicable retroactivamente.

Rad. 152817/09

MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA ..... 121

**REHABILITACIÓN DE DERECHOS DEL CONDENADO**

Para su otorgamiento puede acudirse al principio de integración normativa.

Rad. 130949/09

MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ ..... 121

**SAQUEO**

El saqueo para que se configure, requiere pluralidad de sujetos activos.

Rad. 155776/09

MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ ..... 122

**TASACIÓN DE LA PENA**

La dosificación de la pena en los delitos culposos.

Rad. 155313/09

MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA ..... 123

**TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y OTORGAMIENTO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL EN LA LEY 1058 DE 2006**

Es con la ejecutoria de la resolución de acusación que se interrumpe la prescripción de la acción en la Ley 1058 de 2006.

Rad. 156187/09

MP. TC. CAMILO ANDRES SUÁREZ ALDANA ..... 124

**VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO - DERECHO DE DEFENSA**

Comunicación de apertura indagación preliminar e investigación formal.

Rad. 155196/09

MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA ..... 127

**VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE INVESTIGACION INTEGRAL**

Afectación a los derechos de verdad, justicia y reparación.

Rad. 155305/09

MP. CR. (R) ROSA ELENA TOVAR GARCIA ..... 129



## ABANDONO DE COMANDO

Para que se estructure es necesario que no se ejerzan, sin justa causa, las funciones propias del Comando.

“(…) Pues bien, como se observa en el título segundo, de los Delitos contra el servicio, en el Capítulo primero el legislador estableció en forma clara los delitos referidos al Abandono del comando y del puesto, y respecto de los primeros, tipificó el Abandono del comando (art.121); Abandono de comandos superiores, jefaturas o direcciones (art. 122); y Abandono de comandos especiales (art.123).

El artículo 121 dispone: “El que sin justa causa no ejerza las funciones propias del comando, jefatura o dirección por más de veinticuatro (24) horas consecutivas, en tiempo de paz, o por cualquier tiempo en estado de guerra exterior, conmoción interior o grave calamidad pública, incurrirá en la pena de que tratan los artículos siguientes” (negritas y subrayado fuera del texto).

A su turno el artículo 123 (Abandono de Comandos especiales), que es un tipo penal subordinado a la norma antes transcrita preceptúa:

“Si cualquiera de las conductas que trata el artículo 121 de este Código fueren realizadas por los comandantes de base, patrullas, contraguerrillas, tropas de asalto y demás unidades militares o de Policía, comprometidas en operaciones relacionadas con el mantenimiento del orden público, guerra o conflicto armado, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años de prisión” (negritas fuera del texto).

En el asunto sub examine, es un hecho indiscutible que el procesado ostentaba la condición de Comandante de una unidad policial (Estación Murindó), y la expresión “Unidad” acorde con el artículo 3º del Reglamento de Servicios de Guarnición para la Policía Nacional, (Resolución No.9857 del 9 de noviembre de 1992), es la “Dependencia orgánica de la institución, que cumple funciones operativas y/o administrativas, orientada por un Director, Comandante o Jefe, con la autonomía que le señalen las normas reglamentarias”.

Por lo tanto, el procesado en su condición de Comandante de la citada unidad policial le correspondía cumplir entre otras funciones, administrar los recursos humanos y técnicos de la estación; responder por el servicio de vigilancia urbana y rural y de policía judicial para conservar el orden público en su jurisdicción; coordinar con el alcalde municipal y demás autoridades públicas y privadas el funcionamiento de los servicios de vigilancia urbana y rural y de policía judicial en su jurisdicción; representar a la Policía Nacional ante las autoridades locales y la comunidad; resolver los asuntos que dentro de su jurisdicción competen a la Policía Nacional, y las demás que determinen la ley y los reglamentos<sup>1</sup>, planear conjuntamente con los Comandantes de Estación, las modalidades del servicio de vigilancia; y asumir la dirección de las comunicaciones en operativos especiales etc.

En consecuencia, al menos en principio bien hizo el despacho instructor en el

1 Decreto 2203 de 1993



auto que le resolvió la situación jurídica al calificar provisionalmente la conducta como abandono de comandos especiales, por cuanto el sujeto agente ostentaba la calidad exigida por el tipo en mención (Comandante de unidad policial), conducta típica para cuya estructuración es indispensable que estén plenamente demostrados los supuestos de hecho que exige el artículo 121 y 123 subordinado de este, en cada caso concreto, los cuales el citado despacho judicial no encontró demostrados en su oportunidad razón por la cual se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento.

Es esencial para que se configure el delito de abandono de comandos especiales, según las citadas preceptivas, que el sujeto agente sin causa justificada no ejerza las funciones de Comando por más de 24 horas consecutivas, y además que la unidad policial o militar que dirige esté comprometida en operaciones relacionadas con el mantenimiento del orden público, guerra o conflicto armado.

Para el caso de estudio, si bien es cierto, las pruebas indican que el procesado ostentando la condición de comandante de una unidad de Policía, salió de ésta los días 3 y 16 de marzo y, 4 y 21 de abril de 2005, no se sabe si en todos esos días, o en cuál de ellos abandonó sus funciones propias de comandante por 24 horas consecutivas, porque si bien existe registro de la salida del municipio de Murindó, no obra el de llegada a éste, y los testimonios no son claros sobre el punto, además como lo dice el a quo, la unidad policial que comandaba el procesado no desarrollaba operaciones de mantenimiento del orden público, guerra o conflicto armado, razón por la cual, su comportamiento resultaba atípico frente a dicho punible.

No obstante lo anterior, razón le asiste a la defensa en cuanto sostiene que la conducta tampoco se podía subsumir en el artículo 124 (Abandono del puesto), por el cual se condenó y acusó. La citada norma prescribe:

“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 sicotrópicas incurrirá en (...)”. (Negrilla fuera del texto).

El vocablo “puesto” que consagra el anterior tipo penal no tiene definición en ninguna norma positiva, pero en la determinación de su sentido y alcance es útil el significado que de tal acepción trae el Diccionario de la lengua Española, como el “sitio o espacio que ocupa una persona” “lugar, sitio o paraje señalado o determinado para la ejecución de una cosa”<sup>2</sup>. De tal manera que para la consumación de este reato militar lo fundamental no es el incumplimiento de las funciones específicas y determinadas del servicio, sino el traslado o el movimiento físico o corporal del sujeto agente (abandono) del sitio o puesto asignado.

Es necesario aclarar, que quien ejerce el cargo de Comandante de una unidad policial, cualquiera que sea ella, ninguna norma le impone permanecer durante 24 horas ininterrumpidas en el servicio, pues ello implicaría que ni siquiera podría des-

cansar o realizar actividades personales o de esparcimiento, porque si aceptamos la posición del a quo que la disponibilidad es permanente y continua, por ejemplo, un comandante de cualquiera de las unidades militares o policiales a las que se refiere el artículo 121, 122 y 123 al dormir durante el desempeño de su cargo quedaría incurso en el delito de abandono del puesto. Si ello fuera así no tendrían ningún sentido las disposiciones jurídicas que reglamentan los servicios en la fuerza pública justamente para garantizar la continuidad de estos, además resultarían irritas las funciones de los comandantes de las unidades policiales y militares quienes quedarían limitados para ejercer sus funciones, que como bien dice el a quo, no se circunscriben a la simple seguridad y vigilancia, igualmente a la realización de complejas gestiones que demandan su alejamiento de las instalaciones donde funcionan los respectivos Comandos”. **(Rad. 155550, 26 de enero de 2009, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Sala Cuarta de Decisión).**



## **ABANDONO DEL PUESTO**

**Estado de embriaguez, no requiere dictamen pericial - Principio de libertad probatoria.**

“(…) En efecto, sobre este puntual tema, el Juez de primer grado, luego de identificar los requisitos señalados en la ley para la edificación del indicio grave de responsabilidad de que trata el artículo 522 de del Código Penal Militar y que permiten al Ad-quem pronunciarse sobre la interpretación del alcance del concepto de la “embriaguez” de la referida norma (art. 124 de la Ley 522/99) no podría limitarse a los estados de intoxicación alcohólica absolutos, plenos o letárgicos y únicamente dictaminados por peritos, como se entiende que le conviene plantearlos a la impugnación para sostener que el hecho de haberse tomado unas cervezas, y que con ellas no perdieron sus aspectos intelectivos y volitivos, para prestar la función constitucional encomendada en un puesto de orden público, argumento que la Sala no comparte, respecto de las presuntas objeciones que predica la prueba técnica y la ausencia de los medios legales para su recepción y judicialización.

Para fundamentar tal criterio de validez probatoria, basta mirar que nuestro sistema de valoración de las pruebas no es tarifado sino de sana crítica y con respecto al estado de alicoramamiento o ebriedad la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la doctrina exponen en su orden : “ El estado de alicoramamiento no necesita experticio, esa circunstancia la determina el juez del conjunto de pruebas que han de apreciarse en conjunto con el único límite de no afrentar los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los postulados de la ciencia”.

La doctrina encabezada por Jorge Frías Caballero, aduce de manera similar, que las cifras de alcoholemia por sí solas constituyen simples elementos de información (...) y solo junto a otras pruebas y su examen crítico, se puede llegar al conocimiento cierto del suceso, o de la intensidad del trastorno por intoxicación etílica, y por ello



no se puede desestimar por ejemplo la prueba testimonial, la sintomatología objetiva exhibida en el momento del hecho y al tiempo de la extracción del material, la constelación afectiva inmediatamente anterior, los informes sobre la personalidad bio-sicológica y las declaraciones del procesado y como lo ha reiterado la Honorable Corte Suprema de Justicia, en providencia del 8 de junio de 1995, MP. DR. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOL:

“(…) c) es cierto, igualmente que un dictamen pericial, en un principio, es la mejor prueba que puede presentarse en relación con el estado de embriaguez en que pueda encontrarse una persona, pero de ello no puede concluirse que ésta se a la única forma de establecer dicho aspecto, pues ante la libertad probatoria consagrada en el artículo 253 del C.de P:P:, es claro que el juzgador puede acudir a todos los medios de convicción obrantes en el proceso, tal como lo hizo el sentenciador de segunda instancia en el caso sub- júdice (...) Es pertinente decir que la Sala no entiende cómo el casacionista insiste en sostener que cuando la prueba indica que el acusado y sus acompañantes “estaban embriagados (...), dado que por más vueltas que se le dé al asunto, estar embriagado es, precisamente, “encontrarse bajo el influjo de bebidas embriagantes”. (Rad. 155584, 12 de febrero de 2009, MP. CR. (R) ROSA ELENA TOVAR GARCIA, Primera Sala de Decisión).



## ABANDONO DEL PUESTO

**La función específica dentro de los servicios de seguridad y vigilancia, no se suspende durante los lapsos de descanso.**

“(…) En el caso objeto de estudio, está claro que los soldados en mención estaban nombrados para integrar la guardia el día de marras por 24 horas, de tal manera que dicha función específica dentro de los servicios de seguridad y vigilancia, como tiene dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no se suspendía durante los tiempos de descanso que deslindan los periodos de vigilancia efectiva, en uno de los cuales los procesados se alejaron del puesto.

Sobre el punto ha manifestado la citada Corporación judicial:

“Lo anterior porque correspondiendo el deber a una función determinada, para cuyo ejercicio se señalan términos específicos (24 horas), de ella forman parte los lapsos de disponibilidad y alistamiento que además de proporcionar el descanso necesario tiene por finalidad permitir que los miembros de la Fuerza Pública que la cumplen, puedan reasumir los turnos pendientes cuando sean requeridos<sup>37</sup>.”

“y en tal continuidad cuando se está de facción, que entratándose de delitos militares se ofrece consustancial al servicio, pues ante la ausencia del encartado de cumplir la labor de vigilancia debe procederse de inmediato a la designación de un relevo, como en efecto ocurrió en este caso ante el comprobado abandono de

la función por parte del procesado.” (Rad. 155642, 4 de marzo de 2009, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Sala Cuarta de Decisión).



## **ABANDONO DEL PUESTO - DELITO TÍPICAMENTE MILITAR**

**La especialidad de la Jurisdicción Justicia Penal Militar, no admite la detención domiciliaria.**

“(…) En efecto, el instituto de las medidas de aseguramiento está regulado en forma completa en el Código Penal Militar en sus artículos 519 y ss., y dentro de ellos se contemplan tres clases de medidas de aseguramiento, consagrándose para cada una de ellas, la detención preventiva, la caución y la conminación, los presupuestos sustanciales y formales para su imposición, en el caso concreto la detención preventiva, por tratarse de un delito que afecta el Servicio (art. 529-2 del CPM.). Así, si el instituto está debidamente regulado, no procede vincular parcialmente la regulación del mismo instituto en la legislación ordinaria, esto es, no se hace necesario el ejercicio de la integración a que se refiere el Art. 18 del Código Penal Militar. (…).

De conformidad a lo plasmado en acápites precedentes, abundan razones para concluir que la figura de la detención domiciliaria, es ajena a la jurisdicción especial en aplicación al principio de especialidad de la Jurisdicción Penal Militar, que no lo admite”. (Rad. 155582, 11 de marzo de 2009, MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).



## **ABANDONO DEL PUESTO**

**No está previsto para los Comandantes de Estación de Policía.**

“(…) El Código Penal Militar consagra dos tipos de delitos contra el servicio: El abandono del comando y el abandono del puesto.

Comete el delito de abandono del comando, quien teniendo funciones propias de comando, jefatura o dirección, no las ejerza por término mayor a 24 horas. La pena a imponer depende de la clase de comando.

El delito de abandono del puesto está destinado para aquellos que encontrándose de facción o de servicio, se duerman, se embriaguen o se pongan bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, o lo abandonen por cualquier tiempo.

Para diferenciar los dos delitos, resulta esencial determinar la función que desempeña el autor de la conducta. El Código Penal Militar ha diferenciado, en con-



secuencia, entre quienes ocupan un cargo con funciones de comando, jefatura o dirección que requieren una disponibilidad permanente, y entre quienes durante un turno prefijado, tienen que permanecer en un puesto de facción o de servicio.

Así pues, el delito de abandono del puesto requiere una delimitación temporoespacial que no implica una disponibilidad permanente, pero sí un estado de vigilia y de entrega total al servicio, de tal forma que es vedado quedarse dormido, embriagarse o separarse del puesto o servicio, durante ese lapso, al cabo del cual el uniformado queda cesante en sus actividades y responsabilidades con relación al servicio. Así, el centinela deja de ser centinela, el que estaba de facción o de servicio, puede separarse y realizar cualquier conducta no prohibida por el régimen castrense o policial.

Dicha obligación no puede hacerse exigible a quien ostente un cargo de comando, jefatura o dirección que implique una disponibilidad permanente, pues sería un exabrupto castigar penalmente a un uniformado que en ejercicio de su natural descanso, sea sorprendido dormido, por ejemplo, durante su desempeño en un alto cargo. Razón por la cual el legislador creó para este tipo de funciones, un delito especial, que se tipifica luego de que se dejen de ejercer esas labores de comando por término mayor a 24 horas. Ello implica el natural reconocimiento al descanso y a la ejecución de actividades particulares a que tienen derecho quienes ocupan esos cargos y funciones.

Se comprende así, que el comandante de Estación de Policía y los Comandantes de Distrito de Policía, en la Policía Nacional, no pueden estar cobijados bajo un eventual abandono del puesto, porque sus funciones exigen una disponibilidad permanente y no la prestación de un servicio durante un determinado espacio de tiempo y lugar, al cabo de los cuales dejarían de ser comandantes hasta el próximo turno. Tal como está concebida la estructura y jerarquía de la Policía Nacional, el oficial o suboficial que desempeñe las funciones de comandante de Estación, lo es por tiempo indefinido de días, meses o años y no por un específico y delimitado turno de servicio.

Y aunque el artículo 124 del C.P.M. prevé la posibilidad de que el comandante cometa el delito de abandono del puesto, caso en el cual la pena se agrava, debe entenderse que esta causal de agravación debe ser aplicada a quienes son comandantes durante el respectivo turno, como el comandante de la vigilancia, el comandante de la patrulla, etc., casos en los cuales el uniformado es comandante solo durante el tiempo previamente señalado, pues una vez culminado el respectivo turno, deja de ser comandante.” (Rad. 155307, 21 de abril de 2009, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).



## ACEPTACIÓN DE CARGOS - FINALIDAD - GARANTÍAS

El instituto de aceptación de cargos dispuesto en la Ley 1058 de 2006. Alcance y aplicación.

“(…) El tema objeto de apelación lleva a la Sala a efectuar la precisión que corresponde en cuanto hace al instituto procesal de la aceptación de cargos. Debe recordar la Impugnante que en la dinámica y eficacia del sistema procesal penal, surgió la corriente denominada derecho penal premial, con desarrollos importantes en el país desde las leyes de sometimiento a la justicia, el mecanismo de la delación, la sentencia anticipada, las negociaciones y preacuerdos, el allanamiento a cargos concebido en la Ley 906 de 2004 y la consabida aceptación de cargos dispuesta en la Ley 1058 de 2006, que instituyó el procedimiento especial en materia penal militar.

El instituto del allanamiento a cargos, concebido en la referida Ley 1058/2006, corresponde a una verdadera política criminal, ya que fue instituido para específicos punibles y como un mecanismo orientado a superar la congestión de procesos que se presentaban en la jurisdicción, que se suscitó con la declaratoria de inexecutable de los artículos 578 y 579 de la Ley 522 de 1999<sup>4</sup>. Lo que se buscó fue abreviar la ritualidad procesal en aquellos eventos en que constitucional y legalmente fuera posible desistir de un derecho que por sus características y condiciones personalísimas, fuera de libre disposición, como acontece respecto de aquellos reatos que requieren de querrela de parte o de la aceptación de cargos, en la cual el procesado de manera libre, consciente y voluntaria renuncia al derecho que le asiste a un juicio.

La aceptación de cargos, 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 instituto 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 y 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 o dolo, las implicaciones de su admisión, por ello la audiencia de acusación y aceptación de los cargos corresponde a que el Fiscal exprese las bases, 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 tal manifestación debe hacerla el investigado única y exclusivamente ante el Juez Penal Militar de Conocimiento, de forma personal, directa, libre y voluntaria, previas previsiones de Ley.

Sobre la temática planteada, la Corporación ya se había pronunciado en el siguiente sentido:

“La aceptación de cargos, es un derecho personalísimo, es una expresión de la



libertad de disposición del procesado a someterse o renunciar a un juicio con todas sus implicaciones: Mediante ella el procesado acepta los hechos y la responsabilidad en los mismos y a cambio el Estado le reconoce una rebaja de pena, porque con ella colabora con la eficacia de la administración de justicia. Implica en consecuencia, que la aceptación de cargos releva a la Instancia de cualquier consideración acerca de la ejecución cierta de la conducta y de su lesividad, esto es, aceptado los cargos, conforme al principio de Consonancia, lo que debe anunciar el Juez es el fallo de carácter condenatorio, el cual al redactarse en la sentencia se contrae a lo fáctico, lo acontecido en la audiencia y la dosificación punitiva. (...) Visto está a folio 192 del cuaderno original, donde reposa el Acta de la Audiencia de Acusación y Aceptación de Cargos celebrada 14 de noviembre de 2008, que el encartado Soldado OZ, conforme los lineamientos expresados en precedencia, aceptó los cargos que le formuló la Fiscalía Militar, en los que entregó argumentos y pruebas que indican la realización del supuesto fáctico, máxime si se tiene en cuenta que el Fiscal en su acusación ha vertido elementos de prueba suficiente e idónea, así, con la aceptación de cargos no sólo se está aceptando lo fáctico sino la responsabilidad; por lo que no correspondía al Juez en la sentencia del 21 de noviembre de 2008, entrar en análisis y valoraciones probatorias orientadas a obtener certeza sobre responsabilidad, ya que el procesado motu proprio en la audiencia la había aceptado. Lo que identifica la sentencia que se profiere en este tipo de procedimiento (Acusación y Aceptación de Cargos), es que no se entra por el Juez a realizar análisis y valoraciones probatorias orientadas a establecer la responsabilidad con grado de certeza, ya que el procesado con su manifestación, lo releva de tal análisis.

No significa lo anterior que el Juez quede sustraído de verificar que lo que acepta el procesado sea un asunto veraz y ajustado a la realidad probatoria, aspecto que hace confrontando la aceptación de cargos con el previo estudio del proceso que debió realizar. Lo que en el caso en estudio resulta coherente si se tiene en cuenta lo consignado en el Acta de Acusación y Aceptación de Cargos (...)<sup>5</sup>.

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, esto es, se renuncia a una de las etapas del proceso, expresado en la corte marcial, y no al derecho a la defensa, menos aún, al debido proceso que son principios rectores. Por ello la importancia que en el preacuerdo esté presente el Defensor, que el Fiscal explique el alcance del acuerdo, que el Procesado lo entienda y lo acepte de forma libre y voluntaria ante el Juez. (...) 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.

<sup>5</sup> RAD. 155314 – 6827 TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. M.P. Teniente Coronel CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Bogotá D.C., veintisiete (27) de Enero de dos mil nueve (2009).

Así las cosas, cuando el procesado acepta los cargos, lo que en derecho corresponde, es que el Juez Penal Militar, anuncie el sentido del fallo que ha de ser de carácter condenatorio, amén que previamente, esto es, en el control de legalidad que ha de hacer el Juez 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. O dicho de otra manera, en razón de la prevalencia del principio de culpabilidad, el Juez 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 además que se reúnen los requisitos para proferir condena contra el encartado, sobre la base de prueba que con grado de certeza sugiere la responsabilidad del procesado (...)” (Rad. 156032, 25 de agosto de 2009, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).



## VALORACIÓN DEL TESTIMONIO RENDIDO POR EL PARIENTE

Alcance, validez y eficacia

“(...) El reparo formulado por la defensa se soporta en la sospecha que le generan los testigos de cargo, al considerar que no ofrecen credibilidad y que su dicho se torna en un “libreto”, en razón a ser parientes de la víctima y referir aspectos similares; argumento que expresó ante el A Quo y que fue desatendido por el Juzgador, con sentidas razones. Debe recordar la Sala al Defensor que el estudio que hace el Juzgador sobre la veracidad o no de un testimonio, comporta diversos factores tales como la aptitud del testigo, el proceso de conocimiento, la forma como lo rinde; dicho en otros términos, el proceso de valoración comporta analizar la calidad del sujeto cognoscente, el objeto por conocer o conocido y la relación entre el sujeto y el objeto. La Sala no encuentra reparo alguno sobre las condiciones físicas de los testigos, no advierte limitante por la edad, inmadurez, ancianidad o condición o afectación física acreditada que permitiera inferir una dificultad para percibir los hechos que narraron. Tampoco encuentra que en el contexto en que se produjo el conocimiento de los testigos hubiesen estado objetivamente impedidos para haber percibido lo que depusieron, a contrario, hay una relación directa entre sujeto y objeto de conocimiento; por ello, la forma como se exponen los dichos deviene en espontánea, coherente y lógica, máxime que no se observa presión alguna, amenaza, promesa, sino buena capacidad del recuerdo, liberalidad y voluntad en manifestar lo que se percibe.

Se equivoca la defensa cuando considera que los testimonios obrantes pierden todo valor probatorio y en tales condiciones no sirven de fundamento para verificar la responsabilidad del procesado, ya que la línea argumentativa de ésta no encuentra sustento en norma procesal alguna dispuesta en la ley penal militar, su argumento contraría los postulados de los artículos 401 (apreciación de las pruebas), 430 (deber de rendir testimonio) y 441 (criterios para la apreciación del testimonio) y las reglas de la sana crítica. La razonabilidad y la lógica indican que si convergen



los factores de la calidad del sujeto cognoscente, el objeto por conocer y que la relación objeto y sujeto no es obstruida, las declaraciones pueden ser coherentes, convergentes, contestes y en veces, hasta unísonas, pero la credibilidad no se deriva de la total y absoluta concordancia, sino de la coincidencia en aspectos sustanciales; lo que de manera alguna genera el presupuesto válido para descalificar los testimonios, considerarlos sospechosos o como “un libreto”. (...) La sola relación de parentesco no es óbice para desestimar un testigo, ya que el testimonio se valora, a más de lo referido, teniendo en cuenta la percepción, la capacidad para evocar el recuerdo, la personalidad y la forma como declara (...) “Por esta razón, repetidamente la Sala ha dicho que el testimonio de parientes no puede ser rechazado de plano por el solo hecho del vínculo de consanguinidad, sino que debe ser valorado en conjunto con los demás medios de convicción recaudados y atendiendo las pautas ya reseñadas (...)”<sup>6</sup>. (Rad. 154966, 29 de abril de 2009, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).



## **ATAQUE AL INFERIOR - ACTIVIDADES RELACIONADAS CON EL SERVICIO**

**La conducta punible se debe efectuar durante el desenvolvimiento de una tarea inherente al cargo o función.**

*“(...) Lo primero a resolver, es la censura efectuada por el señor Procurador Judicial ante esta Instancia doctor AJMI, respecto a la falta de relación con el servicio de la conducta atribuida al procesado Mayor QGGF que si bien no fue debidamente sustentada, es de gran importancia pronunciarnos al respecto, no obstante que tácitamente tiene que ver con la competencia de esta jurisdicción Castrense para conocer del presente asunto. (...).*

De acuerdo a lo anterior y teniendo en cuenta los relatos expuestos por el ofendido, testigos y el procesado de la actividad que para la fecha de los hechos se encontraba realizando éste último Capitán QGGF como Comandante de la Compañía A.S.P.C. e Intendente Local, es claro que fue encargado de organizar el casino de oficiales con ocasión de la visita del señor Comandante del Ejército Nacional quien iba a dar una conferencia a un personal de una Brigada Móvil y que ante la falta de capacidad del recinto se requirió al procesado dispusiera del casino de suboficiales a fin se llevara a cabo la reunión programada con el alto mando en dicho lugar donde se suscitaron los hechos, circunstancias que la Sala encuentra tienen relación con el servicio, pues si bien las Fuerzas Militares cumplen funciones de defensa de la soberanía, independencia, integridad del territorio nacional y del orden constitucional, para el cumplimiento de tales misiones se hace necesario indiscutiblemente la realización de otras tareas de índole administrativo que son designadas a algunos miembros de las mismas Fuerzas Militares, tal es el caso de los oficiales de personal, logística, Intendente Local y del mismo Comandante de Compañía entre otros, quienes a pesar de ser uniformados en diferentes grados de oficiales y suboficiales

se desempeñan en estos cargos netamente administrativos, desarrollando las funciones establecidas para cada uno de ellos, es el caso del procesado quien fungiendo como Comandante de Compañía e Intendente Local tal como lo señaló en su diligencia de injurada y encargado del desarrollo de la actividad programada con su superior, fue quien asignó al quejoso y a otros conscriptos al casino de suboficiales, demostrándonos sin duda alguna que la conducta punible tuvo lugar durante el desenvolvimiento de una tarea inherente a su cargo, guardando estrecha relación con el mismo servicio, tema del cual se ha ocupado la Sala en Providencia anterior al resolver una situación fáctica similar respecto a los actos relacionados con el servicio cuando se cumplen actividades de carácter administrativo. (...).

Mayor sustento tiene lo anterior con lo señalado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, cuando refiriéndose a la expresión “actos relacionados con el servicio” en un caso relacionado con el tipo penal del artículo 119 del Código Penal Militar en momentos que se cumplían actividades de carácter administrativo en las instalaciones de la unidad, expuso:

“Y, que el fuero militar se conserva cuando de las pruebas acopiadas se establezca que las conductas imputadas están relacionadas próxima y directamente con el servicio, en la medida en que se desprenden del marco del cumplimiento de las funciones, que aunque de carácter administrativo, le fueren asignadas al imputado.

De acuerdo con las pruebas acopiadas se demuestra que para el momento de los hechos el Sargento Segundo CA se desempeñaba como funcionario de la Oficina de Presupuesto del Ministerio de Defensa Nacional y entre sus funciones estaba la de elaborar y expedir los certificados de disponibilidad presupuestal (CDP), y a quien inicialmente le debía llegar la documentación para el trámite a su cargo. El mencionado procesado aceptó que él recibió de otro de los involucrados en los comportamientos investigados, documentos a sabiendas de que eran falsos, y luego expidió certificados de disponibilidad presupuestal acto que permitió que se siguieran los pasos siguientes, todo lo anterior en busca de un provecho particular ilícito, en detrimento del erario.

El desvío de la función encomendada al sindicato dentro de la institución castrense es lo que hace que el presente caso se esté frente a conductas punibles relacionadas con el servicio del suboficial investigado de competencia de la Justicia Penal Militar y no de la ordinaria”.

Razonamiento que viene siendo reiterado por la alta magistratura en el siguiente contexto:

“Con todo, no le asiste razón al libelista cuando considera que los fallos equivocaron su juicio al estimar que los hechos por los que fue enjuiciado el procesado fueron cometidos en actos relacionados con el servicio, pues no hay nada más claro que el ataque recibido por el Soldado DGG fue perpetrado por su superior –Cabo Primero DGT- mientras cumplía una orden directa de carácter administrativo en las instalaciones de la Base Militar de Barranco Minas”.



Es nítido que la conducta punible tuvo lugar durante el desenvolvimiento de una tarea inherente al cargo o función y por lo tanto, guarda estrecha relación con el servicio mismo. Ciertamente, lo observado es que se inició legalmente un procedimiento propio de la actuación de la Fuerza Pública –función de carácter administrativo-, y durante el mismo se presentó una extralimitación cuantitativa en el cumplimiento de la labor por parte del procesado.” (Rad. 149738, 20 de febrero de 2009, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Sala Tercera de Decisión).



## ATAQUE AL INFERIOR

**Conductas que atentan contra la dignidad humana constituyen tortura y no son de conocimiento de la Justicia Penal Militar.**

(...) En su momento procesal, este material probatorio fue analizado por el ente acusador para resolver profiriendo resolución de acusación, en la que llama a juicio al procesado por el delito de ATAQUE AL INFERIOR, cuya imputación una vez agotado el procedimiento de corte marcial concluyó en fallo absolutorio objeto de la impugnación que se desata, asimismo se dispuso la compulsión de copias ante la Fiscalía Delegada para los Derechos Humanos al observar la gravedad de los hechos que atentan contra la dignidad y los derechos fundamentales del soldado, considerando que se presenta un CONCURSO de hechos punibles, cuya unidad procesal rompe por cuanto la competencia para la TORTURA radica en la jurisdicción ordinaria.

En efecto, no de otra manera podrían calificarse las conductas denunciadas de que fuera objeto el soldado MR, por lo que corresponde a la Sala acoger las pretensiones del Ministerio Público ante la Corporación, para abstenerse de conocer del asunto planteando CONFLICTO NEGATIVO DE COMPETENCIAS, teniendo en cuenta como precedente, pronunciamiento del Consejo Superior de la Judicatura- Sala jurisdiccional Disciplinaria, del 09 de agosto de 2006, en el que con ponencia del Doctor EDUARDO CAMPO SOTO<sup>8</sup> dispusiera al desatar conflicto positivo trabado entre la jurisdicción castrense (Juzgado 7º de Brigada) y la Fiscalía Especializada- Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario que:

“En el caso sub examine entre las conductas perpetradas el día 25 de enero de 2006 por los militares investigados, aparecen según las pruebas que obran en el expediente, no sólo actos de torturas, sino también actos sexuales violentos y acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir, amén de los actos que la jurisdicción penal militar califica como “ataques al inferior en concurso son lesiones personales”, que el juzgado Séptimo de Brigada considera en la parte resolutive de su decisión como de su competencia, pero que materialmente constituyen hechos de torturas, y manifiestas violaciones a los derechos humanos, cuya investigación y juzgamiento corresponde constitucionalmente a la jurisdicción penal ordinaria”. (Subraya fuera de texto).

“(…) En consecuencia y como quiera que en el caso resuelto se presenta similar al que se conoce, por cuanto en esa oportunidad igualmente el funcionario castrense consideraba que además de los delitos de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, TORTURA Y OTROS, concursaba el delito de ATAQUE AL INFERIOR cuya competencia le correspondía al tratarse de hechos cometidos por personal militar en acciones militares; se impone a la Sala tener en cuenta la decisión adoptada por el Consejo Superior al asignar la competencia a la jurisdicción ordinaria, por cuanto se observa que igualmente en el presente asunto, las conductas calificadas en la primera instancia como “ataques” por vía de hecho físicos y verbales para realizar la imputación en la jurisdicción castrense, real y materialmente constituyen las torturas que igualmente fueran advertidas por la Fiscalía Penal Militar por atentar contra la dignidad y constituir violación a los derechos humanos del soldado (…)”. **(Rad. 155175, 08 de junio de 2009, MP. CR. (R) ROSA ELENA TOVAR GARCIA, Primera Sala de Decisión).**



## **ATAQUE AL INFERIOR**

**Elementos indispensables para su estructuración.**

“(…) Para la configuración del delito de ataque al superior es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1. La condición de inferior jerárquico del sujeto activo
2. El carácter de subordinado del sujeto activo
3. Que se haya producido un ataque por vías de hecho al superior
4. Que el ataque se produzca en actos relacionados con el servicio”. **(Rad. 154882, 26 de marzo de 2009, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Sala Cuarta de Decisión).**



## **ATAQUE AL INFERIOR**

**Para su configuración la agresión o violencia física puede ser de cualquier naturaleza.**

“(…) para la configuración del delito en comento, la agresión o violencia física puede ser de cualquier naturaleza, sin que sea necesario para su consumación que se produzca afectación en la integridad personal del subordinado, como equivocadamente lo entiende la defensa según los argumentos expuestos en la audiencia de la Corte Marcial, pues si esto último ocurre se presenta un concurso material entre lesiones personales y ataque al inferior, por cuanto dicho reato es de mera actividad o formal, ya que para su consumación basta con el ataque por vías de hecho, como lo ha dejado sentado la Honorable Corte Suprema de Justicia, que en la sentencia del 20 de agosto de 2008, sobre el tema, dijo:



“Al estatuirse en el artículo 119 en cita que el ataque al inferior entendido como delito contra la disciplina, comporta una dosificación punitiva “por ese solo hecho”, ello traduce que dicho comportamiento puede desplegarse en solitario o en concurso material por ejemplo con el de lesiones personales en los eventos que de la acción se deriven resultados que afecten la integridad personal del subalterno, sin que constituya violación al non bis in ídem ocasionada por una doble imputación fáctica, pues como se dijo, la norma en cita de manera expresa elimina dicha posibilidad de menoscabo a ese principio” **(Rad. 155362, 15 de mayo de 2009, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Sala Cuarta de Decisión).**



## ATAQUE AL INFERIOR

**Relación con el servicio como elemento estructurante de la tipicidad.**

(...) 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 esta 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.

De esta forma, la Sala varía el criterio expuesto en anteriores oportunidades, dado que no se puede hacer una interpretación restrictiva del término “actos del servicio”, de la manera en que lo ha interpretado la Honorable Corte Constitucional, bajo la luz del artículo 218 de la Constitución Política, porque en este caso ese ingrediente normativo debe ser considerado de una manera amplia para abarcar bajo tal denominación, todos aquellos actos que involucran la relación jerarquizada entre superior-subalterno, que merece protección en todas las actividades del servicio, en aras de mantener la cohesión que permita a la Fuerza Pública estar preparada para cumplir el fin constitucional para el cual ha sido destinada”. **(Rad. 151860, 15 de mayo de 2009, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

## ATAQUE AL INFERIOR

**Tutela el respeto mutuo entre los miembros de la Fuerza Pública de distintas posiciones jerárquicas. Requisitos para su configuración. Solo es atribuible en la modalidad dolosa.**

“Sabido es que el delito propio militar de ataque al inferior tutela la “disciplina”<sup>9</sup> como bien jurídico esencial y estrictamente militar, y de aquella forma parte la subordinación como factor necesario para mantener la cohesión interna en la organización castrense; también el respeto mutuo que debe existir entre los miembros de la Fuerza Pública de distintas posiciones jerárquicas, como garantía de una convivencia social casi permanente estructurada con fundamento en la subordinación.

La disciplina y la subordinación jerárquica son valores primordiales en el ámbito militar, por lo que es necesario en cada caso concreto, determinar si la conducta reprochada quebrantó o desarticuló en un mínimo grave la estricta jerarquía militar (desvalor de resultado), que justifique la respuesta punitiva del Estado, ello en virtud del principio de intervención mínima y el carácter fragmentario de éste ámbito del derecho.

Para la configuración de dicho delito es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1. La condición de superior jerárquico del sujeto activo.
2. El carácter de subordinado en el sujeto pasivo.
3. Que se haya producido un ataque por vías de hecho al inferior.
4. Que el ataque se produzca en actos relacionados con el servicio<sup>10</sup>.

Puede tratarse de cualquier agresión o violencia física sin que sea necesario para su consumación que se produzca afectación en la integridad personal del subordinado, pues si esto último ocurre se presenta un concurso material de tipos penales entre lesiones personales y ataque al inferior<sup>11</sup>. En efecto, dicho reato es de mera actividad o formal pues para su consumación basta el ataque por vías de hecho.

El delito propio militar en mención en el ámbito subjetivo solo es atribuible al

<sup>9</sup> La disciplina es inherente a la institución castrense, que se halla estructurada jerárquicamente y es el soporte “inmodificable e insustituible” como condición esencial que le permite actuar como garante para la defensa de las instituciones. Corte Constitucional, Sentencia C-709 de 2002.

<sup>10</sup> Sobre el alcance y contenido de dicho ingrediente normativo, la Corte Suprema de justicia ha manifestado: “Con todo, no le asiste razón al libelista cuando considera que los fallos equivocaron su juicio al estimar que los hechos por los que fue enjuiciado el procesado fueron cometidos en actos relacionados con el servicio, pues no hay nada más claro que el ataque recibido por el soldado DGG. fue perpetrado por su superior –Cabo Primero DGT- mientras cumplía una orden directa de carácter administrativo en las instalaciones de la Base Militar de Barranco Minas”. Es nítido que la conducta punible tuvo lugar durante el desenvolvimiento de una tarea inherente al cargo o función y por lo tanto, guarda estrecha relación con el servicio mismo. Ciertamente, lo observado es que se inició legalmente un procedimiento propio de la actuación de la fuerza pública –función de carácter administrativo-, y durante el mismo se presentó una extralimitación cuantitativa en el cumplimiento de la labor por parte del procesado.” Sentencia del 25 de junio de 2008, radicado 28.761, MP. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

<sup>11</sup> Al respecto la Corte Suprema de Justicia dijo: “Al estatuirse en el artículo 119 en cita que el ataque al inferior entendido como delito contra la disciplina, comporta una dosificación punitiva “por ese solo hecho”, ello traduce que dicho comportamiento puede desplegarse en solitario o en concurso material por ejemplo con el de lesiones personales en los eventos que de la acción se deriven resultados que afecten la integridad personal del subalterno, sin que constituya violación al non bis in idem ocasionada por una doble imputación fáctica, pues como se dijo, la norma en cita de manera expresa elimina dicha posibilidad de menoscabo a ese principio” Sentencia del 20 de agosto de 2008, radicado 29.935, MP. Dr. Yesid Ramírez Bastidas.



sujeto agente en la modalidad dolosa, no admite culpa ni preterintención, es decir, que el sujeto activo superior en el orden jerárquico debe conocer los hechos constitutivos de la infracción penal y querer su realización, en otras palabras, actuar en forma voluntaria y consciente, deliberada, de mala fe, con el propósito de atentar contra el bien jurídico “la disciplina”. El dolo<sup>12</sup> no es solo conocer sino también querer la ejecución del tipo delictivo. “la conducta es dolosa cuando se sabe, cuando se conoce y se comprende como contrario a la ley aquello que se quiere hacer, y voluntariamente se hace”<sup>13</sup> **(Rad. 155250, 16 de marzo de 2009, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Sala Cuarta de Decisión).**



## ATAQUE AL INFERIOR Y LESIONES PERSONALES

**Alcance bien jurídico de la Disciplina y su relación con la tarea constitucional encomendada al integrante de la Fuerza Pública.**

“Por lo anterior, conviene precisar que si el bien jurídico protegido es la Disciplina, y que sin éste, las múltiples tareas que deben desarrollarse en los cuarteles o por fuera de los mismos, para el cumplimiento de la misión Constitucional dirigida a la Fuerza Pública, no sería viable, pues en caso contrario, esto es, su no acatamiento, sería un obstáculo, o por lo menos una limitación o debilidad para el logro de los resultados que debe originar esas tareas. Es decir, se insiste, la Disciplina es inmanente al espectro de la vida militar, entendida esta como el conjunto de reglas, actividades, condiciones especiales, régimen interno, órdenes, entrenamiento e instrucción, etc., a las que se ve compelido un Soldado que hace parte de la capacidad humana de una Unidad Militar, con el fin de obtener la misión a ella encomendada, en desarrollo del precepto constitucional. Esas condiciones, que son especiales – no generales a los ciudadanos- son las que forman el estadio dentro del cual se mueve y transita el Soldado”. (...).

“Pero esa Disciplina se extiende, por supuesto, esencialmente a la protección de intereses colectivos, que trascienden en la mayoría de los eventos a la órbita externa de los cuarteles, en cuanto la gran tarea constitucional que debe atender la Fuerza Pública, por lo que debe entenderse que en este caso su destinatario es toda la Nación, aunque transita también por su entorno más natural –los cuarteles-, para la protección colectiva de intereses de grupo, como el de la Unidad Militar y sus miembros, pero proyectados a la comunidad en general, como se puede apreciar en el caso de los Arts. 118 y 119 del C.P.M”. **(Rad. 149936, 26 de febrero de 2009, MP. CN. (R)JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**



<sup>12</sup> “La Sala ha enfatizado en que para la determinación procesal del dolo aunque es factible que a través de la confesión del procesado, respaldada por los demás elementos de prueba se logre acreditar, en ocasiones se debe establecer a partir del examen de las circunstancias externas que rodearon los hechos, ya que tanto la intencionalidad en afectar el bien jurídico...al ser aspectos del fuero interno de la persona se han de deducir de los elementos objetivos que arrojan las demás probanzas”. Auto del 2 de diciembre de 2008, radicado 27.677, MP. Julio Enrique Socha Salamanca.

<sup>13</sup> C. S. de J., sentencia del 23 de agosto de 2006, radicado 25.745,. MP. Alvaro Orlando Pérez Pinzón.

## ATAQUE AL SUPERIOR

**Las ofensas verbales pueden llegar a constituirse en vías de hecho, como elemento estructurador del tipo.**

“Avocada la Sala a revisar esta decisión, considera que en efecto, existen conductas que por su simple levedad, no alcanzan a trasgredir el régimen penal, quedándose solo en el campo disciplinario; así como que también, existen otras conductas que trascienden simultáneamente al campo disciplinario y al penal; la mas de las veces, sino todas, la conducta constitutiva de infracción penal militar, lo es también constitutiva de falta disciplinaria, lo que no ocurre al contrario. Circunstancia que corresponde valorar en cada caso concreto, pues no cualquier ofensa traspasa al campo penal.

En el presente caso, debe considerarse que las ofensas verbales pueden constituir vía de hecho, según el contexto en que ellas se produzcan. Estas, pueden infringir varios bienes jurídicos, porque en efecto, las ofensas verbales pueden afectar el honor militar, si ellas se concretan en imputaciones deshonorosas que guardan relación con un deber militar o policial (artículo 140 del C.P.M.), o la integridad moral, si no existe esa relación (artículo 220 C.P.). Pero en uno u otro caso, dichas ofensas, pueden lesionar el bien jurídico de la disciplina, si ellas afectan gravemente la relación armónica entre superior-subordinado, caso en el cual, adquieren el calificativo de vías de hecho.

En el caso presente, es claro que las ofensas verbales que lanzó el SLR. M.Z.W.A., en contra del TE. P.S.H.E., se constituyen en significativas vías de hecho como modo o manera de incurrir en un ataque al superior, si se tiene en cuenta que por ser un delito formal, no requiere de un resultado, por lo que su consumación se concreta en la simple comisión de una mera conducta. Significa ello, que la vía de hecho no es solo aquella que cause o intente causar un resultado como un daño físico, comprendiéndose que la sola manifestación grosera y verbal en términos inapropiados y ofensivos, pero de extrema gravedad, es desde todo punto de vista una vía de hecho.

Ahora, que si esa agresión verbal causa afrenta a la disciplina, es lógico suponer que ella configura el delito de ataque al superior en la medida en que se resiente la relación de subordinación que exige el principio de jerarquía dentro de una institución militar. Máxime que el escenario en que se produjo, como lo fue dentro de una formación militar, resulta apropiado para la comisión del delito de ataques y es por ello que no puede afirmarse que el procesado para el momento de los hechos no se encontraba cumpliendo actos del servicio, porque precisamente el estar en medio de una formación, cuando se da parte del cumplimiento de un servicio al superior, es un típico acto militar que supone y exige necesariamente subordinación como manifestación del orden y disciplina.

No es posible concebir que por haber finalizado su servicio, pudiera un soldado agredir verbalmente a un superior o viceversa, sin que tal acto no constituya delito alguno, cuando debe entenderse que el acto del servicio finaliza precisamente



cuando el superior, después de haber recibido parte de las novedades ocurridas durante ese servicio, ordena la retirada del personal.” (Rad. 154533, 23 de junio de 2009, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).



## AUTO INHIBITORIO

Examen de las causales de ausencia de responsabilidad

“(…) Esto es, que estando reguladas en el Código Penal Militar las causales que dan lugar a una decisión inhibitoria, las cuales no incluyen las causales de ausencia de responsabilidad como la reconocida por el a- quo, mal podía el funcionario en aplicación al principio de integración abstenerse de abrir investigación al amparo de la regulación ordinaria.” (Rad. 155256, 26 de enero de 2009, MP. CR. (R) ROSA ELENA TOVAR GARCIA, Primera Sala de Decisión).



## AUTO INHIBITORIO

No es posible disponer el archivo de la actuación con fundamento en la duda. Causales son taxativas.

“Debe tenerse en cuenta que el auto inhibitorio solo procede expresamente, cuando se dé alguna de las causales señaladas en el artículo 458 del C.P.M., esto es, cuando aparezca que el hecho no ha existido, o que la conducta es atípica o que la acción penal no puede iniciarse.

En este sentido, es apreciable el concepto del Ministerio Público, porque en realidad la causal en que se pretende apoyar el juez A-quo para disponer el archivo de las diligencias, es equivocada, máxime que existen testimonios sobre los que cabría fundamentar un juicio de responsabilidad, existiendo cuando menos la duda sobre la que no es posible inhibirse para abrir formal investigación penal.

Lo procedente en consecuencia, es que la indagación siga su curso a efectos de que se realice la correspondiente audiencia de conciliación prevista en la Ley 1058 de 2006 y de fracasar, proceder a la apertura de formal investigación penal, debiendo tener en cuenta el instructor, que la supuesta agresión de que fue víctima el querellante, fue producida tanto al momento de su retención, como dentro de las instalaciones policiales, según lo refirió el mismo ofendido. De igual forma debe analizarse la legalidad del procedimiento policial a efectos de verificar la procedencia de la privación de la libertad tanto del ofendido, como de su acompañante”. (Rad. 155218, 23 de enero de 2009, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).



## COLISIÓN DE COMPETENCIAS

No puede darse entre jueces de instrucción penal militar.

“(…) se observa en el presente caso que la supuesta colisión ha sido propuesta por un juzgado de instrucción, frente a otro de su misma categoría y clase, situación que en ningún momento genera ninguna clase de conflicto.

En efecto, es el artículo 264 del Código Penal Militar quien le asigna a los funcionarios de instrucción penal militar la competencia, pudiéndose observar con claridad que tiene su campo de acción limitado estrictamente a la investigación, es decir, es un funcionario al que no le está permitido desarrollar actividades judiciales diferentes a las asignadas que no son otras que las del recaudo probatorio y no cuentan con la facultad legal para disponer de la competencia.

Es claro entonces, que al no existir en el presente caso conflicto de ninguna naturaleza, ni positivo ni negativo, esta sala no podrá pronunciarse sobre algo irreal.

Es necesario, que se tenga en cuenta lo previsto en el artículo 452 del estatuto castrense que fija la competencia específica para el conocimiento de una indagación preliminar en quien haya tenido conocimiento de la comisión del delito o a quien le hayan repartido las diligencias practicadas, sin que se pueda trasladarse un proceso de un Juzgado de instrucción a otro a capricho, por cuanto se requiere de una decisión de carácter legal que bien puede obedecer a un reparto, que es una de las formas de adquirir competencia, o el haberle concedido vacaciones, licencia o permiso y por ello se deba designar a otro funcionario, o a un nombramiento especial como juez instructor (art. 263 numeral 4 C.P.M) inclusive por nombramiento de unidad de instrucción (art. 266 Ibídem), y por la modificación de la resolución que fija sedes, nomenclatura y unidades de los despachos de la Justicia penal Militar efectuada por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, de acuerdo a las facultades conferidas por el numeral 5 del artículo 1º de la Resolución Ministerial No. 1295 de 2004, en concordancia con lo dispuesto en los numerales 2 y 5 del artículo 26 del Decreto 1512 de 2000, decisiones que adopta entre otras cosas, para el mejoramiento de la prestación del servicio de administración de justicia y que es deber de todos los funcionarios acatar en los términos precisos ahí contemplados y a partir de la fecha de su expedición para que efectivamente pueda cumplir con los objetivos trazados, sin que sea dable que se invoquen otras razones que allí no se tuvieron en cuenta”. **(Rad. 155634, 24 de febrero de 2009, MP. MY.(R) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión).**





## CONCEPTOS OPERACIÓN MILITAR Y CAMPAÑA

**Son disímiles pero pertenecen a la misma estructura y accionar de la Fuerza Pública.**

“Como la discusión planteada por el recurrente y el Ministerio Público ante esta Instancia, se centra en el concepto del operación militar, frente a la tarea que venía cumpliendo o de la cual hacía parte el sindicato, es importante hacer algunas precisiones, primero, en relación al concepto de campaña vinculado a los dos primeros estatutos, y segundo al de operación militar inserto en el tipo actual de Deserción, ya que si bien son disímiles, pertenecen a la misma estructura y accionar de la Fuerza Pública, de tal forma que a contrario sensu de ser excluyentes, son correspondientes, a tal punto que la una es causa de la otra, y la otra, consecuencia y tiene su origen en la primera, y en fin, pertenecen al mismo campo.

De la decisiones citadas por el Señor Defensor y el Ministerio Público, en una de ellas, se hacen algunas reflexiones no precisadas de conceptos como campaña y operación militar (Radicación 153113), ya que es necesario establecer el estadio dentro del cual se lleva a efecto la evaluación, esto es, de guerra regular ó de acciones en conflicto irregular.

Otro tema abordado es el relacionado con los conceptos de Base Militar, Puesto Militar y Unidad Destacada, que para la Sala en cada caso concreto es perentorio analizar, a fin de concluir si hacen parte o no del estadio: “operaciones militares”.

Antes de enfatizar sobre el elemento normativo puesto en tela de juicio por el Señor Defensor y el Ministerio Público, es necesario precisar que las tareas o actividades que venía cumpliendo la patrulla “Deluyer 3”, lo eran dentro del estadio de la lucha de la Fuerza Pública contra grupos subversivos, y porque no decirlo, dentro de los rasgos de un eventual conflicto interno, como más adelante se detallará.

Las operaciones dentro del combate irregular (no guerra convencional) se han descrito como las de ocupación, registro, control militar de área y repliegue ofensivo, y en cada evento se debe determinar el objetivo que persigue la maniobra, métodos y técnicas que emplea y las tropas que intervienen, entre otros. Esas operaciones se producen como resultado de un plan de campaña de la respectiva Fuerza, que a su vez tiene su raíz en la estrategia de seguridad nacional y que busca disuadir a un agresor, mediante la realización de operaciones militares, como un medio para lograr los resultados innatos a los intereses nacionales.

Por su parte, las misiones tácticas, que son ejecutadas por las unidades tácticas, materializan las operaciones militares mediante el cumplimiento de una serie de tareas derivadas de la operación militar. Así entonces, la relación entre misión táctica, operación militar y campaña son directas y próximas y pertenecen a un mismo hilo conductor, de tal suerte que forman un conjunto para apoyar el cumplimiento de la misión constitucional encomendada a la Fuerza Pública, conectadas como una vertiente, a la estrategia de seguridad nacional. Por ello afirmar que se

está en ejecución de una misión táctica o una operación militar, equivale a indicar que se encuentra en desarrollo de una campaña militar; y si hay campaña militar, lo consecuente es la emisión de órdenes de operación, y de misiones tácticas.

En cuanto al concepto de campamento, no cabe duda que se refiere a aquella área dispuesta de una forma determinada, en la cual la tropa o los miembros de la patrulla militar, se asientan transitoriamente disponiendo las medidas de seguridad y administrativas del caso, disponiéndose barracas, carpas, tiendas, etc, y que hace parte de la tarea que debe llevar a efecto. Dentro de esa área y bajo esa disposición o área de vivac, el comandante señala los linderos dentro de los cuales debe moverse el personal, a tal punto que se instalan puestos de centinelas a los que se le asignan consignas especiales que tienen que ver entre otras, con la no permisión de la salida de miembros de la patrulla o el ingreso o acercamiento de extraños al lugar". (Rad. 155645, 02 de marzo de 2009, MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).



## CONCURSO APARENTE DE TIPOS PENALES - DELITO COMPLEJO

### Privación ilegal de la libertad

"(...) Como el tema a resolver consiste en determinar si la sentencia condenatoria proferida contra el Teniente MRGA por el delito de Privación Ilegal de la Libertad se ajustada o no a derecho de acuerdo a los planteamientos realizados por el Juez de Primera Instancia, Ministerio Público y apelante, y de otra parte la legalidad o no de la decisión absolutoria proferida a favor del mencionado oficial por el punible de Prevaricato por Omisión, inicialmente la Sala se ocupará de lo referente a la absolución y posteriormente en lo concerniente al recurso de alzada interpuesto contra el fallo condenatorio.

Después de un minucioso estudio al compendio probatorio y razonamientos del A-Quo, la Sala encuentra procedente dar confirmación a la decisión absolutoria proferida a favor del procesado por el delito de Prevaricato por Omisión, teniendo en cuenta tal como lo refirió el juez primario, que dicha conducta endilgada se subsume en la privación ilegal de la libertad, al tratarse de un concurso aparente de tipos penales, cuyos presupuestos básicos corresponden a que se trata de una sola conducta realizada por el procesado, que recae adecuadamente en varias descripciones típicas (art. 174 y 414 C.P.) pero que realmente sólo se ajusta en una de ellas, por cuanto la acción desplegada por éste perseguía una única finalidad que era lesionar un solo bien jurídico tutelado, en este caso la libertad.

Es la situación fáctica la que nos demuestra claramente que se está en presencia de un delito complejo, porque el medio comisivo para la estructuración del prevaricato por omisión fue el atentando contra la libertad, pues si no hubiese privado ilegalmente de la libertad al ciudadano lógicamente que dicho habitante hubiera



sido dejado a disposición de la autoridad competente dentro del término de ley, existiendo entonces relación de medio a fin, ya que al presentarse un concurso aparente de tipos, esto debía desatarse como a bien lo realizó el Juez de primera instancia escogiendo el más aplicable a través de los criterios de la especialidad, subsidiariedad y consunción en aras de evitar la transgresión del principio Non Bis In Idem (art. 14 C.P.M.), tema del cual la jurisprudencia se ha venido ocupando señalando<sup>14</sup>. (...).

Respecto al delito de Privación Ilegal de la Libertad por el cual fue condenado el Teniente MR, esta Sala desde ya debe mostrar su total acuerdo con los planteamientos realizados por el A-Quo y disenter de los exiguos motivos de impugnación y concepto emitido por el señor Representante del Ministerio Público, al estar demostrado fehacientemente que el encausado transgredió el derecho a la libertad personal del ciudadano JFBB consagrado en el artículo 28 de la Constitución. (...).

En este orden, atendiendo los argumentos del apelante y conforme se desarrollaron los hechos, es evidente que ninguna de las tres (3) situaciones señaladas anteriormente para privar de la libertad a J.F.B.B. –por orden judicial, flagrancia y públicamente requerida- se da en el presente caso, pues recuérdese como igualmente lo reseñó el señor Juez de primera instancia, que es la Corte Constitucional la que analizó detalladamente los conceptos de flagrancia y detención preventiva a fin de precisar sus alcances. (...).

Ahora bien, teniendo así claro que la captura del ciudadano JFBB no fue en flagrancia, procederemos a analizar si esta se dio bajo la cuarta situación señalada en acápite que antecede como lo argumenta el censor, es decir, la captura administrativa a que se refiere el inciso segundo del artículo 28 de la Constitución Nacional que dice: “La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley”, tema del cual como se indicó precedentemente fue desarrollado amplia y claramente por la Corte Constitucional en la plurimencionada sentencia C-024 del 27 de enero de 1994. (...).

Lo anterior nos indica sin equívoco alguno que la privación ilegal de la libertad de B.B. por parte del procesado no fue bajo la figura de la captura administrativa como lo argumenta el apelante, pues encontramos de la revisión efectuada al compendio probatorio, que dicha circunstancia no era un motivo fundado como lo exige la jurisprudencia para detenerlo ni constituía un hecho grave que hiciera necesario adoptar tal medida, pues a pesar de existir señalamientos que éste posiblemente había falseado la boleta de la rifa que había cobrado, fueron los mismos afectados quienes manifestaron al oficial enjuiciado que no presentarían denuncia contra éste como lo reseñaron en el testimonio rendido (fl.24 inv. al 29), lo que descartaba de plano tal situación, sin verificar el oficial enjuiciado que existían otros mecanismos alternativos para establecer el posible hecho falseario, además repetimos, no existía denuncia alguna contra éste por dicho insuceso, lo cual efectivamente avala-

ría y justificaría la medida adoptada de conducirlo a la Estación Policial, para luego dejarlo a disposición de la autoridad judicial competente, diligencias que brillan por su ausencia dentro del procedimiento efectuado por MR, descartando de plano lo anterior, la necesidad de la captura que predica el recurrente, ya que no era necesaria, pues no representaba una urgencia o un peligro el hecho no realizarla, máxime cuando los injustos a que hacían mención los requirentes del auxilio de la autoridad no eran de suma gravedad. (...).

Fue tan lesionable la privación ilegal de la libertad del ciudadano BB, que los términos de su retención sobrepasaron los establecidos por la ley, extendiéndose a casi cuarenta (40) horas, como lo demuestran las copias de los folios 35 a 37 y 130 a 131 de las minutas de guardia y control de retenidos de la estación de policía Betulia, donde se aprecia que la hora de ingreso a dichas instalaciones policiales del denunciante fue el 14 de febrero de 2004 a las 18:30 horas y que su salida de la unidad policial se produjo el día 16 del mismo mes y año a las 09:40 horas, sin tenerse en cuenta que ya se sabía que sobre él no pesaba denuncia penal alguna, ni se iba a instaurar.

Frente al señalamiento del defensor y representante del Ministerio Público ante esta instancia, que se reconozca que el procesado obro con el convencimiento que actuaba en legal forma como lo indica el artículo 35 numeral 3 del Código Penal Militar (error invencible), al creer que estaba legitimado para hacer la retención del ciudadano al haber reconocido éste en su presencia el fraude y realizar la conciliación, además que los delitos de prevaricato por omisión y privación ilegal de la libertad no fueron contemplados como culposos, debiéndose predicar la inexistencia de responsabilidad en el acusado, la Sala encuentra que dichas conjeturas no están llamadas a prosperar, por cuanto el error de tipo invencible es la errada interpretación que no le es exigible al autor superar, o en otros términos, que ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa podría llegar a otra conclusión, esto es, que el error invencible no depende de culpa o negligencia, presupuestos que en el presente evento no se encuentran, pues examinados los medios probatorios, vemos que el procesado fue capacitado como oficial de la policía nacional, recibiendo preparación académica en el cargo que se desempeñaba y más aún que ya había desempeñado en otra unidad policial, lo que le imponía conocer todo lo relacionado con el procedimiento de privación de la libertad, lo cual como el mismo lo anotó, no era desconocido, pues en su injurada describió explícitamente el procedimiento que se debe adelantar para ello, mostrándose ajeno a algún error que lo hubiese impulsado a actuar bajo la creencia de no estar incurriendo en conducta punible, permitiendo esto señalar que el reparo no tiene fundamento en dicha causal de inculpabilidad y que la declaratoria de responsabilidad efectuada por el juez de primera instancia a título de dolo se sustentó en los distintos medios de prueba que resultaron suficientes para alcanzar la certeza sobre la objetividad jurídica del delito de privación ilegal de la libertad, al demostrarse que éste actuó con pleno conocimiento de la ilicitud de su comportamiento que describió ampliamente el fallador primario y que acogemos íntegramente. **(Rad. 155477, 8 de julio de 2009, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**



## CONCURSO ATAQUE AL INFERIOR - LESIONES PERSONALES

**Procedencia de la querrela, la conciliación y el desistimiento en las lesiones personales.**

“(…) Sea lo primero advertir que el procesado fue investigado en la presente causa por los delitos de Ataque al Inferior y Lesiones Personales y que por éste último reato se le cesó procedimiento a las voces del artículo 231 del Código Penal Militar por desistimiento de la acción penal a petición del ofendido y coadyuvada por el procesado conforme se aprecia a folio 163 del paginario, al no sobrepasar la incapacidad médico legal determinada al lesionado de treinta (30) días sin secuelas (fl.28) y en aplicabilidad de lo dispuesto en la ley 1058 de 2006 por medio de la cual se estableció un procedimiento especial en el Código Penal Militar, adicionando un artículo y modificando otro, razón por la cual hácese necesario pronunciarnos al respecto, atendiendo que la actuación se llevó bajo el procedimiento ordinario y la señora Juez de Instancia desconoció que al tratarse de un concurso de hechos punibles y que la acción penal era de oficio conforme lo contempla la mencionada ley 1058 de 2006, dicha decisión a la luz de este procedimiento es consultable, por ende para este momento procesal no está en firme.

Efectivamente, la ley 1058 de 2006 cuando de adelantar la investigación se trata, es clara en indicar (art.1 inc.2º) qué delitos requieren querrela de parte y a su vez cuándo se debe proceder de oficio, disponiendo en este sentido como salvedad de improcedencia de la querrela, que en los casos de concurso en delitos contra la disciplina y el servicio se procederá de oficio, que como vemos, se trata en el presente asunto, lo que indica, haciendo un análisis de la voluntad del legislador, que cuando se trate de concurso en delitos contra la disciplina y el servicio con delitos querellables, la investigación se adelantará de oficio y bajo el procedimiento dispuesto en la ley 522 de 1999, indicándonos lo anterior que la falladora de instancia no podía aplicar la figura de cesación de procedimiento en aplicabilidad de la ley 1058 de 2006 cuando la actuación no se efectuó bajo este procedimiento especial, es decir, que al cesarse procedimiento, contrario a lo dispuesto en el proceso especial, dicha decisión era y es consultable, la que dicho sea de paso al ser revisada, ha de ser confirmada, ya que si bien como lo indicamos inicialmente, podría pensarse por regla general que no procedería el desistimiento por tratarse de delitos perseguibles de oficio, ha sido la Honorable Corte Constitucional al conocer de la demanda de inexequibilidad del artículo 4º de la ley 1142 de 2007 la que ha sentado un precedente constitucional en el sentido que la aplicación de la figura de terminación anticipada del proceso por el desistimiento, procede tanto para los delitos querellables como aquellos en los cuales se ha eliminado la querrela por política criminal, como es el caso precisamente del artículo primero de la ley 1058 de 2006, cuando el legislador en su potestad legislativa dispuso que las lesiones personales querellables que consagra el artículo 80 del Código Penal Militar se convirtieran en oficiosas para el ejercicio de la acción penal cuando se presenta el concurso de hechos punibles contra la disciplina y el servicio. Surge entonces el interrogante y el planteamiento del problema si de acuerdo a esta decisión legislativa ¿procede o no el desistimiento de la acción penal por parte de la víctima?. (…).

Así las cosas, diáfano es que en materia de la Justicia Penal Militar el legislador optó por convertir en oficiosa la acción penal de las lesiones personales con incapacidad médico legal que no pasen de treinta (30) días sin secuelas, cuando estén en concurso con el ataque al inferior, empero con la facultad y posibilidad que el proceso termine de manera anticipada en eventos como la conciliación o el desistimiento como precisamente ocurrió en el presente proceso, con las formalidades de ley que permiten, sin lugar a dudas, impartirle confirmación a la decisión tomada por el Ad-quem.” **(Rad. 155016, 15 de mayo de 2009, MP. Capitán de Navío CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**



## **DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA**

**Cuando un funcionario judicial se declara incompetente, no es procedente decretar la nulidad de lo actuado.**

“No está por demás precisar que esta Colegiatura al declararse incompetente para conocer de este asunto, no puede entrar a declarar la nulidad de lo actuado, posición que encuentra apoyo en la Corte Suprema de justicia que al respecto ha dicho:

“(…) es jurisprudencia de esta Corte que en caso de presentar incompetencia no se debe proceder a decretar la nulidad, hasta que la competencia no se haya establecido con precisión y esté el proceso asignado a quien corresponda, esto con el propósito de evitar tener que repetir la actuación cuando la competencia finalmente se señale en quien la provocó y anuló parte del proceso por considerar no ser de su competencia”<sup>15</sup>. **(Rad. 155416, 29 de mayo de 2009, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Sala Cuarta de Decisión).**



## **DELITO DE DESERCIÓN, MODALIDAD DEL ARTICULO 128.3 DEL C.P.M.**

**No se configura cuando se trata de una base militar fija.**

“(…) es necesario precisar que la descripción típica que recoge el artículo 128.3 del Código Penal Militar, según la cual, incurre en el delito de desertión quien estando incorporado al servicio militar “Traspase sin autorización los límites señalados al campamento por el jefe de las tropas en operaciones militares”, tiene las siguientes notas características:

1. Que el sujeto pasivo se halle incorporado al servicio militar
2. Que se haya traspasado sin autorización los límites señalados al “campamento” por el jefe de “las tropas en operaciones militares”.



Para el caso objeto de estudio, se infiere que se reúne el primero de los requisitos, por cuanto el SLR. VFB, para el momento de los hechos estaba incorporado al servicio militar mediante la Orden del Día 052 del 25 de febrero de 2008, suscrita por el Comandante del Batallón de Infantería No. 18 “CO. Jaime Rooke”, donde fue dado de alta como efectivo de esa unidad táctica, en su condición de conscripto del tercer contingente del mismo año.

Pues bien, a raíz de la inquietud del recurrente es importante subrayar, que en punto al alcance de la locución “tropas en operaciones militares” allí contenido, esta Sala en providencia del 4 de marzo se dijo:

“...el Legislador de 1999 en la Ley 522 introdujo una sustancial modificación en los ingredientes normativos del tipo penal dispuestos en el numeral 3º del artículo 128, con lo que buscó garantizar, en toda hipótesis del ejercicio de la función militar o policial, la efectividad del servicio. Reguló así, a través del numeral en cita, una situación especial, como corresponde a la ausencia de un efectivo por cualquier tiempo cuando las tropas se encuentren en operaciones militares.

Debe precisar la Sala que el ingrediente “operación militar”, demanda en su entendimiento, criterios que van más allá de lo considerado por la Defensa y el Ministerio Público, incluso en las citas anexas de la distinguida Procuradora 136 Penal II, la cual respetamos pero no compartimos.

Es equivocado entender que el concepto de operación militar se circunscribe al acto de la confrontación o el combate, tal percepción riñe con la doctrina militar, la lógica y la dinámica operacional que hoy desarrollan las tropas del Ejército de cara a la realidad nacional. El concepto “operación militar” es mucho más extenso porque encierra toda una serie de actos que comportan la ejecución, el desarrollo y la consolidación. Al punto de partida corresponde la elaboración de un plan de campaña que emite el Comando de la Fuerza, su desarrollo lo materializan las Brigadas al realizar operaciones militares, dispuestas por vía de la orden de operaciones y emitidas a las unidades tácticas o Batallones, que son las unidades que realizan misiones tácticas y en su nivel desarrollan la maniobra.

Cada operación se describe en forma general y su estudio demanda comprender el objetivo que se persigue, la maniobra, los métodos y técnicas que se emplean, las tropas que intervienen, su planeamiento y conducción, tal y como lo enseña el Reglamento de Operaciones en Combate Irregular 3-10. Por operación militar debe entenderse: “la serie de actividades de combate o administrativas que ejecute la unidad para darle cumplimiento a una misión”<sup>16</sup>. La ejecución de operaciones de combate irregular puede ser de diversos tipos, tales como: Ocupación, registro, control militar de área, destrucción y repliegue ofensivo<sup>17</sup>.

16 1 Reglamento de Operaciones en Combate Irregular FF-MM 3-10. El combate no solo es el acto de la confrontación sino que tiene varias etapas y características como son el secreto, la reducción de vulnerabilidades, la rapidez, sorpresa seguridad, la preservación de la integridad, la iniciativa, continuidad apoyo logístico, aprovechamiento de las características del terreno, el apoyo de población civil.

17 *Ibidem*

Por manera que el concepto operación militar se entiende desde que se recibe la misión e inicia su ejecución, esto es, desde el día “D” y la hora “H”, manteniendo plena vigencia el concepto en toda su ejecución y desarrollo, sin importar que la operación dure días o meses, ya que se entiende superada cuando se logre el cumplimiento de la misión y se reintegren las tropas a su unidad de origen.

En cuanto hace a los límites y jefe de tropas, comporta igualmente, como en precedentes citas, referir que corresponde al funcionario judicial dar vida a la norma y ubicarla en el contexto y realidad en que se aplica, no puede olvidarse que el Juez militar de hoy no es aquel que sólo se limita por su boca a anunciar el sentido de la Ley, sino que un Juez tiene una connotación diferente, constructor, creador. El límite corresponde al espacio físico, establecido en el terreno en donde deben mantenerse o desplazarse las tropas, sugiere entenderlo, desde la perspectiva y nivel que se tenga en la cadena de mando, lo que permite concebir que el límite es dinámico, cambiante y flexible, dependiendo de dicho nivel; así, uno es el límite de la jurisdicción de la Brigada (unidad operativa menor), otro, el que se fija a una unidad táctica (Batallón) y otro será el de la unidad fundamental (compañía). Pero, en los mínimos niveles, entiéndase escuadra, sección o pelotón, los límites los fija el respectivo Comandante dependiendo de su quietud, movilidad, el eje de avance, los lugares donde se detenga y la misión que cumpla.

Esos límites normalmente se expresan a partir del dispositivo de seguridad que se adopte, así, un Comandante de Pelotón, al adoptar su dispositivo en un sector de base de patrullaje fija o móvil, al hacer un alto en el eje de avance, al permanecer con una misión en un sector, v.gr. control militar de área, un retén, lo primero que hace es adoptar su seguridad tomando un dispositivo que implica establecer centinelas y ubicarlos en determinado sitio y fijar límites geográficos, basándose en obstáculos naturales o artificiales, entiéndase un árbol, un monte, un camino, una cerca, etc. En principio, la ubicación del centinela denota el establecimiento del límite, porque se convierte en la primera línea de defensa, en la alerta, la seguridad de la unidad”<sup>18</sup>.

En el diccionario militar, aeronáutico, naval y terrestre, “campamento” significa: “acción de acampar o acamparse. Estacionamiento de tropas bajo tiendas; de semovientes, en círculos o en filas; y de vehículos y material, aparcados. Lugar en despoblado que sirve de establecimiento temporal, durante maniobras o en campaña, a fuerzas del ejército, resguardadas de la intemperie con tiendas, chabolas o barracas, distribuidas de modo que dejen entre sí mediante calles o espacios libres, fácil tránsito para la rápida formación en caso de alarma, así como la circulación ordinaria y la vigilancia diurna y nocturna.”<sup>19</sup>

Y el mismo término en el diccionario de la academia de la lengua española<sup>20</sup>, significa: “la acción de acampar o acamparse. Lugar circunscrito donde se establecen temporalmente las fuerzas del ejército. Tropa acampada.”

18 Magistrado Ponente TC. Camilo Andrés Suárez Aldana, radicado 018-155644-6889-EJC.

19 En el diccionario militar, aeronáutico, naval y terrestre. Libro científico, de la bibliográfica Omeba, tomo I, impresión 1961 en Nicaragua, pag.675

20 Diccionario EVEREST Cuspine. Editorial Everest. León(España)



Y acampar: “detenerse, hacer alto en el campo, alojándose o no en tiendas o barracas”.

De los anteriores conceptos, aparece perfectamente claro que el término campamento se está refiriendo a la acción de detenerse temporalmente, de hacer un alto en el desarrollo de una maniobra u operación, cuando alguna necesidad específica así lo requiera.

En el reglamento de operaciones en combate irregular para las Fuerzas Militares, esta actividad de acampar se encuentra contenida en el concepto de “áreas de reunión (temporales)” las que se definen así: “cuando por circunstancias relacionadas con el enemigo, tiempo o terreno, se requiera que una patrulla se detenga por un corto período, debe seleccionar un área de reunión que proporcione por su ubicación y naturaleza, seguridad pasiva contra la acción del enemigo. El tiempo de permanencia en esta área, depende de la situación que se presente en el momento. Las situaciones que normalmente requieren el establecimiento de un área de reunión son:

- Suspender todo movimiento, para evitar que la patrulla sea descubierta por el enemigo.
- Ocultarse del enemigo y la población civil durante un reconocimiento prolongado y detallado del área objetivo.
- Recuperación física de los hombres, confección de alimentos, mantenimiento preventivo de material y reabastecimientos.
- Efectuar coordinaciones, recibir y/o emitir órdenes para las acciones en el objetivo. Reorganizar la patrulla después que esta se ha infiltrado”<sup>21</sup>.

Estas áreas de reunión así concebidas, en las operaciones de control militar de área, encuentran su denominación como bases de patrullaje móvil, las que encontramos en el mencionado reglamento, describiéndolas como: “durante el desplazamiento o en cumplimiento de misiones de patrullaje, las unidades se ven precisadas a hacer altos, durante períodos que se extienden por no más de veinticuatro horas. En este caso; ocupa una base móvil, a cubierto de la población civil, para continuar posteriormente la acción. En sí, la base móvil no es más que una porción de terreno, que ofrece ventajas y es ocupada transitoriamente.”, cuyos propósitos encuentran equivalencia con el aérea de reunión transitoria, antes descritas, los que se transcriben a continuación:

- Realizar actividades de carácter táctico-administrativo después de efectuar movimientos prolongados a fin de tomar descansos, preparar alimentos, limpiar armas, mantener el equipo y pernoctar.
- Efectuar apreciaciones de situación, para emitir órdenes fragmentarias.
- Hacer reconocimientos del terreno.

- Actividades de reabastecimiento y de apoyo logístico.
- Efectuar evacuaciones de personal.

De esta forma, la noción de campamento, queda reflejada en cualquier área de reunión temporal en los términos antes descritos, siempre que se esté desarrollando una operación militar, cuyos límites le corresponde fijar al Comandante de la Unidad comprometida en el área. Con lo dicho hasta aquí, esta Sala fija su criterio respecto del término campamento en este tipo penal, el que se sustenta en el análisis de los reglamentos militares vigentes. Y aunque el actual Código Penal Militar ya no utiliza el término “campaña”, sino, “operaciones militares”<sup>22</sup>, el criterio de transitoriedad que se venía manejando en la jurisprudencia de este Tribunal, traída por la Procuraduría Judicial que actúa ante esta corporación, de fecha 14 de marzo de 1984, fecha en que estaba vigente el decreto 250 de 1958, no difiere mucho cuando en ella se afirma: “la expresión campaña conlleva la idea de transitoriedad a diferencia de una base militar o Unidad destacada como la Base Alguacil (...)”

En este orden de ideas, si se es coherente con el pensamiento esbozado, en el sentido que la expresión lingüística “campamento” conlleva per se la característica de transitoriedad, que se ve reflejada en cualquier área de reunión temporal, la consecuencia lógica es que una “base de patrullaje fija” queda por fuera del alcance del concepto de temporalidad que viene de referirse, por cuanto el Reglamento de operaciones en combate irregular, establece que este tipo de bases se establecen en forma “permanente” debido a la clase de misión que se cumple, verbigracia, el control de poblaciones intermedias o áreas tradicionalmente afectadas por el desorden público, seguridad de puestos de relevo de comunicaciones y control de áreas críticas como estaciones de bombeo.

Acorde con lo expuesto en precedencia, se tiene que de la exigua prueba militante en los infolios se evidencia que el procesado quien pertenecía a la compañía “Delfos 4” del batallón Rooke, se encontraba en la base militar “Martinica” ubicada en un cerro, no se sabe exactamente en jurisdicción de qué municipio, al parecer con la misión, según indica el procesado, de cuidar la repetidora de comunicaciones y sus alrededores, porque no se hizo ningún esfuerzo para establecer la naturaleza de dicha base, si es móvil, semi-móvil o fija, el lugar concreto de su ubicación, y la misión que cumplían las tropas allí acantonadas, de tal manera, que según los precarios datos hasta ahora aportados, al parecer se trata de una base militar dedicada al cuidado de una repetidora de radio, por ende podría tratarse de una base de patrullaje fija, lo cual conlleva la vocación de permanencia en el lugar, y por lo tanto, estaría por fuera del alcance de la expresión “campamento” que como se ha dicho, alude a la acción de detenerse temporalmente, de hacer un alto en el desarrollo de una maniobra u operación cuando alguna necesidad específica así lo exija”. **(Rad. 155696, 25 de marzo de 2009, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Sala Cuarta de Decisión).**





## DELITOS COMUNES - RELACIÓN CON EL SERVICIO

### Competencia de la Justicia Penal Militar

“(…) Inicialmente esta Sala de Decisión sin mayores preámbulos se referirá al respetable concepto emitido por el señor Representante del Ministerio Público que desde ya consideramos desacertado acoger, por medio del cual el ente de control solicita que esta corporación se aparte del conocimiento del presente asunto por ser de competencia de la justicia ordinaria, ya que los procesados no se encontraban de servicio y su conducta no tiene una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, toda vez que el concienzudo estudio realizado al plenario claramente contrario a lo argumentado por el representante de la sociedad nos demuestra que las presuntas conductas ilícitas endilgadas a los procesados F.N. y M. para la fecha de los hechos investigados se desarrollaron dentro de los condicionamientos del artículo 221 de la Constitución Nacional modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo N° 02 de 1995, que establece:

“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 tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integradas por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro.”

Nos referimos a que la conducta punible atribuida a los procesados está sustancialmente vinculada con la función policial que para el 18 de agosto de 2007- fecha de ocurrencia de los hechos desarrollaban estos-, pues al remitirnos al acontecer fáctico a través del material probatorio de carácter testimonial y documental obrante hasta este momento procesal, se aprecia que F.N. en momentos que prestaba servicio en el grupo operativo de tránsito bajo el indicativo de Halcón 26 de la ciudad de Ibagué- Tolima, realizando patrullajes de control sobre la avenida quinta como lo indica el oficio No.435 de septiembre 12 de 2007 emanado del Comando del Grupo Operativo de Tránsito del Departamento de Policía Tolima, al percatarse de la circulación de los auxiliares bachilleres M.E.N.E. y M.L.H. en la motocicleta AX de placas NEP 65A contraviniendo normas de tránsito, los hizo detener en el CAI “PISCINAS” para realizarles el correspondiente comparendo y luego que los infractores trataran de que se omitiera la realización de la orden de presentación ante la autoridad de tránsito, al parecer indujo a M.E. a dejar dádiva en el libro de minuta de guardia del CAI PISCINAS para su omisión, sitio donde se encontraba fungiendo el también vinculado AB. M.C.L. como servicio de información como lo corroboran las minutas de servicios y guardia de dicho recinto policial, quien resultó igualmente comprometido en la acción endilgada de inducción de dádiva al haber dialogado primeramente con el otro procesado y posteriormente con los infractores de la norma de tránsito, surgiendo de esta manera el nexo entre la conducta y la actividad policial desarrollada por los procesados a que hace alusión la ya conocida y dedicada sentencia de la Corte Constitucional C-358 de 1997, pues el delito atribuido a éstos es producto de su ejercicio extralimitado en las funciones propias que prestaban estos servidores públicos de la Policía Nacional, tema del cual se ha veni-

do ocupando la Honorable Corte de Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en situaciones similares a la que ocupa nuestra atención, atribuyendo la competencia de investigación, calificación y juzgamiento a esta Jurisdicción Castrense como al respecto y en reciente decisión manifestó: (...).

“...Siendo ello así, de conformidad con el artículo 1º de la mencionada legislación, cuyo texto reproduce el artículo 221 de la Carta Política, las Cortes Marciales o los Tribunales Militares tienen competencia para conocer con arreglo a dicho ordenamiento de “los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”, precepto desarrollado en el artículo 195 del mismo Código al disponer que “ cuando un miembro de la Fuerza Pública, en servicio activo y en relación con el mismo servicio, cometa delito previsto en el Código Penal Ordinario o leyes complementarias, será investigado y juzgado de conformidad con las disposiciones del Código Penal Militar”.

De igual manera, el artículo 2º ibídem dispone que “son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que le es propia”.

Así mismo, el artículo 4 ibídem precisa que la Fuerza Pública está integrada por los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

**De acuerdo a lo anterior, considera la Sala que si al momento en que los uniformados exigieron una suma de dinero al joven K.D.G.O. quien portaba el seguro obligatorio vencido, a cambio de dejarlo seguir su marcha sin comparendo, éstos se encontraban en servicio activo y cumpliendo funciones propias de su cargo, esto es, la actividad no resulta deslindada del servicio oficial prestado.**

En este caso, resulta evidente que la entrega del dinero no fue ajena a la condición de servidores públicos de los procesados ni a sus funciones pues, cuando se acordó el pago a los agentes J.Á.D. y W.A.O.L. se encontraban en servicio activo. Actividad que guardó relación o derivó directamente de sus funciones policiales, de una parte, por la imposición del comparendo que debían realizar al infractor de las normas del Código Nacional de Tránsito y, de otra, porque por razón del desempeño de tal cargo oficial estaban en capacidad de no elaborar el documento que daba cuenta de la infracción cometida y era supuesto de la sanción a cancelar, además de no inmovilizar el automotor.

Así las cosas, no **hay duda que se satisfacen a plenitud las exigencias legales (artículos 10,20 y 195 del Código Penal Militar) y constitucionales (artículo 221 de la Carta Política) para que la competencia de este asunto radicara en la Justicia Penal Militar y no en la ordinaria** (Radicado 30001 del 30 de septiembre de 2008 Magistrado Ponente Augusto J. Ibáñez Guzmán)”. *(Resaltado nuestro)*.

Es suficiente lo anterior para que el pedido del señor Representante del Ministerio Público realizado en su concepto emitido bajo las formalidades del artículo 581 del Código penal Militar no prospere, al corresponder a esta jurisdicción cas-



trense continuar con el conocimiento de la presente actuación penal. (Rad. 155203, 17 de abril de 2009, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).



## DELITOS CONTRA EL SERVICIO

**Precisión de los ingredientes normativos “operación militar y límites” en los delitos contra el servicio.**

“(…) el ingrediente “operación militar” no se contrae al acto de la confrontación o el combate, tal percepción es totalmente desafortunada, al reñir con la doctrina militar, la lógica y la dinámica operacional que hoy desarrollan las tropas del Ejército de cara a la realidad nacional. El concepto “operación militar” es mucho más extenso, porque encierra toda una serie de actos que comportan la ejecución, el desarrollo y la consolidación. El punto de partida corresponde a la elaboración de un plan de campaña que emite el Comando de la Fuerza, su desarrollo lo materializa las Brigadas al realizar operaciones militares, dispuestas por vía de la orden de operaciones y emitidas a las Unidades Tácticas o Batallones, que son las unidades que realizan misiones tácticas y en su nivel desarrollan la maniobra. Por ello, cada operación se describe en forma general y su estudio demanda comprender el objetivo que se persigue, la maniobra, los métodos y técnicas que emplea, las tropas que intervienen, su planeamiento y conducción, tal y como lo enseña el Reglamento de Operaciones en Combate Irregular 3-10. Por operación militar debe entenderse: “la serie de actividades de combate o administrativas que ejecute la unidad para darle cumplimiento a una misión”<sup>23</sup>. La ejecución de operaciones de combate irregular puede ser de diversos tipos, tales como: Ocupación, registro, control militar de área, destrucción y repliegue ofensivo<sup>24</sup>.

Por manera que el concepto operacional se concibe desde que se recibe la misión e inicia su ejecución, esto es, desde el día “D” y la hora “H”, manteniendo plena vigencia el concepto en toda su ejecución y desarrollo. (...) Ahora, en cuanto hace al modelo descriptivo: “límites señalados al campamento por el jefe de las tropas (...)” sugiere entender tal ingrediente, desde la perspectiva y nivel que se tenga en la cadena de mando, lo que permite concebir que el límite es dinámico, cambiante y flexible, dependiendo de dicho nivel; así uno es el límite de la jurisdicción de las Brigadas (Unidad Operativa Menor), otro el que se fija a una Unidad Táctica (Batallón) y otro será el de la Unidad Fundamental (Compañía). Pero, en los mínimos niveles, entiéndase Escuadra, Sección o Pelotón los límites los fija el respectivo Comandante dependiendo de su quietud, movilidad, eje de avance, lugares donde se detenga y la misión que cumpla. Esos límites normalmente se expresan a partir del dispositivo de seguridad que se adopte; así, un Comandante de Pelotón al adoptar su dispositivo en el sector donde cambucho distribuye los centinelas, que son los puntos que en últimas determina los límites.(...) La doctrina militar enseña que una

23 Reglamento de Operaciones en Combate Irregular FF-MM 3-10  
24 *Ibidem*

unidad militar comprometida en operaciones, llámese fija o móvil, debe adoptar en todo momento y lugar, dispositivos de seguridad, vale decir, la Unidad está ejecutando una misión que se deriva de una operación y se detiene en su infiltración, eje de avance, área de responsabilidad o se instala en una base fija, o semifija, el Comandante debe adoptar un dispositivo de seguridad ubicando centinelas para protección y preservación de la tropa, dicha ubicación es la que en principio permite verificar los límites (...)" (Rad. 155322, 27 de febrero de 2009, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).



## DESERCIÓN

Alcances del tipo penal contenido en el artículo 128-3 del Código Penal Militar.

“Para el caso que hoy convoca nuestra atención, es necesario precisar lo que debe entenderse como “los límites señalados al campamento por el jefe de las tropas en operaciones militares”, a fin de desentrañar su verdadero alcance y el contenido de la conducta misma, para que se cumpla con la función garantizadora, fundamentadora y sistematizadora asignada al tipo penal, ya que solo a partir de ese momento el Estado puede perseguir a quien realiza las actividades así descritas, aplicarle la pena que se haya previsto, asegurar el pleno ejercicio del derecho de defensa y afianzar el principio de seguridad jurídica.

Partiendo del término “campamento”, encontramos que en los distintos reglamentos militares no se hace alusión a este concepto para definirlo como aplicable a las Fuerzas Militares, siendo utilizado en el Reglamento de operaciones en combate irregular (Reglamento FF.MM. 3-10 Reservado - 2004) para identificar el sitio en el cual se centralizan las actividades político-armadas y organizativas de una determinada cuadrilla de mayor o menor tamaño y aún de las fracciones de grupo, si están actuando descentralizadamente, refiriéndose a la “subversión” como agentes generadores de violencia en nuestro país, agregando que también es el lugar que sirve de la misma manera para llevar a cabo reorganizaciones, conferencias y para el reposo. Que los mismos pueden ser semifijos y que las fracciones de grupo también utilizan el campamento cuando actúan descentralizadamente, aunque debido al tamaño y al reducido número de sus integrantes es de características transitorias, fácil de instalar y de movilizar y las medidas de seguridad de menor alcance.”<sup>25</sup>

En el diccionario militar, aeronáutico, naval y terrestre, “campamento” significa: “acción de acampar o acamparse. Estacionamiento de tropas bajo tiendas; de semovientes, en círculos o en filas; y de vehículos y material, aparcados. Lugar en despoblado que sirve de establecimiento temporal, durante maniobras o en campaña, a fuerzas del ejército, resguardadas de la interperie con tiendas, chabolas o barracas, distribuidas de modo que dejen entre sí mediante calles o espacios libres,



fácil transito para la rápida formación en caso de alarma, así como la circulación ordinaria y la vigilancia diurna y nocturna.”<sup>26</sup>

“Y el mismo término en el diccionario de la academia de la lengua española<sup>27</sup>, significa: “la acción de acampar o acamparse. Lugar circunscrito donde se establecen temporalmente las fuerzas del ejército. Tropa acampada.

Y acampar: “detenerse, hacer alto en el campo, alojándose o no en tiendas o barracas”.

De los anteriores conceptos, aparece perfectamente claro que el término campamento se está refiriendo a la acción de detenerse temporalmente, de hacer un alto en el desarrollo de una maniobra u operación, cuando alguna necesidad específica así lo requiera.

En el reglamento de operaciones en combate irregular para las Fuerzas Militares, esta actividad de acampar se encuentra contenida en el concepto de “áreas de reunión (temporales)” las que se definen así: “cuando por circunstancias relacionadas con el enemigo, tiempo o terreno, se requiera que una patrulla se detenga por un corto período, debe seleccionar un área de reunión que proporcione por su ubicación y naturaleza, seguridad pasiva contra la acción del enemigo. El tiempo de permanencia en esta área, depende de la situación que se presente en el momento. Las situaciones que normalmente requieren el establecimiento de un área de reunión son:

- Suspender todo movimiento, para evitar que la patrulla sea descubierta por el enemigo.
- Ocultarse del enemigo y la población civil durante un reconocimiento prolongado y detallado del área objetivo.
- Recuperación física de los hombres, confección de alimentos, mantenimiento preventivo de material y reabastecimientos.
- Efectuar coordinaciones, recibir y/o emitir órdenes para las acciones en el objetivo. Reorganizar la patrulla después que esta se ha infiltrado<sup>28</sup>.

Estas áreas de reunión así concebidas, en las operaciones de control militar de área, encuentran su denominación como bases de patrullaje móvil, las que encontramos en el mencionado reglamento, describiéndolas como: “durante el desplazamiento o en cumplimiento de misiones de patrullaje, las unidades se ven precisadas a hacer altos, durante períodos que se extienden por no más de veinticuatro horas. En este caso; ocupa una base móvil, a cubierto de la población civil, para continuar posteriormente la acción. En sí, la base móvil no es más que una porción de terreno, que ofrece ventajas y es ocupada transitoriamente.”, cuyos propósitos encuentran equivalencia con el aérea de reunión transitoria, antes descritas, los que se transcriben a continuación:

26 En el diccionario militar, aeronáutico, naval y terrestre. Libro científico, de la bibliografía Omeba, tomo I, impresión 1961 en Nicaragua, pag.675  
27 Diccionario EVEREST Cuspine. Editorial Everest. León (España)  
28 Reglamento FF.MM. 3-10 Reservado 2004

- Realizar actividades de carácter táctico-administrativo después de efectuar movimientos prolongados a fin de tomar descansos, preparar alimentos, limpiar armas, mantener el equipo y pernoctar.
- Efectuar apreciaciones de situación, para emitir órdenes fragmentarias.
- Hacer reconocimientos del terreno.
- Actividades de reabastecimiento y de apoyo logístico.
- Efectuar evacuaciones de personal.

De esta forma, la noción de campamento, queda reflejada en cualquier área de reunión temporal en los términos antes descritos, siempre que se esté desarrollando una operación militar, cuyos límites le corresponde fijar al Comandante de la Unidad comprometida en el área. Con lo dicho hasta aquí, esta Sala fija su criterio respecto del tema, el que se sustenta en el análisis de los reglamentos militares vigentes. Y aunque el actual Código Penal Militar ya no utiliza el término “campaña”, sino, “operaciones militares”<sup>29</sup>, el criterio de transitoriedad que se venía manejando en la jurisprudencia de este Tribunal, traída por la Procuraduría Judicial que actúa ante esta corporación, de fecha 14 de marzo de 1984, fecha en que estaba vigente el decreto 250 de 1958, no difiere mucho cuando en ella se afirma: “la expresión campaña conlleva la idea de transitoriedad a diferencia de una base militar o Unidad destacada como la Base Alguacil (...)”

Pasemos ahora a desentrañar el significado de “jefe de tropas en operaciones militares”, que no puede ser otro que el comandante a cada nivel, encargado de la conducción militar (forma delegada del mando para ejercerlo a través de la planeación, la ejecución y el control)<sup>30</sup>. y aunque la aplicación del poder de combate requiere indiscutiblemente de una unidad de comando, la descentralización propia de las operaciones de combate irregular, al hacer difícil la unidad de dirección, descansa en cada comandante encargado en el área, el mando directo sobre los hombres y sobre las operaciones, que incluye obviamente la responsabilidad para usar eficazmente los recursos disponibles para el cumplimiento de la misión asignada y que tiene su sustento en el concepto de “cadena de mando” (sucesión de mando, que va del comando superior al inmediatamente subordinado y así sucesivamente)<sup>31</sup>.

Pasando ahora al tema de las operaciones militares, tenemos que ellas son:

- Ocupación
- Registro
- Control militar de área
- Destrucción
- Repliegue ofensivo

Cuyos conceptos básicos y aplicación se encuentran ampliamente desarrollados en el Reglamento FF.MM. 3-10 antes aludido”. (...).

“En este orden de ideas, los límites que se fijen en la base de patrullaje móvil,

29 Numeral 3, artículo 128 del C.P.M.

30 Manual de Estado Mayor y Mando Conjunto para las Fuerzas Militares pg.33

31 Manual de Estado Mayor y Mando Conjunto para las Fuerzas Militares pg.38



son los que nos van a permitir establecer si la conducta del procesado encuentra total adecuación al tipo penal que se le endilga, como el conocimiento que tuviera de ellos previo a su evasión de aquel sitio”. **(Rad. 155646, 02 de marzo de 2009, MP. MY. (R) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión).**



## DESERCIÓN

### El acoso sexual frente a causales de ausencia de responsabilidad

“Para la Sala resulta altamente censurable y criticable la postura tomada de forma ligera y sin la profundidad jurídica requerida, por la Juez de Primera Instancia, para quien la razón de su decisión absolutoria está cimentada sobre el reconocimiento de la presunción de inocencia frente a la existencia de una duda que le impidió tener la certeza de si el procesado actuó o no dolosamente, considerando que “al parecer”, las propuestas del soldado R. fueron las que viciaron la voluntad del soldado procesado.

Por ello, razón le asiste a la apelante, para quien la responsabilidad del procesado redundante de la propia indagatoria, de la cual es posible extraer el convencimiento de que el SLR. B.A.J., libre y voluntariamente se apartó de la prestación del servicio militar obligatorio, por el tiempo mínimo señalado en la Ley para la comisión del punible de desertión.

No se encuentra la duda que propugna la Juez A-quo, cuando evidentemente el mismo procesado afirma en la indagatoria que nunca el soldado R. lo amenazó o lo atemorizó frente a la negativa de acceder a su deseo sexual. No es posible, en consecuencia, señalar que el soldado procesado se vio compelido a desertar, con el fin de preservar su integridad moral, física o sexual, cuando ni siquiera hubo un acto serio que lo indujera a creer, así fuera erróneamente, que se encontraba en peligro y que su única salida era incurrir en la comisión del hecho punible.

Porque además, en la indagatoria el soldado expuso que había desertado sintiéndose afectado por el cambio en la prestación de los servicios, porque en el Putumayo, de donde había llegado, prestaba tres horas en el día y tres horas en la noche, mientras que al momento de la desertión estaba prestando nueve horas y descansaba solo tres. Además, expuso que también había desertado porque se había enterado de que su hermano se había ido de la casa y que por tal razón su madre estaba muy mal. Así, afirmó seguidamente que sintiéndose encerrado, tomó la decisión de solicitar un permiso, con la intención de no regresar.

Entonces, lo que se advierte es que en ningún momento la voluntad del procesado estuvo viciada, siendo su conducta el fruto de una libre valoración, pues posando de tener un libre albedrío, escogió el camino que lo llevó a infringir el ordenamiento penal militar, sin más disquisición que el de querer abandonar sus deberes con el fin de estar un tiempo con su novia y luego con sus padres, para

luego si finalmente tomar la decisión de reincorporarse nuevamente a la prestación de su servicio militar.

Y aunque no se da por descontado que pudo verse inmiscuido en una propuesta sexual efectuada por el SLP. R.O.J.W., tal requerimiento no tiene la categoría de convertirse en acoso y ni siquiera para haberlo obligado a desertar, porque tal anormalidad no resulta probada dentro del expediente, aunque si el pedimento, pero no el acoso, porque para tener la virtud de viciar la voluntad ha de requerirse un comportamiento que trascienda hacia el campo de la insuperable coacción ajena, circunstancia que aunque fue alegada en forma indirecta por el defensor en la Corte Marcial al decir que el soldado desertó fruto del acoso sexual, no fue analizada serenamente ni por la Juez de la causa, razones que inducen a pensar de la misma forma en que lo hizo la señora representante del Ministerio Público, quien avala los argumentos de la apelante, que dicha conducta no fue la determinante en la causación del resultado que hoy tiene en calidad de procesado al SLR. B.A.J.

Efectivamente, si se trata de sustentar que el SLP. R.O.J.W. obligó al procesado a desertar, estaríamos jurídicamente expuestos al resultado de un obrar bajo una insuperable coacción ajena, que es la figura sobre la que la Juez A-quo sustenta la duda. Pero para que pueda hablarse de insuperable coacción, es necesario que se cumplan unos requisitos, como son:

“a) Que haya peligro inminente, es decir, que no sea futuro o incierto, pero sí serio o inevitable por otro medio. b) Que se advierta un mal que para el violentado sea de naturaleza más grave que el que puede ocasionar con la comisión del hecho ilícito propuesto. c) Que no pueda ser evitado sino realizando ese hecho prohibido por la ley, es decir, que la conducta ilícita no haya sido consentida previamente”<sup>32</sup>.

Precisamente, lo que se observa es que el supuesto deseo sexual del SLP. R.O.J.W., no le representaba un peligro físico, ni moral, porque nunca recibió de parte de este una amenaza que le representara un riesgo. Además que para solucionar tal inconveniente, el procesado tenía la opción de denunciar o de dar a conocer tal comportamiento irregular, ante sus superiores.

Le era exigible al procesado en consecuencia, actuar conforme a derecho, dando prevalencia al cumplimiento de sus deberes militares, encontrándose que el sujeto activo de la conducta punible obró por voluntad propia y consciente, de tal forma que no puede invocarse esta causal eximente de responsabilidad, toda vez que la conducta no fue realizada como consecuencia del miedo al supuesto mal que lo amenazaba, siendo ella el fruto de su propia decisión.

De ahí, que su comportamiento deba ser calificado como doloso, pues teniendo conocimiento de los elementos estructurantes del hecho punible de desertación, sobre el que había recibido amplia instrucción, optó libremente por apartarse de sus deberes militares, con el fin de pasar un tiempo con su novia, y luego con sus

32 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Sentencia del 24 de octubre de 2007, M.P. Dr. Jorge Luis Quintero Milanés Expediente 22005



padres, agotando la conducta descrita en el tipo penal, no existiendo duda alguna sobre la antijuridicidad de su conducta, como así lo sentenció la juez de primera Instancia.” (Rad. 155130, 18 de marzo de 2009, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).



## DESERCIÓN

**La indebida incorporación no hace atípica la conducta. Ausencia de responsabilidad por estado de necesidad.**

“(…) Es un hecho indiscutible que el Estado en ejercicio de su tarea de planear, organizar, dirigir y controlar la definición de la situación militar de los Colombianos y de lograr la integración de la sociedad en su conjunto en la defensa de la soberanía nacional, dispuso a través del Comandante del Distrito Militar N° 20 de la Ciudad de Popayán (Cauca) incorporar a la filas militares, para la prestación del servicio militar obligatorio, a 108 conscriptos, soldados campesinos, integrantes del quinto contingente del año 2006, dentro de los cuales se encontraba el hoy condenado D.A.J.E., tal como se desprende del Acta N° 359 del 28 de julio de 2006, signada, entre otros, por el Comandante del Distrito Militar N° 20 y el Jefe de la Sección Control y reservas de ese mismo distrito militar, visible de los folios 130 a 132 del cuaderno original, quien posteriormente fue dado de alta, según orden del día 155 del 9 de agosto de la misma anualidad, dimanada del Comando del Batallón de Infantería N° 7 General José Hilario López. (Fls. 133 a 135).

Incorporación ésta que estima la sala, contrario a lo expuesto por la Defensa, se ajustó a Derecho, si se tiene en cuenta la buena fe con que actuó el Estado en desarrollo de la función pública anotada, dado que los formatos que fueron diseñados para la legalización de la vinculación a la prestación del servicio militar del señor D.Á., como lo son el formato N° 0320014616, la ficha nacional para identificación y el formato de estudio de seguridad (fls. 5-6, 8 a 12) buscaban entre otras, establecer si existía o no alguna causal que colocaran en condición de exento al conscripto; situación de la que no se pudo percatar las autoridades de reclutamiento si se tiene en cuenta que ninguna de las dos condiciones, que por demás son, intuio persona, como lo es su condición de Indígena y su condición de padre de familia, fueron puestas de manifiesto por el ex uniformado cuando diligenció los formatos, muy a pesar de que alguna de ellas, como lo es la de ser padre, le fue indagada en dichos documentos y su respuesta frente a ella, fue negar su condición de tal, es decir, de padre de familia y de su descendencia.

Contrario hubiera sido, que de haber el joven correspondido y respondido con la buena fe, como actuaban las autoridades de reclutamiento, y que de haber puestas de presente su condición de padre o de indígena las autoridades militares, éstas continuarían con el proceso de incorporación, naturalmente que éste sí a todas luces estaría viciado de irregularidad por desatender mandatos legales que impedían cristalizar este proceso de vinculación, pero ello, como se anotó, no sucedió así,

pues el joven nativo no dio a conocer tal condición, lo que permite establecer que su incorporación observó los protocolos fijados por las autoridades superiores que revisten el proceso de legalidad.

Así las cosas, es innegable entonces que el señor D.A.J.E. era destinatario de la Ley Penal Militar y que por tal motivo le asistían unas obligaciones para con la Patria durante la prestación de su servicio militar obligatorio; compromisos que observa la sala, desatendió, como acertadamente lo hacer ver el Juez de conocimiento, cuando de manera consciente y voluntaria decide ausentarse del lugar donde prestaba su servicio y sustraerse de la obligación legal que tenía, por un término muy superior a cinco días. (...).

No puede desconocerse y es necesario recalcarlo que nuestra Carta Política ha establecido en su artículo 5, a la familia como Institución básica de la sociedad y a los niños como titulares de privilegiados de un interés jurídico superior, así lo quiso el Constituyente de 1991 cuando consagró en su artículo 44 una protección especial para la niñez, tanto es así que la norma establece que “Los derechos de los niños prevalecen sobre los demás”.

Esta especial protección para la niñez, no solo es consagrada por nuestra Carta Superior, sino también por Instrumentos Internacionales, como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por el Congreso de Colombia mediante la Ley 12 de 1991, la cual hace parte integrante del Bloque de Constitucionalidad, conforme al artículo 93 Superior y ella trata “sobre el reconocimiento de la vulnerabilidad de los niños y sobre sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales como elementos integrantes de un conjunto, los cuales constituyen el mínimo necesario para la supervivencia y el desarrollo de la Infancia. Ellos son, el derecho a la vida, a la identidad, a una relación armónica con los padres, a la libertad de pensamiento, de expresión y de asociación en cuanto sean posibles, a la participación en la toma de decisiones sobre asuntos que lo afecten, a protecciones frente a abusos, circunstancias de desamparo o de conflicto, a un trato especial cuando la condición especial del niño lo requiera, a la vivienda y al abrigo, a la nutrición y a la salud, a la educación, a la recreación y a la cultura dirigidas al desarrollo de la personalidad, de las aptitudes y de la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades”.

Dentro de los principios que establece la Convención encontramos que “un niño puede estar adecuadamente alimentado, pero si no se le educa, se le permite el acceso a la cultura, se le ampara de la explotación laboral y de cualquier forma de abuso, no puede decirse que esté protegido, pues se trata de derechos que conforman un todo integrado”.

Por lo dicho, es que encuentra ésta sala de decisión que si bien es cierto el hoy acriminado se ausentó por más de cinco días consecutivos de la obligación legal de la prestación del servicio militar, también lo es que ello obedeció también a deberes de orden Constitucional, legal y moral, tendientes a la protección de su menor hijo



y de su anciana madre, lo cual, como ya se dijo, lo hace incurso en una causal excluyente de responsabilidad, como lo es el Estado de Necesidad, por la cual, como también se había anunciado en líneas precedentes se procederá a su absolución, como más adelante se decantará, dado que aquél deber debe ceder en favor de éste, por la especial protección que en nuestro Estado Social de Derecho tienen los menores.” (Rad. 155145, 25 de marzo de 2009, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).



## **DESERCIÓN - SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO EN LA POLICIA NACIONAL**

**Modalidades de prestación del servicio militar obligatorio y su duración.**

“(…) Inicialmente la Sala abordará el tema referente al término de prestación del servicio militar obligatorio por parte de los Auxiliares Regulares de Policía, teniendo en cuenta las conjeturas realizadas por el A-Quo de que el procesado para la fecha de comisión del ilícito ya había cumplido con el deber patrio, contrario a lo argumentado por la apelante quien manifiesta que dicha obligación constitucional para el momento de la desertión de M.S. estaba vigente.

El servicio militar obligatorio por parte de los auxiliares regulares de policía, tal como acertadamente lo señaló el A-Quo, está regulado en la Ley 2 de 1977 como un servicio especial, por el cual quien lo presta tiene derecho, además de la expedición de la libreta de reservista en la especialidad de policía, a devengar una bonificación mensual equivalente a tres (3) veces de la que en todo tiempo percibe un soldado, al suministro de vestuario y a una partida de alimentación. Es reconocido, además, por la actual Constitución Nacional la que en su artículo 216 ha conferido al legislador la facultad de definir las condiciones para la prestación del servicio militar, desarrollando esto a través de las leyes 48 de 1993, 418 de 1997, 548 de 1999 y 642 de 2001, contemplando el artículo 10 de la ley 48 que “Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes la definirán cuando obtengan su título de bachiller”, obligación que acaba una vez cumplidos los 50 años de edad, de acuerdo al inciso segundo de dicho artículo.

La mencionada ley 48 de 1993 introduce el servicio militar prestado por los auxiliares regulares de policía como una más de las modalidades contempladas en ella, al disponer en los artículos 11 y 13 que el término de duración del servicio militar obligatorio es de doce (12) a veinticuatro (24) meses bajo las modalidades como soldado regular de 18 a 24 meses; soldado bachiller durante 12 meses; auxiliar de policía bachiller durante 12 meses; soldado campesino de 12 hasta 18 meses y las demás modalidades que el Gobierno establezca diferentes para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio.

Las modalidades que tiene en cuenta el legislador para la prestación del servicio militar obedecen precisamente a los patrones geográficos que permiten subclasificar los ciudadanos en urbanos y rurales en consideración a la situación sociocultural, económica e histórica propia de cada región, que distinguen a la población colombiana entre quienes han finalizado o no su educación media o de bachillerato, sin que ello genere vulneración al principio de igualdad (art.13 C.N.), sino un trato diferencial propio de tales situaciones debido a las circunstancias antes anotadas, siendo la Honorable Corte Constitucional, teniendo en cuenta dichas situaciones, la que aclaró el término de duración del servicio militar obligatorio en cada una de las modalidades determinadas por la ley. (...).

Al tener claridad que el término de duración del servicio militar obligatorio para los soldados regulares es de veinticuatro (24) meses y que para los soldados campesinos es de dieciocho (18) meses, debemos señalar que la prestación del deber patrio por parte de los auxiliares regulares de policía se equipara al de un soldado regular, es decir, que igualmente debe prestar los veinticuatro (24) meses, ello en razón a que estos jóvenes precisamente son incorporados a las filas de la Policía Nacional para cumplir la obligación constitucional al no haber culminado la educación media vocacional o bachillerato, siendo semejante esta condición a la del soldado regular, por tanto, en ningún momento la administración ha extendido el término de prestación del deber patrio para el procesado como imprecisamente lo señaló el A-Quo.

Teniendo entonces que el término de prestación del servicio militar de los auxiliares regulares de policía es de veinticuatro (24) meses, frente a la fecha en que M.S. fue incorporado -2 de noviembre de 2004 (fl.117-118)-, el lapso que el procesado duró suspendido - cinco (5) meses, doce (12) días (fl.23-24)-, y la fecha en que se consumó el ilícito 8 de diciembre de 2006 (fl.3-7), claramente se evidencia que contrario a lo indicado por el señor Juez de primera instancia, el conscripto aún no había culminado su servicio militar como acertadamente lo fundamento la apelante, por tanto, la conducta desertora la cometió perteneciendo éste a las filas militares, haciéndolo acreedor a la acción penal militar. ”. **(Rad. 155379, 23 de junio de 2009, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**



## **DESERCIÓN**

**Protege el servicio militar obligatorio.**

“(…) porque el delito de DESERCIÓN por el cual se adelanta la investigación contra el auxiliar bachiller MCDF, no protege como bien jurídico el servicio policial en sí, como lo pretende hacer ver el togado sino el servicio militar obligatorio, estando claro que este delito requiere de un sujeto activo calificado que no es otro que aquel que se encuentre incorporado al servicio militar, sin que importe el hecho o la circunstancia de que esté desarrollando alguna actividad propia del servicio militar o policial, pues es un reato de ausencia que se puede dar incluso cuando el



Soldado, Infante de Marina o Auxiliar Bachiller no se presenta dentro de los cinco días consecutivos siguientes a la finalización de un permiso, licencia o comisiones”. (Rad. 155537, 28 de mayo de 2009, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Sala Cuarta de Decisión).



## DESERCIÓN - VINCULACIÓN Y DEFENSA TÉCNICA

**La vinculación mediante declaratoria de ausencia requiere esfuerzo para ubicar al procesado. La defensa técnica no es meramente formal.**

“Observada la actuación anterior, se tiene que por un lado, la citación al hoy procesado GC, lo fue a una dirección de la cual no existe ningún soporte en el sumario (Calle 18 No. 14- 07 – Villa Ortiz- Villavicencio), pues en ningún lugar aparece que ella sea alguna dirección registrada por el Soldado, o de la que hayan conocido sus Superiores. Por ello es explicable que esa comunicación hubiese sido devuelta bajo el motivo “no reside” (folio 71). Pero fuera de lo anterior, al emitirse la orden de captura, simplemente se indicó que podría localizarse en la finca Vista Hermosa, teléfono 682 41 19, pero fue buscado en una dirección distinta por parte de los encargados del CTI, esto es, la calle 44 No. 17 24, Barrio Villa Juárez, de tal forma que se confundió con la dirección del Soldado GC, siendo además que tampoco se verificó si se podía localizar a través del número telefónico.

Así las cosas, el Juzgado Instructor no agotó ningún esfuerzo para tratar de localizar al Soldado GC., para efectos de vincularlo al sumario con indagatoria, olvidando que esa vinculación mediante persona ausente no es alternativa sino supletoria o subsidiaria, y que previo a ello debió haber llevado las diligencias útiles para haberlo escuchado en indagatoria”. (...).

Conectado con la anterior falta al debido proceso, se encuentra el derecho a la defensa técnica de los procesados, ya que inicialmente cuando a ellos se los vinculó con la declaratoria de persona ausente se les designó como Defensor de Oficio al Doctor REBS, quien sólo aparece suscribiendo diligencia de notificación de la providencia del 25 de septiembre del 2008 por medio de la cual se le declaró persona ausente al Soldado PB. (Notificación llevada a efecto el 27 de septiembre de 2008), pero ningún esfuerzo se hizo como Defensor designado del Soldado GC., para notificársele el auto de 15 de octubre de 2008 por el cual se le declaró persona ausente. Este Defensor, de acuerdo a constancia secretarial<sup>33</sup>, a pesar de haber sido citado telefónicamente no se presentó al despacho “para ser notificado dentro del presente sumario”, por lo que con auto del 30 de octubre de 2008 el Juez Instructor designó en su reemplazo un nuevo Defensor de oficio, en esa oportunidad al Dr. MRM, a quien se le notificó personalmente el 30 de octubre de 2008, la providencia del 16 de octubre del mismo año. Sin embargo y sin que obre tampoco ninguna

otra actuación, excepto la notificación personal citada, y la que se le hiciera el 15 de diciembre de 2008 del auto del día 11 del mismo mes por medio del cual la Fiscalía Penal Militar decretó el cierre de la investigación, una vez proferida la acusación, la Fiscalía Penal Militar decidió designar nuevo Defensor de oficio, en este caso a la Dra. SVAH, en consideración, y como se consignó en constancia secretarial, a que “no ha comparecido al despacho a efecto de notificarle la resolución de acusación”. Esta nueva Defensora fue notificada personalmente de la acusación el 22 de enero de 2009 y luego actuó como tal en la audiencia de corte marcial.

Lo anterior significa que la defensa técnica durante la etapa de investigación y calificación, fue meramente formal, pues ninguna actividad desplegaron los señores Defensores para cumplir con lo que la ley y la Constitución lo exige; más bien se trató de unos nombramientos tratando de cumplir las formalidades, sin que ello se hubiere materializado en garantía del derecho de defensa técnica, y sin que tampoco pueda inferirse que se trató de algún plan o estrategia pasiva por parte de la defensa de los procesados, sino por el contrario, descuido de la defensa técnica, concretamente en la etapa de investigación y la calificación, que es la que aflora en la actuación materia de estudio (...). **(Rad. 155795, 30 de junio de 2009, MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**



## **DESOBEDIENCIA**

**Su relevancia está en la naturaleza de la “orden del servicio”.**

“(…) Por lo anterior, conviene precisar por ahora, que la simple y regular orden emitida con miras al mantenimiento de la disciplina y el cumplimiento del régimen interno del personal militar en la Unidad Militar, no está inmersa en la categoría de las órdenes que pueden ser relevantes frente al delito de Desobediencia, porque se caería en considerar al derecho penal como la primera ratio, aunque tampoco el extremo de solo considerar las órdenes emitidas (a) intuitu persone, (b) con contenidos ligados a la estricta labor constitucional de la Fuerza Pública, (c) formales y/o escritas, (d) de la cual pueda inferirse o que contenga una tarea específica, o (e) que no lo sea dentro del ámbito o los procesos logístico-administrativos, porque la Fuerza Pública para cumplir su cometido Constitucional, necesariamente debe acotar multiplicidad de tareas, también de diversas categorías y prioridades, pero todas ellas relevantes, sobre las cuales el examen acerca de su interés o no para el derecho penal debe serlo dentro de un marco equilibrado de la remisión del tipo en blanco, como lo es, el de Desobediencia, máxime aún también si es de la característica de mera conducta.

Precisamente, sobre la importancia de lo plasmado, Luigi Ferrajoli en su obra Derecho y Razón, al tratar específicamente uno de los presupuestos del sistema garantista (Convencionalismo penal y estricta legalidad), refiere en cuanto al carácter formal o legal por un lado, y el carácter empírico de la desviación penal, que “La desviación punible, según la primera condición, no es la que por características in-



trínsecas u ontológicas es reconocida en cada ocasión como inmoral, como naturalmente anormal o como socialmente lesiva o similares. Es más bien la formalmente indicada por la ley como presupuesto necesario de la aplicación de una pena, según la clásica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*. Por otra parte, conforme a la segunda condición, la definición legal de la desviación se debe producir no con referencia a figuras subjetivas de status o de autor, sino solo a figuras de comportamiento empíricas y objetivas, según la otra máxima clásica *nulla poena sine crimine et sine culpa*”, y renglones más adelante, refiriendo el carácter absoluto de la reserva de la ley, advierte que “por virtud del cual el sometimiento del juez lo es solamente a la ley: solo si las definiciones legislativas de las hipótesis de desviación vienen dotadas de referencias empíricas y fácticas precisas, estarán en realidad en condiciones de determinar su campo de aplicación de forma tendencialmente exclusiva y exhaustiva”.

En un importante avance acerca del tema, la Corporación ha venido pronunciándose al respecto, esbozando caracteres de distinto estrato, necesarios a tener en cuenta en cada caso en particular, con el fin de poder llegar a la conclusión, de si se trata de una orden o no, de las que le interesan al artículo 115, y por supuesto dirigido –ese avance- al desentrañamiento del elemento normativo “orden del servicio”, al cual en extenso hace mención el Ministerio Público ante esta Corporación. **(Rad. 155781, 30 de abril de 2009, MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**



## **EL AUTO MEDIANTE EL CUAL SE NIEGA PROPONER O NO CONFLICTO DE COMPETENCIA, NO ES SUSCEPTIBLE DEL RECURSO DE APELACIÓN**

**Una petición en tal sentido ha de ser resuelta de plano, cuando se tiene competencia para ello.**

“(…) Sea lo primero precisar y reiterar, como en tantas oportunidades lo ha hecho la Sala, que el auto mediante el cual se niega proponer o no un conflicto de competencia, no es susceptible del recurso de apelación. Una petición en tal sentido ha de ser resuelta de plano, cuando se tiene competencia para ello, esto es, cuando la ley otorga la facultad al superior para pronunciarse, de lo contrario deviene en contrario a la ley. Debe entenderse que hay una sustancial diferencia entre lo que es un conflicto de competencia al interior de una jurisdicción, el cual es regulado por la ley (Artículos 273 al 276 del C.P.M.), y otra bien distinta lo que es un conflicto de competencia entre jurisdicciones, el cual solo puede ser resuelto por el superior funcional, esto es, por el Consejo Superior de la Judicatura, conforme las voces del numeral 6º del artículo 256 de la Carta Política.

Significa lo anterior que se equivocó el Juez 78 de Instrucción cuando concedió la Alzada a una decisión que, si bien es motivada, no es susceptible de los recursos

ordinarios. Mal haría el Ad-Quem, al pronunciarse sobre un tema respecto del cual no adquiere competencia, en razón de la referida improcedencia del recurso vertical para este caso.

En cuanto a lo postura de la Juez de Conocimiento, debe señalar la Sala que la misma resulta totalmente desafortunada cuando considera que el único llamado a proponer un conflicto de competencias, es el Juez o el Fiscal; debe recordar la Funcionaria que el canon 273 del Digesto Punitivo Castrense no puede tener una lectura aislada, sino que ha de corresponder a la sistemática y hermenéutica jurídica, lo que implica la observancia de postulados Superiores, el consabido Bloque de Constitucionalidad, los principios rectores y en particular, el juez natural, el debido proceso y la realización de la justicia material. No puede desconocer la Funcionaria el alcance del artículo 275 de la precitada norma que faculta a cualquiera de los sujetos procesales para suscitar la colisión ante la autoridad judicial que esté adelantando la actuación o ante el que considere competente para dicho conocimiento (...). Al respecto la Suprema Corte Señala: “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 del artículo 97 y ss., del C.P.P<sup>34</sup>., la competencia del superior para asignar el conocimiento de un determinado asunto es restrictiva, en la medida que solo la adquiere cuando exista colisión trabada en debida forma y no a través de los recursos ordinarios (...) por ello la solicitud que se hace al funcionario para que se desprenda o solicite el conocimiento de un asunto no tiene por sí sola fuerza vinculante para originar incidente alguno (...)”<sup>35</sup>.

Significa lo anterior, en rigor procesal, que al ser la decisión del Juez de Instrucción un auto no susceptible de recurso, lo que conlleva a que el Tribunal no pueda pronunciarse por falta de competencia funcional, lo procedente, para que no se tornen en inanes las pretensiones del Ministerio Público, ni se defrauden los principios de la recta y oportuna administración de justicia, sería que el Juez de Instrucción remita nuevamente el proceso a la Juez de conocimiento a fin de que se pronuncie, en razón de lo que se ha señalado, sobre lo planteado por el Ministerio Público ya que en el auto del 01 de diciembre de 2008 erradamente se abstuvo de hacerlo; o que el Señor Procurador Judicial acuda ante la Justicia Ordinaria, esto es, ante la Fiscalía 21 Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Socha, Boyacá, para que proceda a trabar conflicto positivo de competencia a la Justicia Penal Militar (...). **(Rad. 155685, 05 de agosto de 2009, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**



34 En el Código Penal Militar, artículo 273 y ss.  
 35 C. S. de J., Radicado 12363, 11 de marzo de 1997, MP. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll



## EL INIMPUTABLE REALIZA EL INJUSTO PENAL

**Su condición, per se, no genera el fundamento para proferir cesación de procedimiento.**

“(…) Sea lo primero recordar al Instructor, que si bien es cierto el Tribunal mantiene una línea pacífica de interpretación sobre la posibilidad de que el Instructor cese procedimiento con base en la acreditación de alguna causal subjetiva dispuesta en el artículo 231 del Estatuto Penal Militar, no es menos cierto, que también la Corporación reiteradamente ha expresado la imperiosa necesidad de estar plenamente demostrada la causal subjetiva, esto es, con grado de certeza y no en meras suposiciones de contenido subjetivo, que no encuentran respaldo en la precaria actividad probatoria.

Tampoco resulta cierto afirmar que la no ratificación de informe o denuncia, constituyen los presupuestos de improseguibilidad de la acción, ya que ésta se constituye es en una mera noticia criminal, la que a partir del principio de legalidad y oficiosidad, obligan al Juez Instructor a investigar con diligencia todos y cada uno de los aspectos que de aquella se deriven.

Ahora bien, en cuanto al trastorno mental transitorio con base patológica, referido por el perito de Medicina Legal y obrante a folios 26 y 27 del cuaderno original, debe recordar la Sala al Instructor y al Ministerio Público ante la Instancia, que el trastorno mental con base patológica no es presupuesto para cesar procedimiento, menos aún, para afirmar que tal evento es el presupuesto para concebir un comportamiento atípico; tal concepción es equivocada como desafortunada. Episodios como el que nos ocupa, son los que precisamente regula el Legislador, en el instituto y tratamiento de fenómenos “**jurídicos**” como el de inimputabilidad, aspecto que compete determinar al Juez, en su adecuada y justa dimensión.

No puede olvidar el Instructor, que aún en la pretensión de edificar un estado de incapacidad de comprensión y determinación, los inimputables si pueden ser responsables en el presente esquema dogmático del delito, responsabilidad que se concreta en las medidas de seguridad, esto es, el inimputable realiza el injusto típico, toda vez que su conducta obedece a presupuestos legales de tipicidad y antijuridicidad en que se agotan, debiendo establecerse la relación nexo causal, entre el instituto de la inimputabilidad y el comportamiento endilgado, tal y como lo prevé la Ley Penal Militar en los artículos 36 y 38 *Ibídem* (...)” (**Rad. 155438, 29 de mayo de 2009, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión**).



## EL PROCESO EJECUTIVO DEL DELITO DE DESERCIÓN.

Verificación del ingrediente normativo “cinco días”.

“(…) Significa lo anterior que el lapso que fijó el Legislador “más de cinco días” se convierte en ingrediente normativo del tipo, norma penal en blanco, que demanda para su entendimiento el reenvío a los artículos 67 y 68 del Código Civil Colombiano y artículos 59 y 61 del Código de Régimen Político y Municipal, estos últimos de idéntico contenido al primero de los enunciados, que al tenor literal reza:

“Todos los plazos de días, meses o años, de que se hagan mención legal, se entenderán que terminan a la media noche del último día de plazo. Por año y por mes se entiende los del calendario común, y por día el espacio de veinticuatro horas; pero en la ejecución de las penas se estará a lo que disponga la ley penal. Cuando se dice que un acto debe ejecutarse en o dentro de cierto plazo se entenderá que vale si se ejecuta antes de la media noche en que termina el último día del plazo (…)”.

Lo anterior comporta analizar dos momentos: El primero, que P (...) tenía el lapso correspondiente al día seis de junio para presentarse, tiempo que sólo termina a la media noche del referido día, ya que se cuenta no a partir de la hora de presentación sino del vencimiento del día (24:00); consecuentemente, para efectos de la adecuación del comportamiento en el tipo penal dispuesto en el artículo 128 del CPM, su real y efectiva ausencia comienza a contarse a partir del día siete (7) de junio. Como segundo aspecto que la ausencia dispuesta en la norma penal en cita debe producirse no por cinco días, sino por más de cinco días, lo que nos permite afirmar que frente a tal hipótesis sólo estaría incurso en Deserción el día doce de junio, situación que no aconteció (...). (Rad. 154849, 06 de febrero de 2009, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).



## EL RETIRO DE LA ACUSACIÓN O LA RENUNCIA A ELLA POR PARTE DEL FISCAL

En el procedimiento penal militar de la Ley 1058 de 2006, vulnera el principio de legalidad, los límites, alcances y ejercicio de la acción penal.

“(…) Debe recordar la Sala a la Fiscalía Penal Militar y a la Defensa, que en materia procesal penal militar no resulta procedente que proferida y en firme la resolución de acusación, el Fiscal en audiencia de corte marcial “retire o renuncie a la acusación”, ya que la resolución de acusación se soporta sobre el principio de legalidad y no en la mera liberalidad del funcionario, por lo que al Fiscal Militar solo compete al momento de calificar el mérito del sumario, cesar procedimiento o formular la acusación.

El Fiscal Penal Militar no puede disponer del ejercicio de la acción penal sino



exclusivamente frente a la verificación, con grado de certeza, de causal o causales objetivas o subjetivas de ausencia de responsabilidad que regula y establece la ley penal militar, por lo que menos aún, puede concebirse que a la usanza de sistemas acusatorios, pueda el Fiscal Penal Militar abrogarse la aplicación del principio de oportunidad, que riñe con la estructura y naturaleza del proceso penal militar. Lo que compete al Fiscal en la hipótesis de **prueba sobrevenida**, en audiencia, es replantear su acusación sustentándola, bien hacia la petición condenatoria, fundamentando la presencia de agravantes o atenuantes, o en su defecto la petición absoluta. Por manera que el acto procesal de la acusación se cumplió, la particular argumentación esbozada en audiencia por la Fiscal en nada desnaturaliza, ni hace perder la fuerza vinculante de la acusación dispuesta por el Fiscal ante la Segunda Instancia. No puede concebirse que con la actuación de la Fiscal en audiencia no se haya presentado la acusación, pues ésta venía ya ejecutoriada desde la Segunda Instancia por el delito de Peculado Culposo contra el Subintendente R. C, acusación que presentó la referida Fiscal, sin que su expresión se torne en anfibológica, al punto que la misma fue objeto de debate en audiencia y corresponde al delito por el cual condenó el Juez, previa valoración de la prueba obrante, lo que nos permite afirmar que no se rompió el principio de consonancia, por lo que tampoco se está frente a una vía de hecho. La vía de hecho es la violación manifiesta, ostensible, grosera, por parte del funcionario contra los derechos fundamentales del procesado, para el caso, el debido proceso; puede darse por defecto sustantivo, fáctico u orgánico y siempre que no exista otro mecanismo jurídico que pueda corregir el acto (...). (Rad. 154905, 11 de febrero de 2009, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).



## ESPECIALIDAD JURISDICCIÓN CASTRENSE

**Improcedencia del desistimiento en delitos de lesiones personales cuya incapacidad para trabajar o enfermedad supera treinta días.**

“(…) De acuerdo a la especialidad que ostenta la jurisdicción Castrense, fue claro el legislador en señalar en el inciso 2º del artículo 80 de la Ley 522 de 1999 “Código Penal Militar”, que el instituto del desistimiento únicamente opera para los delitos de lesiones personales cuya incapacidad para trabajar o enfermedad no supere los treinta (30) días sin secuelas, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia 228 de 2003, siendo introducida similarmente en la Ley 1058 de 2006 “Por medio de la cual se estableció un procedimiento especial en el Código Penal Militar” pero contemplándose bajo la figura de la conciliación para los delitos de lesiones personales cuya incapacidad no supere los treinta (30) días sin secuelas, por lo que en este evento no es procedente adherir normas del Código Penal y de Procedimiento Penal Común como lo hizo el A Quo, trasladando de la Legislación Penal Común a la Penal Militar algunas normas para poner fin a la acción penal por el delito de lesiones personales a través de la figura del desistimiento, cuando dicho instituto y causales para su concepción se encuentran debidamente reguladas en la normatividad especial. (...).

La alta corporación judicial atendiendo acción de tutela interpuesta por un miembro de la Fuerza Pública quien señalaba la ocurrencia de una vía de hecho al haberse revocado una decisión de idéntica similitud a la que ocupa la atención de Sala, dio razón a este cuerpo colegiado, que en el evento de no reunirse las exigencias del artículo 80 no puede aceptarse el desistimiento presentado por la víctima. (...).

Es por lo anterior, que en el presente evento no es procedente aplicar el supuesto de hecho para poner fin a la acción penal, habida cuenta que se encuentra plenamente demostrado que las lesiones personales sufridas por el menor W.A.N., además de superar el término de treinta (30) días de incapacidad médico legal desencadenaron una secuela de deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente, razón por la cual en la normatividad penal castrense no es admisible el desistimiento ni la consecuencia derivada de éste a través de la cesación de procedimiento por extinción de la acción penal, circunstancias por la que ha de revocarse el numeral segundo de la providencia consultada, para que en su lugar se continúe con la acción penal en riguroso acatamiento a las normas procesales y sustanciales que consagra la Ley Penal Militar, en razón a la inaplicabilidad del artículo 18 Ibídem, toda vez que ello atenta contra la especialidad de la Justicia Penal Militar cuando la materia está expresamente regulada, siendo el digesto Penal Militar el estatuto a aplicar cuando se trata del conocimiento de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo conforme lo dispone el artículo 221 de la Constitución Nacional esencia del Fuero Militar. **(Rad. 154762, 22 de abril de 2009, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**



## **ESTRUCTURA DEL DELITO PARA LOS INIMPUTABLES**

**Solo cometen conducta típica y antijurídica.**

“(...) teniendo en cuenta la estructura del delito para los inimputables en la legislación penal colombiana, y en especial en el Código Penal Militar, se desprende que aquellos solo cometen conducta típica y antijurídica, y por lo tanto, no pueden someterse a juicio de reproche por sus actos, toda vez que no están en capacidad de comprender la ilicitud del comportamiento o de autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión, lo cual significa que de ellos no se predica la culpabilidad, y su responsabilidad se concreta en las medidas de seguridad, que se sustentan en los presupuestos legales de tipicidad y antijuridicidad; en consecuencia, frente a los inimputables no es posible entrar a determinar si actuaron con dolo o culpa, como equivocadamente lo hace el despacho instructor, al manifestar que el procesado por ser inimputable no actuó con dolo y por consiguiente el comportamiento es atípico”. **(Rad. 155443, 26 de junio de 2009, MP. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Sala Cuarta de Decisión).**



## **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN EJERCICIO DE FUNCIONES**

**Objeto jurídico en la falsedad. - Reformatio in pejus.**

“(…) Respecto de la falsedad ideológica, ésta se materializa sobre un documento que se ha falseado su contenido ideológico en cuanto a las afirmaciones o hechos en el consignados; es decir, que el documento es verdadero en sentido material, pero falso en su contenido, el tipo penal es de resultado objetivo, cuyo verbo rector es compuesto alternativo “consignar una falsedad o callar totalmente la verdad” y la conducta punible se estructura con el complemento descriptivo, es decir que debe ejecutarse en el momento de extender un documento público que pueda servir de prueba, al ponerlo por escrito en el tráfico jurídico, como aconteció con el PT. BCH quien al realizar la orden de comparendo nacional falseó la verdad con relación a los datos consignados y la firma del contraventor situación que además de afectar el tráfico jurídico dada la credibilidad que han de otorgar este tipo de documentos, desencadenó en un problema administrativo para el señor LAR al colocarlo como infractor de tránsito en ocasiones en las que no lo fue, sin que sea de recibo que igual era reincidente de acuerdo con su record, lo que conllevó a que ejercitara sus derechos reclamando ante la inspección sexta de tránsito, para poder lograr la exoneración de la responsabilidad contravencional al verse obligado a pagar las multas impuestas en razón a las supuestas infracciones de tránsito impuestas de manera inescrupulosa por el policial BC, lográndose así demostrar la vulneración efectiva al bien jurídicamente tutelado por el legislador; por lo que tampoco en este sentido prosperan los argumentos de apelación.”. **(Rad. 153432, abril 13 de 2009 MP. CR. (R) ROSA ELENA TOVAR GARCIA, Primera Sala de Decisión).**



## **FINES DEL PROCESO PENAL**

**El de justicia debe responder también a una debida investigación.**

“Así pues, lo que se aprecia no es por ahora la presencia del principio del in dubio pro reo por el cual se edificó una sentencia absolutoria, sino que la investigación no estuvo direccionada al cumplimiento estricto del presupuesto justicia previsto en el preámbulo de la Carta Política y a la consecuencia de los fines del Estado consagrado en el artículo 2, esto es, la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, que ponen de presente la eficacia del sistema de justicia y la convivencia ciudadana. Lo que se quiere significar, es que la no acuciosidad en la práctica de las diligencias pertinentes y eficaces, lleva a nulitar la actuación, pues esa falencia no puede permitir considerar la existencia del principio con base en el cual se edificó sentencia absolutoria, sino que por el contrario, se ha violentado la estructura del proceso penal en su vertiente investigativa, ante la falencia de la práctica de las diligencias necesarias para la construcción de la realidad fáctica y con ello, de la verdad que exige la debida persecución penal”. **(Rad. 155489, 30 de junio de 2009, MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

## FUERO PENAL MILITAR - RELACIÓN CON EL SERVICIO

Ataque al superior en concurso con lesiones personales dolosas – competencia jurisdicción castrense.

“(…) Antecedentemente ha de pronunciarse esta Sala de Decisión respecto a sí la sentencia condenatoria proferida contra el Soldado R.O.J.W. por el delito de Ataque al Superior en concurso con Lesiones Personales Dolosas se ajusta o no a derecho, procede a determinar la competencia de esta jurisdicción Castrense para conocer del presente asunto, teniendo en cuenta la decisión del 26 de noviembre de 2008 por medio de la cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se inhibió de dirimir el aparente conflicto de competencia suscitado por esta Corporación en proveído de fecha 4 de octubre de 2007, donde por decisión mayoritaria de la Sala se abstuvo de conocer la impugnación realizada hacia la sentencia condenatoria proferida en contra del Soldado Regular R.O.J.W., disponiendo la remisión del expediente a la justicia ordinaria proponiendo la colisión negativa de competencia. (...).

Teniendo en cuenta el anterior recuento histórico del trámite surtido al presente diligenciamiento, es que esta nueva Magistratura Ponente atendiendo la observación de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en cuanto que **de persistir en que se carece de competencia para conocer de un proceso donde se investigan al menos un delito típicamente militar**, luego de realizado un cuidadoso y sigiloso estudio al compendio probatorio que compone el plenario, encuentra plenamente acertado lo señalado por la enunciada Sala Jurisdiccional en cuanto efectivamente la competencia para conocer del presente asunto radica en esta jurisdicción especial y no en otra por lo que se revocará el auto de fecha 4 de octubre de 2007 al determinarse claramente que el ataque y lesión sobre el superior ocurrió en el servicio como consecuencia de la relación con el mismo, pues de acuerdo a la orden de servicio (fl.79) R.O. prestaba turno de seguridad de las 16:00 a 17:00 horas, lapso durante el cual se presentó el insuceso, pues R. fue a la caseta a la 16:05 a tomarse un jugo secundado por su compañero C.S. el cual engañó a su superior para permitir que su homólogo se retirara del puesto asignado a las 16:20 y se refugiara en un salón debajo de la caseta, donde fue sorprendido treinta minutos después por su superior quien fungía como cuadro de control y otros de sus compañeros, presentándose exculpaciones de una parte y llamado de atención de otro lado, siendo en el trayecto del traslado de estos hacía el comando que R.O. agredió a P.V. y le causó las lesiones personales que dieron lugar al presente sumario, demostrándose indiscutiblemente que existió una relación próxima y directa con el servicio, por cuanto R. ante las recriminaciones fuertes de su superior reaccionó agresivamente propinándole un ataque por vía de hecho al no querer ser presentado ante su otro comandante, hechos que fueron cometidos en actos relacionados con el servicio, al ser claro que el soldado R. atacó a su superior cuando éste cumplía con su función de pasar revista a los distintos puestos de servicio y sorprenderlo fuera de su puesto y al parecer durmiendo.



Es la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, la que nos da la razón que el presente evento es de competencia de esta jurisdicción castrense, ya que al momento de resolver un cuestionamiento en relación con los elementos normativos del delito de ataque al inferior y su realización en actos relacionados con el servicio, indicó:

“Con todo, no le asiste razón al libelista cuando considera que los fallos equivocaron su juicio al estimar que los hechos por los que fue enjuiciado el procesado fueron cometidos en actos relacionados con el servicio, pues no hay nada más claro que el ataque recibido por el soldado D.G.G. fue perpetrado por su superior –Cabo Primero D.G.T.- mientras cumplía una orden directa de carácter administrativo en las instalaciones de la Base Militar de Barranco Minas.

Es nítido que la conducta punible tuvo lugar durante el desenvolvimiento de una tarea inherente al cargo o función y por lo tanto, guarda estrecha relación con el servicio mismo. Ciertamente, lo observado es que se inició legalmente un procedimiento propio de la actuación de la fuerza pública –función de carácter administrativo-, y durante el mismo se presentó una extralimitación cuantitativa en el cumplimiento de la labor por parte del procesado.

Así lo admite el censor cuando describe la forma en que ocurrieron los hechos, aceptando que G.T. golpeó al soldado bajo su mando “cuando se encontraba en un trabajo de remoción de tierra utilizando una pala” y fue castigado con la orden de dar 20 vueltas al trote, la que no fue acatada, versión que coincide con los hechos juzgados en la sentencia recurrida.

Por manera que ninguno de los elementos del tipo fueron ignorados por los juzgadores al adecuar la conducta punible de ataque al inferior, y por lo tanto, no es cierto, que la sentencia haya incurrido en interpretación errónea del artículo 119 *ibídem*”. (Radicado No. 28761 del 25 de junio de 2008, Magistrado Ponente AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN).

La situación fáctica reseñada en acápite que antecede surge del dicho del procesado y de lo expuesto por el Soldado Regular C.S.C.E. quien adujo que cogió el puesto de centinela y que como a los veinte o treinta minutos apareció R. y le preguntó dónde estaba el cabo P. y le respondió que en la tienda y que éste se fue para la caseta a tomarse un jugo y que el cabo le dijo se fuera para el otro lado y R. le respondió que cuando terminara el jugo, bajando R. a la parte baja de la caseta donde fue encontrado, presentándose seguidamente el insuceso, agregando que fue el Soldado C. quien le dijo fuera a recibir, demostrando esto que C. pretendía exculpar a su compañero de haberse retirado momentáneamente del puesto, estableciéndose que los hechos fueron cometidos en actos relacionados con el servicio, recayendo en esta jurisdicción la competencia para investigar y juzgar la conducta del procesado tal como al respecto lo ha indicado la Honorable Corte Constitucional cuando de determinar la competencia de la Justicia Penal Militar se trata. (...).

Como vemos del precedente jurisprudencial, la conducta asumida por R. O. se enmarca dentro de los elementos de la órbita funcional de la Fuerza Pública al

haberse cometido los injustos en el servicio y relación con el mismo, pues tanto víctima como victimario, cumplían actividades propias de las Fuerzas Militares, el primero como subalterno cumpliendo órdenes de seguridad dispuestas con antelación y el segundo como superior, velando por la preservación de la disciplina y el buen desarrollo del servicio, desencadenando esta última función una reacción agresiva del subalterno para con su superior como quedó consignado.

El bien jurídico que se protege por el legislador para el caso del delito de Ataque al Superior es la disciplina, entendiéndose como ese conjunto de normas que regulan los deberes y las situaciones jurídicas atinentes al ámbito militar, o si se quiere, equivale al conjunto de deberes que impone al militar su permanencia en el servicio.

Empero además de lo anterior, la disciplina se circunscribe en los deberes relacionados con la subordinación, jerarquía y como cumplimiento de las obligaciones que dicha relación de subordinación impone a superiores e inferiores, por ende, la disciplina se constituye en ese medio insoslayable de alcanzar la máxima eficacia en los logros de los fines asignados a las Fuerzas Militares.

De la exposición fáctica contenida en el expediente lo claro que se tiene es que todas las actividades que rodearon los hechos tienen una relación clara y nítida con el servicio, partiendo desde las órdenes que se habían impartido en el sentido de no salir del área de vivac sin autorización, hasta la negativa a prestar el servicio de centinela para el cual estaba designado el procesado, circunstancias que son aceptadas por el juzgado en su diligencia de inquirir.

Es en este contexto donde tiene que observarse la relación con el servicio, en ese ámbito propio de la naturaleza de la fuerza pública, pues pensar o inferir que esta conducta no es propia del fuero militar, sería desconocer de tajo la historia del derecho Penal Militar, de sus bienes jurídicos tutelados, del mismo fuero militar, y de los pronunciamientos que sobre el particular ha realizado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. (...)" **(Rad. 154396, 14 de septiembre de 2009, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**



## **HOMICIDIO CULPOSO POR OMISION**

**El Comandante sí tiene la posición de garante respecto de la tropa que comanda. Nexo Causal - omisión causa o no del resultado.**

"Como consecuencia de lo anterior, como comandante del personal del cual hizo parte la víctima, que se encontraba en la tarea de seguridad de la infraestructura vial, estaba el Sargento AR, quien por un lado, tomaba decisiones, y por el otro, a él acudían los subalternos para la solución de novedades. Es que como comandante disponía qué hacer, cómo hacer y cuándo hacer, incluyéndose cuándo descansar, las formaciones respectivas, etc., y muestra evidente de ello es cómo ante los llamados de atención de los subalternos sobre lo quebrantos de salud del



soldado, siempre tomó una decisión, como por ejemplo aquella en la que diagnosticó que se trataba de un malestar pasajero; o como también se evidenció el 30 de diciembre a las 05: 00 horas, al detectar en grave estado al soldado CDEM (q.e.p.d.), ordenando en forma inmediata la consecución de un vehículo para llevarlo a un centro médico que se le prestara atención. Si entonces el personal de soldados dependía de las decisiones del Sargento, y si ante él acudían, y si él tenía la facultad de decisión, como cuando también impidió que el soldado CDEM (q.e.p.d.) fuera llevado hasta donde se encontraba el enfermero militar, ello no significa otra cosa, que los subalternos estaban bajo su tutela y que si bien podía exigirles el cumplimiento del deber también le correspondía velar por su seguridad y salud. Si no estuviere el Sargento AR, investido de esta característica, ¿entonces quién, ó ante quién podrían acudir los soldados subalternos?. Evidentemente la respuesta es en el sentido de que solo podían dirigirse al Sargento Comandante del personal, pues era el superior jerárquico del personal. Así, nada más alejado de la realidad histórica, lo argumentado por el Juez de Primera Instancia, quien se limita a expresar que ni la Constitución Política ni la ley expresamente le han otorgado calidad especial al Sargento AR.” (...).

“En esta misma providencia sobre el principio de legalidad en relación con la posición de garantía también se dijo por un lado, sobre el numeral segundo del artículo 95 de la Constitución Política, que cuando se señala que todas las personas tiene el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de la personas, no se está esgrimiendo una norma meramente moral sino jurídica que integra los deberes a que hace referencia al inciso segundo del artículo 21 del Código Penal; es una norma rectora que “exige, de manera perentoria que los deberes se encuentran consagrados en la Constitución o en la Ley entendida esta en sentido material; pero además tal deber debe encontrarse “claramente delimitado”. (Subrayado nuestro).

Lo anterior significa que si la fuente lo puede ser la Constitución Política, ese postulado fundamenta la calidad especial del Comandante de la patrulla a quien le competía inmiscuirse para neutralizar, o por lo menos propender a ello, los quebrantos de salud de uno de su subalternos, es decir, de un soldado que estaba bajo sus órdenes y que no podía a motu propio (el subalterno) tomar acciones distintas a las impartidas por su Superior. Es que además según el Manual de Estado Mayor del Ejército Nacional COMANDAR es “Es ejercer la autoridad por mandato legal, que se otorga a un militar en virtud de su grado, jerarquía y cargo. Es un sagrado deber patrio que delega el Estado, por mandato expreso de la ley, en quien tiene y ha demostrado poseer las condiciones y calidades morales, intelectuales, psíquicas y físicas para ejercer autoridad en su nombre y conducir operaciones militares, en cumplimiento de misiones que acrecentarán el honor de las armas de la República y para las cuales se le confía un grupo selecto de conciudadanos que actúan a sus órdenes como subalternos. Incluye la responsabilidad para usar con efectividad los recursos disponibles para planear, organizar, dirigir, coordinar y controlar el empleo de sus unidades para cumplir la misión asignada”<sup>36</sup>; se dispone en el

mismo Reglamento que RESPONSABILIDAD “Es la obligación legal y ética que tiene el Comandante por sus acciones. Él es el responsable por la salud, bienestar, moral y disciplina del personal, así como del equipo asignado. El Comandante puede delegar tareas en su Estado Mayor para que puedan decidir o actuar dentro de sus propias áreas de responsabilidad. Lo más importante es que los miembros del Estado Mayor recuerden que su objetivo es apoyar y ayudar a su Comandante”, y finalmente, MANDAR “Es ejercer la autoridad de que se está investido para imponer sus decisiones, mediante el ejemplo, la dedicación personal y la comunicación con los subalternos”. (...).

“Lo que se quiere significar, es que no como postulado general, sino por el contrario concreto, el Superior debía suplir la necesidad de atención médica, porque el Subalterno estaba bajo no solamente su control, sino su protección.

Como conclusión, la posición de garante del Sargento deriva de la hipótesis primera del artículo 25 del Código Penal del 2000, es decir la prevista en el inciso segundo de dicha disposición, mas no en la hipótesis segunda, de la cual se ocupó parcialmente el Juez de Instancia para concluir que la conducta no podía decantar en los cuatro numerales del mencionado artículo 25, que fusionó incorrectamente con la cláusula primera. Así, son de buen recibo las apreciaciones de la Fiscalía Penal Militar sobre la existencia de la calidad de garante del Sargento procesado.” (...).

“Si el artículo 25 del Código Penal expresa que quien tuviera el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. Esto significa entre otras cosas que debe mediar un hecho entre el no actuar y el resultado, de tal forma que no se trate únicamente de la infracción al deber, sino que se haya producido un daño al bien jurídico que hubiera podido ser evitado con el actuar oportuno y debido del agente. Por ello es necesario en forma hipotética examinar la situación fáctica agregando las acciones que dejaron de ejecutarse para que ello posibilite establecer si ese resultado pudo haber sido evitado. Sobre este tema es relevante hacer cita del tratadista YESID REYES ALVARADO, que al analizar el desarrollo de la causalidad, que suponía el empleo de hipótesis ante la imposibilidad de conectar causalmente un resultado efectivamente ocurrido con una actuación que no haya tenido lugar, consignó:

“(...) esta circunstancia forzó a buena parte de la doctrina a proponer una modificación de la conocida fórmula de la *conditio sine qua non*, para adaptarla a las particularidades de la omisión; se dijo entonces que para probar la existencia de la relación causal en las omisiones se debía incluir imaginariamente en el curso causal la acción debida, pero no realizada; si incluía esa conducta no desplegada, el resultado desaparecía, entonces la omisión del autor podría considerarse causa del resultado; si, por el contrario, incluido el comportamiento esperado el resultado se mantenía, entonces la omisión del autor no podría ser considerada causa del resultado. El problema de esta forma de determinación de la causalidad de las omisiones, es que resulta absolutamente imposible afirmar, con certeza, que si el actor hubiese desplegado la conducta que le es esperada, el resultado nocivo habría des-



aparecido. Para superar este inconveniente, la doctrina optó por precisar que en la aplicación de la fórmula de la *conditio sine qua non* a los delitos de omisión, no se exige la certeza de que la conducta omitida por el autor hubiere hecho desaparecer el resultado, bastando tan solo que ello hubiera podido ocurrir “con una probabilidad rayana en la certeza”.<sup>37</sup>

“Si bien es cierto, que ha quedado clara la situación de “no actuar” por parte del procesado sería apresurado y contrario al principio del *in dubio pro reo* considerar que por lo menos con alto grado de probabilidad el resultado (fallecimiento del Soldado), no se habría presentado. Esto en cuanto, en primer lugar, en este caso la probabilidad a la que se está aludiendo tiene insuficiencias, vacíos o lagunas, que no pueden superarse, pero no porque la probabilidad cercana a la certeza esté eximida de esas características, sino porque la prueba científica allegada al sumario no lo permite. Así es como en la diligencia de necropsia el mecanismo inmediato de la muerte fue el paro cardio-respiratorio, y las posibilidades (causas) consignadas como diagnóstico microscópico por parte del Patólogo Forense fueron cinco –ya consignadas–; esto es, cinco posibilidades, pero llamándose la atención en la quinta de ellas, es decir, en la hepatitis aguda sugestiva de hepatitis de la Sierra Nevada de Santa Marta, la que no pudo verificarse porque la muestra de sangre total tomada al occiso se encontraba en estado de hemolización. En segundo lugar la pericia que se observa a folio 224 suscrita también por un Patólogo Forense, suministra algunos conceptos sobre la hepatitis y alguna mención liviana sobre la causa de fallecimiento del Soldado”. (Rad. 155053, 22 de abril de 2009, MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).



## HOMICIDIO, LA COMPETENCIA SE DETERMINA EN LAS PRUEBAS

Necesidad de la certeza en la cesación de procedimiento.

“(…) El Ejército tiene un origen constitucional, su autoridad y el uso de la fuerza en cumplimiento de su deber es legítimo y de acuerdo con ello se establecen normas de conducta las cuales se enmarcan en su deber legal, así como su actuación en legítima defensa cuando la reacción es oportuna, necesaria y proporcional, por lo que en criterio de la Sala, que avala el concepto del Procurador ad- quem el material probatorio recogido no arroja certeza sobre la causal de ausencia de responsabilidad reconocida, para la cual se deben acreditar los presupuestos de ley, a efectos de que realmente la actuación se culmine en el menor tiempo posible, pero con una decisión ajustada a derecho que otorgue garantías a los mismos procesados; por lo que justamente en palabras de la Corte Suprema de Justicia, solo es posible llegar a una cesación de procedimiento cuando no exista la mínima posibilidad de ser desvirtuada, cuando exista la plena certeza sobre la demostración de los presupuestos que impiden continuar el trámite del proceso, criterio que ha sido reiterado por este Colegiado<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Revista Internacional “Derecho Penal Contemporáneo” No. 14, Enero a Marzo, 2006, Editorial Legis, págs. 14 a 15

<sup>38</sup> TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR. Primera Sala de Decisión. Sentencia 068-2008-155011. MP. CR. (R) ROSA ELENA TOVAR GARCÍA. “Si bien la Cesación de Procedimiento es una medida orientada a la economía procesal, que el legislador previó como forma

Sin embargo, tampoco encuentra la Sala hasta este estadio instructivo, que se den las circunstancias que jurisprudencialmente dan lugar a aplicar la regla general de competencia en cabeza de la jurisdicción ordinaria como lo solicita el Ministerio Público, pues si bien es cierto existen circunstancias por aclarar, éstas no recaen sobre el elemento funcional requerido para radicar la competencia en la jurisdicción especial. Veamos,

La Carta Política y la legislación Colombiana condicionan el reconocimiento del fuero militar a que la conducta sea cometida por miembro de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el servicio. Elementos objetivo y subjetivo necesarios para que la investigación corresponda a la jurisdicción penal militar que fueran desarrollados en la sentencia C-358 de 1997 que declaró inexecutable la expresión “con ocasión del servicio o por causa de este o de funciones inherentes a su cargo, o de sus deberes oficiales” limitando la jurisdicción a los delitos cometidos en relación con el servicio, el cual define como “...la sumatoria de las misiones que la Constitución y la Ley le asignan a la Fuerza Pública, ...En efecto, la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la Fuerza Pública”.

La incipiente investigación, hasta este momento acredita la calidad de miembros de la Fuerza Pública en servicio activo al momento de los hechos, y que se encontraban en ejercicio de una función propia que permite relacionar el hecho con el servicio, circunstancia respecto de la cual el citado pronunciamiento Constitucional constituye el más importante desarrollo, al señalar que son delitos relacionados con el servicio los derivados del ejercicio de la función militar o policial que les es propia, que el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado, vínculo que debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto, lo que significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

---

extraordinaria de terminación del proceso al considerar que ... no se justifica continuar con el mismo cuando se han demostrado algunas de las causales previstas en la norma que impiden la continuación del ejercicio de la acción penal, éstas deben estar acreditadas sin lugar a dudas del material probatorio allegado al plenario; por lo que ha sido reiterativa igualmente la Sala en apoyarse en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que respecto del grado de certeza para cesar procedimiento, dispone que debe darse la plena demostración de los presupuestos que impiden continuar el trámite del proceso, que el motivo debe aparecer inequívocamente del acervo probatorio, pues cualquier duda sobre la concurrencia de los requisitos imposibilita su reconocimiento, siendo así que el concepto de plena prueba utilizado en la norma (Art. 231 CPM) impide que ante cualquier duda u oscuridad que desdibuje y haga borrosa su prueba y aún la simple posibilidad de que el motivo pueda ser posteriormente desvirtuado, debilitado o eliminado, se de aplicación a la medida excepcional del fenecimiento del proceso, debiéndose, en consecuencia, continuar con el adelantamiento de la acción. (CSJ. 6-ABR-89, MP. RODOLFO MANTILLA JACOME). Asimismo, que debe verificarse el cumplimiento de los presupuestos exigidos en la ley procesal penal para adoptar esta determinación, dependiendo su legalidad de la comprobación plena y certera de la causal que se invoca, pues el legislador fue excesivamente celoso al exigir el grado de comprobación de los supuestos señalados que dan lugar a la aplicación de la figura, por lo que la demostración debe ser plena, es decir la que sin dubitación alguna, tuviera capacidad de arrojar certeza en el entendimiento del funcionario judicial que advierte su presencia.” (CSJ-15-ABR-04, MP. Dr. JORGE LUIS QUINTERO). Tal exigencia probatoria, como lo ha señalado en otras oportunidades el Colegiado, obedece a eliminar la posibilidad de que con posterioridad, en palabras de la Corte Suprema se desvirtúe, debilite o elimine la aplicación de la medida excepcional, pues en la etapa procesal que se surte (instrucción) han de agotarse los medios para determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieran los hechos, evitando la objeción que podría resultar de la pretermisión de la instancia y agotamiento del trámite procesal que se obvia, atendiendo los fines que pretende la institución del fenecimiento anticipado de la acción penal, siempre y cuando no se quebrantan los intereses y garantías del procesado, ni la justicia”.



Excluye la sentencia del ámbito penal castrense, las conductas que por su gravedad constituyan delitos de lesa humanidad y la realización de aquellas conductas que obedezcan a un ánimo predeterminado, esto es cuando desde un inicio el sujeto activo concibió la idea criminal, circunstancias que no se vislumbran en el presente asunto, y dado que la jurisdicción castrense es excepcional, ha de ser interpretada de manera restringida, así corresponderá la competencia a la justicia ordinaria en caso de duda, circunstancia ésta última que invoca el Procurador ad- quem para requerir el envío de la investigación a la jurisdicción ordinaria, no obstante, como lo señalara la misma Corte Constitucional en sentencia T-1001 de 2001 con ponencia del Honorable Magistrado RODRIGO ESCOBAR GIL, la duda ha de ser razonable, debidamente, fundada o calificada y que emerja de forma racional y manifiesta y no la mínima, simple o irrelevante que puede conllevar a la pérdida de eficacia de la institución jurídica del fuero penal militar y en consecuencia el derecho que asiste a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo de ser juzgados por tribunales castrenses en los términos del artículo 221 Superior.

Así, no se ha desvirtuado, por el contrario la prueba indica que efectivamente los militares se encontraban en el lugar de los hechos en cumplimiento de su misión constitucional, sin que surja que al causar la muerte del particular, su intención fuera ab initio criminal, o que como surge de pronunciamiento del Consejo Superior de la Judicatura en auto del 26-nov-03, al dirimir conflictos de competencias suscitados entre las jurisdicciones ordinaria y militar, como exigencia adicional, que el delito sea producto de un acuerdo previo o ánimo predeterminado que haga romper la relación con el servicio.

En consecuencia, sin perjuicio de que al continuar el transcurso investigativo se determine que la competencia para el conocimiento de la investigación pudiera corresponder a la jurisdicción ordinaria, la Sala se apartará en este sentido del pedimento del Ministerio Público ante la Corporación, disponiendo se continúe con la investigación de conformidad con los parámetros señalados de adelantar una investigación integral que allegue las pruebas que conduzcan a determinar las reales circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieran los hechos. **(Rad. 155291, 03 de marzo de 2009, MP. CR. (R) ROSA ELENA TOVAR GARCIA, Primera Sala de Decisión).**



## HOMICIDIO, OMISIÓN E IMPUTACIÓN OBJETIVA

### Evolución de la culpa, nexa causal

“(…) Advierte la Sala, que tanto la Defensa como el Ministerio Público ad- quem confluyen en los argumentos de la falta de conocimientos médicos por parte del SS. O, como respecto de que no basta la posición de garante para imputar el resultado si no se ha creado o elevado el riesgo; lo que, avalando la posición del funcionario

Instructor justamente debe determinarse en la investigación, pues es claro que no teniendo los conocimientos necesarios para evaluar el estado de salud del particular que conducía en la patrulla, el Sargento una vez advertido por los familiares de la situación, debió disponer su traslado al centro médico más cercano donde el personal con la capacidad que él no tenía, atendieran al ciudadano, circunstancia que hasta este momento procesal no se ha determinado si incidió o no en el resultado para poder establecer si con tal omisión se incrementó o no el riesgo.

(...) En consecuencia, comparte la Sala la imputación realizada por el Instructor tanto por el actuar omisivo, ya que justamente de acuerdo a la normativa (Art.25 CP) en éste incurre quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo estando en posibilidad de hacerlo, (por lo que se insiste, deberá sí, establecerse si con una atención médica previa, era posible salvar la vida del particular o si el resultado muerte de todas maneras se hubiera producido), como la modalidad culposa de la conducta, pues es claro que en ningún momento la intención del policial al no disponer el traslado al centro médico era ocasionarle la muerte, por lo que ésta le sería imputable por no haber previsto lo previsible, aspecto último del cual disiente tanto la defensa al afirmar que el ciudadano no tenía signos que evidenciaran tal posibilidad como el Ministerio Público al afirmar que tal previsión no le era exigible dada su función, misión y conocimientos al no ser médico y no poder determinar a simple vista que el señor estuviere enfermo. (...).

Al respecto, desde ya determina el Colegiado que si bien al SS. O. no le era previsible el estado de salud del ciudadano UJ por sus conocimientos médicos, si lo era por la forma como fue advertido de tal circunstancia, pues tampoco existe discusión de la posición de garante que tenía respecto de éste “cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio”, siendo claro que el ciudadano estaba bajo la custodia del policial, desde el mismo momento en que éste dispuso su conducción a la Estación, por lo que es importante resaltar que el hecho de tener una persona en calidad de retenida, causa una obligación al servidor público, cual es la defensa y respeto de sus derechos fundamentales, es decir lo mínimo exigible es la protección de “la Vida”.

(...) Es ahí donde se cuestiona la actuación del gendarme, pues advertido no solo por los familiares sino también por los auxiliares que notaron la gravedad de la situación y teniendo la posibilidad de llevar al ciudadano a un centro asistencial para verificar su estado de salud, no lo hizo, dejando de hacer lo que tenía que hacer como garante de los derechos del ciudadano.

(...) Desde los años 70, se ha desarrollado el criterio de la imputación objetiva en reemplazo de la causalidad, según la cual aún cuando el nexo causal natural sigue siendo necesario para la atribución de un resultado a un sujeto, es necesario que esa conducta haya creado un riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico no abarcado dentro del riesgo permitido socialmente, que ese riesgo se haya concretado en el resultado y que ese resultado justamente sea el que pretende



evitar la norma, esto es que esté contemplado dentro del ámbito de su protección”. (Rad. 155282, 30 de marzo de 2009, MP. CR. (R) ROSA ELENA TOVAR GARCIA, Primera Sala de Decisión).



## IMPEDIMENTO

Deben exponerse serios elementos de juicio que comprometan la ponderación e imparcialidad del funcionario judicial.

“En este contexto salta a la vista que la funcionaria judicial no explica en forma suficiente y razonada qué interés puede tener su cónyuge en la actuación procesal, de dónde surge éste, pues ni siquiera indica en forma concreta qué funciones cumplió respecto del contrato No. xxxx en el que al parecer se incurrió en irregularidades, en fin, no se observa en el escrito de impedimento serios elementos de juicio que pueden comprometer su ponderación e imparcialidad. Con razón dice la jurisprudencia que el interés que causa el impedimento debe ser real, existir verdaderamente, por manera que no basta la afirmación que haga el funcionario judicial, ya que de aceptarse ese proceder, la posibilidad de apartarse de un caso quedaría sometida únicamente a la voluntad de éste”. (Rad. 155808, 8 de mayo de 2009, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Sala Cuarta de Decisión).



## IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA Y DEBIDO PROCESO

Evidentes y palmarios errores en la imputación conducen a declarar la nulidad de la actuación.

“(…) Sería del caso, que la Sala entrara a pronunciarse sobre el asunto objeto de impugnación y que apunta a verificar la responsabilidad del procesado, de no ser porque se advierten serias y sustanciales irregularidades que vulneran el derecho de defensa y el debido proceso, cuando en la actuación surtida se trata con acendrado soslayo el principio de legalidad y culpabilidad. Debe dejar la Sala desde ya sentado, que el principio de limitación y de no reformatio in pejus, sugiere para su validez y eficacia, la legalidad del proceso, aspecto que no se predica en este caso.

El establecer con precisión los presupuestos que determinan el juicio de imputación fáctico y jurídico, corresponde a la más palmaria vigencia de lo que pretendió el Constituyente en el artículo 29 de la Carta Política. Tal exigencia adquiere especial relevancia cuando el delito de Lesiones personales dolosas se recoge en el canon 188 del Código Penal Militar y en el Código Penal común, que de tenerse en cuenta y con base en el dictamen no genera dificultad definir la norma aplicable, pero **sorprendentemente** el Fiscal 145 adecúa la conducta del procesado Agente, en el artículo 188 del Digesto Castrense, descripción comportamental que sólo

aplica cuando las lesiones dolosas generen daño en el cuerpo o la salud que ameriten incapacidad médico legal definitiva que no supere los treinta días. A más de lo anterior, en la motivación de la acusación no se precisa el presupuesto jurídico, divaga sobre lo fáctico pero no puntualiza el juicio de imputación jurídico, no señala porque invoca esa norma y no lo dispuesto en el Código Penal en los artículos 111 al 114. Como se ha anotado, es un imperativo precisar en la calificación qué estatuto y en qué Legislación se funda o apoya, por cuál delito se acusa, pero en efecto no se hizo, situación que genera irregularidad sustancial, que ha de ser corregida por vía de la nulidad.

(...) Como quiera que la imputación jurídica adecuada ha de corresponder a lo establecido en el dictamen médico legal obrante, la nulitización comportará todo lo actuado desde la resolución de acusación calendada a quince (15) de junio de dos mil siete (2007), obrante a folio 256 del primer cuaderno original. Como se señaló, el principio de limitación y de no reformatio in pejus, sugiere para su validez y eficacia, la legalidad del proceso. De igual forma el Funcionario Judicial debe velar porque en toda actuación prevalezca el derecho sustancial y la realización de la justicia material, por ello cuando el Tribunal observa protuberantes errores en la imputación (fáctica o jurídica) lo que ha de prevalecer es el principio de legalidad y por ello deberá corregir la actuación por vía de la nulidad a partir de la calificación inclusive, para que el ente fiscal rehaga la decisión y señale de forma clara y expresa por que delito acusa; proceder en contrario y aceptar la tesis de la vigencia de artículo 188 del C.P.M. en este asunto y que tal adecuación es inmodificable por el principio de congruencia, corresponde al más evidente desconocimiento del derecho penal y su evolución jurisprudencial, sugiere desatención a los más elementales presupuestos de la realización de justicia material, lo cual no va a cohonestar la Corporación.

Sobre la legalidad del proceso y el principio de limitación ha señalado la Honorable Corte Suprema:

“(...) cuando se evidencian palmarios errores en la imputación (fáctica o jurídica) los cuales se apartan de referente óntico se impone declarar la nulidad de la actuación en procura de realizar la calificación jurídica adecuada por cuanto las decisiones judiciales se deben adoptar dentro del marco de la legalidad, de los derechos fundamentales y de las garantías procesales (...)”<sup>39</sup>. **(Rad. 154634, 26 de agosto de 2009, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**



## INDAGATORIA

**En el proceso penal militar, el juez de instrucción penal militar debe realizar la imputación fáctica y necesariamente no jurídica.**

“Nuestro actual sistema procesal penal militar, se rige por las previsiones de la Ley 522 de 1999, que consagra un procedimiento fundamentado en la separa-



ción de las funciones de investigación, acusación y juicio y con el cual se pretendió superar al de la justicia ordinaria de la época, señalándose que por esta específica característica apuntaba hacia un modelo con tendencia acusatoria.

Desafortunadamente, rápidamente fue superado por la ley 600 de 2000 y actualmente por la Ley 906 de 2004.

Lo anterior sirve de punto de partida, para señalar que cada uno de estos estatutos consagra su propia estructura.

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.” **(Rad. 155270, 26 de enero de 2009, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**



### **INDEBIDO EMPLAZAMIENTO GENERA NULIDAD**

**Solo se permite el emplazamiento cuando no ha sido posible hacerlo comparecer.**

“Sería del caso que la Sala se ocupara de resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el fallo condenatorio de la fecha antes indicada, sino fuera porque se advierte una irregularidad sustancial que viola el debido proceso, que se concreta en que el SLR. PRRE, fue emplazado y declarado persona ausente sin que el funcionario judicial agotara los esfuerzos necesarios para hacerlo comparecer físicamente al proceso y con ello garantizarle el derecho de defensa.

En efecto, revisado el proceso se observa que el soldado en mención fue citado en una oportunidad mediante oficio 1.855 del 21 de agosto de 2008 para ser escu-

chado en diligencia de indagatoria, y el 1º de septiembre del mismo año se ordenó su emplazamiento el cual se llevó a cabo el día siguiente siendo declarado persona ausente el 9 del mismo mes.

Como se observa el despacho judicial simplemente citó al SLR. PRRE. para escucharlo en indagatoria, sin que realizara ningún otro esfuerzo tendiente a localizarlo como librar la orden de captura ante las autoridades respectivas para que éstas procedieran a su búsqueda, habida cuenta que el artículo 493 del Código Penal Militar solo permite el emplazamiento cuando no ha sido posible hacer comparecer a la persona. **(Rad. 155794, 28 de mayo de 2009, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRE-RA, Sala Cuarta de Decisión).**



## **INDUBIO PRO REO FRENTE A LA INDAGACION PRELIMINAR**

**Inaplicabilidad del principio de in dubio pro reo como fundamento para proferir auto inhibitorio.**

“(…) Al estudio de la actuación investigativa, debe recordar la Sala a la funcionaria Instructora que la indagación preliminar tiene como propósito el conciliar la atención entre la presunción de inocencia y los intereses de la comunidad entregados al poder público con facultad punitiva, evitando la apertura abusiva de procesos penales, cuando los elementos, por lo menos objetivos del cuestionamiento delictuoso, no se hacen latentes; de ahí que el sentido avocatorio de la indagación preliminar esté apuntando exclusivamente a definir la existencia fáctica del suceso, su presencia normativa en el ámbito de la tipicidad, la identidad o individualización de presuntos autores o partícipes y en algunos eventos, la pertinencia del ejercicio de la acción penal, conforme las voces del artículo 451 del Código Penal Militar.

Si bien la indagación preliminar no está llamada a ser instrumento de sustento de pruebas que puedan llevar a la convicción con grado de certeza, para que de iure se quiebre la presunción de inocencia, no resulta menos afirmar que de un prudente y juicioso análisis del contenido del canon precitado por parte de la Instructora, se permite verificar sin asomo de duda, que no es viable la aplicación del artículo 458 Ídem, ya que la operadora jurídica con la sola versión del I. M y la desatención al único testimonio recaudado, fundamentó su precario inhibitorio para crear un inexistente fenómeno de duda, cuando lo mínimo era escuchar en declaración a los particulares (...). El yerro en que incurre la funcionaria corresponde no solo al proceso de adecuación típica, sino además en cuanto a la valoración probatoria, el momento en que cobra vigencia el in dubio pro reo y la estructura dogmática del tipo penal de Abuso de autoridad; toda vez que este injusto por su naturaleza es de carácter subsidiario, en la medida en que dicha conducta se acoge a lo dispuesto en el artículo 185 del Estatuto Penal Militar, en tanto no se adecue a otro tipo penal específico, situación que no acontece en este caso, porque como se ha señalado lo obrante indica, por el momento, que puede tratarse de una Privación Ilegal de Libertad.



De igual forma se hace palmario el desconocimiento por la funcionaria instructora, sobre la etapa a partir de la cual tiene aplicabilidad el in dubio pro reo, ya que éste solo puede ser invocado cuando se ha agotado todo el debate probatorio, esto es en juicio, y no se logró superar la duda, tanto que el Legislador en postura totalmente coherente, no concibe la duda ni tan siquiera en las hipótesis dispuestas en el canon 231 del C.P.M. Por ello cuando queda todo un camino probatorio por recorrer, en tres etapas procesales, resulta totalmente desafortunado afirmar que el principio de la duda a favor aplica porque de la “indagación” surgen indecisiones que impiden la materialización del supuesto delito de Abuso de Autoridad endilgado al policial imputado. Tal aserción riñe con los postulados que identifican las formas propias de cada juicio, no contribuye en nada a la pronta, cumplida y eficaz administración de justicia (...)” (Rad. 155705, 22 de septiembre de 2009, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).



## INVESTIGACIÓN INTEGRAL - CERTEZA PARA CONDENAR

**Valoración de la prueba y observancia de los principios de la sana crítica.**

“(…) En este sentido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia<sup>40</sup> ha precisado que surge como un imperativo constitucional la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, toda vez que forzoso resulta en la búsqueda de la verdad, que en desarrollo de los actos procesales y particularmente en la expresión más importante de ellos, esto es, los actos de prueba, el funcionario judicial propugne por lograr el pleno convencimiento en relación con los hechos que son objeto de la investigación, a través de una imparcial dirección del proceso, que no solamente posibilite tanto desde el punto de vista de la producción de pruebas, esto es, como actividad de la parte interesada dirigida a que se recepcione por el investigador un concreto medio, que en diversas fases comprende proposición, admisión y práctica de las solicitadas por los sujetos intervinientes, sino que de oficio también se oriente al cumplimiento del mismo cometido, esto es, a acopiar todos a aquellos elementos de convicción dirigidos a la demostración de los hechos materia de imputación y en especial, de los que permitan establecer si el sujeto a quien se atribuyen ha tomado o no parte y de qué manera, en su comisión.

Así las cosas, es bien claro que el procedimiento de certeza no está en una simple afirmación, ni en una relación de pruebas de cargo, obedece a 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 preciso fenómeno, pudiendo entonces, llegarse a uno de los dos extremos viables, o a la certeza o la duda de su inexistencia.

Empero, lo que no puede ser jurídicamente admisible es que se pueda privilegiar el valor de una determinada prueba, dejando a un lado la imprescindible confrontación que se impone concretar con la integridad en su conjunto, ya que cada una de ellas 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.

Podemos afirmar hoy, a esta altura procesal y con prístina verdad, que no existe en la foliatura una investigación integral, así como tampoco se cumplieron los cometidos de la investigación a la luz de las disposiciones inicialmente señaladas, sin que se halle demostrada la certeza a que se hizo mención en la sentencia del Ad quo. Pese a que en su providencia trató de justificar la responsabilidad en cabeza del encartado bajo el entendido que su relato es inverosímil y nada creíble, ningún soporte probatorio lo sustenta, pues como se indicó, nada se hizo para probar tal afirmación, precisamente porque se dejó de escuchar en declaración a los soldados C. y C., porque no se analizó ni se valoró el testimonio del cabo R. en su integridad y porque de tajo descalificó el dicho del procesado.

Como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia<sup>41</sup> la investigación integral constituye un imperativo referente a que los distintos funcionarios que conocen de la actuación debe allegar todas las pruebas tendientes a la demostración del hecho y la responsabilidad penal, así como también de todos aquellos elementos de juicio que lleven a la absolución del procesado o al reconocimiento de cualquier circunstancia que pueda hacer más favorable la punición. Es decir, se erige en una garantía para el sujeto pasivo del proceso penal y para los sujetos procesales en general, en el sentido de que el diligenciamiento se adelantará sobre los postulados de la justicia y equidad y que el mismo comporta la efectividad del derecho material.

No existe duda ni dubitación alguna que la prueba que obre en el proceso debe llevar al juez al conocimiento cierto de la existencia del hecho delictuoso y de que el acusado es responsable como autor o partícipe, empero, en la apreciación de las pruebas el juez no debe detenerse en la verosimilitud ni en la probabilidad, debe continuar hasta llegar a la certeza, pues lo verosímil no es más que una suposición de que algo puede ocurrir o de que algo ha ocurrido en la realidad, es una hipótesis destinada a ser verificada (como ocurrió en el caso de autos), por esta razón al administrador de justicia le está vedado fundar sus sentencias en meras hipótesis,

41 Sala de Casación Penal, Expediente 18036 M.P. Doctor Jorge Quintero Milanés, 10 de marzo de 2004



en meras suposiciones, debe proseguir el análisis para purificar la prueba en uno u otro sentido y si no le es posible lograrlo, esa duda debe resolverla a favor del acusado.

Pero el juez tampoco puede detenerse en lo creíble, lo que ontológicamente es posible, pues la credibilidad se funda en la fe, mientras la certeza se funda y edifica en el análisis metódico y científico y en la verificación práctica experimental de los resultados de ese análisis. **(Rad. 154709, 28 de enero de 2009, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**



### **LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN MATERIA PENAL MILITAR**

**Debe imponerse bajo los postulados de los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad.**

(...) “Respecto de los fines de la detención preventiva, entrándose 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. **(Rad. 155838, 20 de mayo de 2009, MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**



### **LA LEY PENAL MILITAR Y EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO**

**Cuándo un comportamiento que atenta contra la disciplina alcanza a transgredir la órbita penal y cuándo se queda en el ámbito disciplinario.**

“En torno a este tópico, conviene diferenciar cuándo un comportamiento que atenta contra la disciplina alcanza a transgredir la órbita penal y cuándo se queda solo en el ámbito disciplinario, por cuanto el bien jurídico protegido en ambos casos sería la disciplina, no obstante que la acción penal sea independiente de la disciplinaria, en ocasiones procede el adelantamiento de las dos acciones conjuntamente.

Es importante distinguir previamente, que estas acciones persiguen diferentes finalidades, sobre las que la Corte Constitucional ya se ha pronunciado, afirmando que:

“Cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios”<sup>42</sup>. Y que la prohibición legal de la conducta delictiva tiene por fin la defensa de la sociedad, mientras que las faltas disciplinarias buscan proteger el desempeño del servidor público, con miras al cumplimiento de la función pública.

En este orden de ideas, se hace indispensable que se analice en cada caso concreto, cuándo estamos en presencia de una falta disciplinaria y cuándo ante un delito de desobediencia, bajo el entendido que la disciplina ha sido definida en el artículo 17 de la Ley 836 de 2003 como la condición esencial para la existencia de toda fuerza militar, y que consiste en mandar y obedecer dentro de las atribuciones del superior y las obligaciones y deberes del subalterno; contrarrestando los efectos disolventes de la lucha, creando 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.

Cuando se examinan los límites al poder punitivo del Estado, encontramos que uno de los principios más importantes es el de última ratio, entendido como una de las expresiones del principio de necesidad de la intervención del Derecho penal. Apunta a que el Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas “formales e informales”. Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso.

En este orden de ideas y dada la gravedad del control penal y la pena que comporta para el delito de desobediencia como sus consecuencias, no es posible utilizarlo frente a todas las situaciones, sino, sólo frente a un ataque realmente grave al bien jurídico penalmente tutelado. Luego, es este principio el que nos va a permitir establecer de acuerdo a la gravedad de la conducta, cuando transgrede o no, la órbita penal, lo que implica que no todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados debe determinar la intervención del Derecho Penal.” **(Rad.155418, 02 de abril de 2009, MP. MY. (R) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión).**



## LA NORMA PENAL MILITAR

**¿Objetiva de valoración o subjetiva de determinación? El desvalor de acción y el desvalor de resultado.**

“(…) Frente a la postura de la impugnante y los argumentos esbozados en el recurso, encuentra la Sala necesario efectuar la siguiente precisión. Se ha de recordar a la impugnante que si bien es cierto la norma penal en Colombia, se inspira en postulados de normas objetivas de valoración y subjetivas de determinación, no lo es menos que prevalecen o identifican nuestro sistema las normas objetivas de valoración, a partir de las cuales debe el funcionario judicial penal militar determinar lo valioso o disvalioso de la conducta, de cara al bien jurídico tutelado. Esto es, al componerse el injusto de los tipos objetivo y subjetivo, no basta por sí solo el desvalor de acción expresado en el tipo objetivo, para formular un juicio de responsabilidad, sino que se requiere la verificación de la afectación del bien jurídico tutelado, esto es, el desvalor de resultado.

Sabido que el desvalor de acción es apenas cofundamentador del injusto, razón por la cual los motivos o circunstancias meramente fácticas constituyen la tipicidad objetiva, es por lo que mal se hace al considerar, en el caso en estudio, que el solo reconocimiento médico legal, es el presupuesto suficiente para demostrar la responsabilidad del procesado a título de dolo, como erradamente lo concibe la Agencia Fiscal. Ha reiterado la Sala que la mera realización de la conducta, entendida si se quiere, en su concepción ontológica, o por supuesto jurídica, por sí sola no es presupuesto suficiente para formular un juicio de imputación, menos aún, juicio de responsabilidad. Es necesario verificar la presencia del dolo y a partir de allí, consecuentemente la afectación del bien jurídico.

Un estudio desapasionado de la prueba obrante, permite inferir que en efecto, el procesado acudió al sitio de los hechos en ejercicio de su función y que su accionar no correspondió al ánimo, conciencia y voluntad de lesionar, de atentar contra la integridad personal de J. C, sino de evitar males mayores, ante la discusión, con vocación de riña, que se presentaba entre J y G. (…).” (Rad. 154868, 30 de abril de 2009, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).



## LA NULIDAD SOLO PUEDE SER DECRETADA POR EL FUNCIONARIO COMPETENTE

**Procedimiento policial, relación con el servicio-ubicación del disparo desvirtúa legítima defensa-móvil-voluntad-dolo. Certeza para condenar.**

“(…) Esto es, que en efecto B. ingresó a la residencia armado como lo reseñaron los testigos desde su versión inicial (fl. 7) y herido según la ampliación en audiencia de Corte Marcial en la que manifiestan que tal circunstancia no la dijeron en su

primera declaración porque no les fue preguntada; pero justamente extraña a la Sala que si el occiso ingresó a la habitación y los policiales venían persiguiéndolo, estando herido hubiera alcanzado a esconderse debajo de la cama y a correr los obstáculos que afirma el SI. V. debió mover para observarlo allí; pero aún asumiendo que ésta parte del argumento del procesado fuera cierta, lo que lo desvirtúa de manera lógica y razonable es que ante el disparo del particular se viera obligado a disparar su UZI en ráfaga, en lo cual fundamenta el operador primario la legítima defensa, pues los disparos que presenta el cuerpo del occiso no corresponden a una ráfaga, justamente la imputación se origina en el impacto que presenta el cráneo, que a priori puede afirmarse fue un disparo a quema-ropa, realizado a corta distancia al presentar ahumamiento y tatuaje; lo cual confirman las pruebas obrantes en el plenario desvirtuando completamente la versión de V.

(...) Concluyendo, se comparte con la Fiscal a-quo que el uniformado tenía derecho a su legítima defensa si el hoy occiso le disparó inicialmente, pero ésta hipótesis no fue la acontecida en el lugar de los hechos, ya que el disparo que presenta la víctima en el cráneo con ahumamiento no corresponde a la supuesta reacción con la mini uzi a que según la Fiscal se vio obligado el procesado, este disparo NO corresponde a una tal reacción, entre otras porque son los mismos testigos que acuden a la Audiencia quienes manifiestan que luego de un disparo en seco prosiguió una ráfaga, de lo que concluyen los sujetos procesales y el a-quo que el tiro inicial fue el ataque de BARANDICA y que la ráfaga fue la reacción del procesado, por lo que si acogiéramos el argumento defensivo, tendríamos que concluir que la ráfaga no impactó la humanidad del occiso, pero cabría entonces nuevamente preguntar ¿y el disparo que se observa en la fotografía a folio 84 en la región temporal derecha?.

(...) Es del caso resaltar como la Honorable Corte Suprema Sala penal- en sentencia del 20 de octubre del 2005; Magistrado Ponente Doctor YESID RAMIREZ BASTIDAS, señala que para configuración del delito de homicidio no se requiere prueba móvil, "... la ley no exige que para que se configure la responsabilidad en el delito de homicidio voluntario se pruebe el fin específico que se persigue con la conducta de ocasionar la muerte ajena, o el motivo que se tuvo para haber procedido de la aludida manera, sino sólo que voluntariamente se haya actuado con conocimiento de la ilicitud.

Esto por cuanto en la dogmática actual la demostración del dolo es independiente de la prueba del motivo que determina al sujeto a consumir el hecho típico, de manera que aún siendo importante establecer las razones que motivaron la voluntad del agente, puede ocurrir que esa causa, razón o fundamento del acto típicamente antijurídico, se establezca y constituya elemento útil para comprobar la existencia del dolo, o de una circunstancia que modifique la punibilidad; o también que por tratarse el aspecto subjetivo referido a la esfera intangible del ser humano, no logre acreditación en el proceso, bastando tan sólo acreditar que el sujeto agente tuvo conocimiento de la ilicitud de la conducta y que se orientó con libertad a su ejecución, como así fue declarado en este caso, que es el límite de la función de juzgamiento<sup>43</sup>.

43 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sent. casación, abril4/2002, rad. 11.829, MP, Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll, reiterada Sent.



La demostración de la culpabilidad no depende de las manifestaciones del procesado ni del reconocimiento o negación que de la intención éste haga, sino de la exteriorización de su conducta que es la que evidencia el aspecto subjetivo del actuar delictivo que, tratándose de delitos contra la vida y la integridad personal, esa intencionalidad puede ser establecida a partir, entre otros aspectos, de la calidad del arma utilizada, la forma en que se usa, la distancia, el número de golpes, y la región anatómica comprometida.” (Rad. 155123, 22 de enero de 2009 MP. CR. (R) ROSA ELENA TOVAR GARCIA, Primera Sala de Decisión).



## LESIONES PERSONALES

El Uso de la fuerza policial debe ser razonable.

“Es claro para la sala, que el día de marras se presentó una fuerte discusión entre los particulares que se movilizaban en el rodante ya citado y los policiales que adelantaron el procedimiento de tránsito, encabezado por la oficial GELGA, debido a la orden de comparendo que ésta le realizó a aquéllos y por la decisión de inmovilización que dio sobre dicho automotor, la cual terminó en una verdadera trifulca con visos de asonada hacia los policiales que allí se encontraban, pues la ciudadanía que por aquél lugar transitaba se solidarizó con sus similares y en igual forma, pretendieron impedir el procedimiento policial, razón por la cual los Institucionales recurrieron al uso de la fuerza, que como medio de policía, les es era permitido.

Ese uso de la fuerza es claro y así se desprende no solo de las pruebas de cargo, si no y lo que es más importante, de las mismas versiones ofrecidas por los acriminados, quienes dan cuenta del empleo de la fuerza para reducir a los disconformes jóvenes y para llevar a feliz término el procedimiento de tránsito que se trazaron.

Sin embargo, debemos advertir que el empleo de la fuerza, dentro de un Estado de Derecho, como el nuestro, esta debidamente regulado, aceptándose su utilización sólo en aquellos casos en los que, por su naturaleza, es necesario aplicarla, lo que implica hacer referencia a criterios de necesidad y proporcionalidad.

Sobre éste punto debemos recordar que La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), mediante Resolución 34/169 de 17 de diciembre de 1979, aprobó el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en cuyo segundo artículo determina que “...los funcionarios policiales, en el desempeño de sus tareas, deben respetar y proteger la dignidad humana, mantener y defender los derechos humanos de todas las personas”, y en su artículo 3 determina que “estos funcionarios sólo podrán usar la fuerza cuando sea **estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas**” .

Consecuentemente, conforme anota esa norma, el uso de la fuerza debe ser, como ya se dijo, excepcional, no pudiendo hacer uso de ella cuando no es razonablemente ni proporcionalmente necesario.

Así las cosas, es claro entonces que la tarde de sucesos y en el escenario en que se desarrolló el procedimiento policial, éstos no tuvieron alternativa distinta que hacer uso de la fuerza, pues las circunstancias lo ameritaban, dado que, de un lado, los ciudadanos, hoy víctimas, se rehusaron al procedimiento y pretendieron impedirlo, con la connivencia de los particulares que por allí transitaban, quienes se amotinaron y en actitud violenta contra los policiales, pretendieron y exigieron un comportamiento distinto de parte de aquéllos, sin embargo, de las pruebas allegadas se infiere que al parecer hubo un exceso en el uso de dicho medio de policía, pues como se anotó, los presuntos infractores de la norma de tránsito antes de éste procedimiento estaban en normales condiciones físicas y al cabo del procedimiento que pretendieron los uniformados y en donde éstos emplearon la fuerza, aquéllos resultaron con lesiones en su humanidad.” (Rad. 155116, 16 de marzo de 2009, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).



## LESIONES PERSONALES

**La culpa de la víctima no excluye la responsabilidad del acusado, cuando la conducta de éste determinó la causación del resultado.**

“No es admisible, en consecuencia, la existencia de una culpa exclusiva de la víctima como fuente de ausencia de responsabilidad penal, porque luego de analizar en conjunto el material probatorio con que cuenta la actuación, se tiene que aunque efectivamente el peatón incurrió en un acto imprudente, también el procesado ejecutó una conducta todavía de mayores repercusiones, en cuanto se tiene que esta fue la causante del trágico desenlace. Hay pues una concurrencia de culpas, pero la atribuida al procesado fue la determinante en la causación del hecho porque de suprimirse ésta, el resultado final no se hubiera producido, de donde emerge la relevancia frente al resultado y por ende, acertada fue la conclusión del a quo, que se fundamentó en el estudio detallado de las pruebas obrantes, por lo que no se accederá a la pretensión de la defensa en el sentido de absolver al implicado.

Es evidente que el procesado violó el deber objetivo de cuidado, conforme lo revela la prueba testimonial y la propia versión del procesado, a través de las cuales se obtiene la certeza de que al momento del hecho, el policial procesado transitaba en contravía, circunstancia que no ofreció debate contradictorio. Procesado y defensora arguyen que ello no fue un acto intencional, sino más bien el resultado de una acción que tuvo que tomar el primero de los nombrados, porque el vehículo que iba adelante frenó de una manera intempestiva, obligando al conductor de la motocicleta a invadir el carril contrario con el fin de impedir la colisión.

Argumento que no es de recibo para esta instancia, porque aunque se diera por demostrado que efectivamente el vehículo de adelante frenó de improvisto, debe tenerse en cuenta que la reacción del policial no fue la adecuada, porque pudiendo también frenar y detener la marcha, prefirió invadir el carril contrario y tratar de sobrepasar al otro vehículo, presentándose la colisión con el peatón. (...).



De acuerdo con estas circunstancias, considera la Sala que si el procesado no hubiera ocupado el carril contrario, el adverso desenlace no se hubiera presentado, pues al transitar en contravía incrementó el riesgo jurídicamente permitido, por lo que a través de la imputación objetiva, debe concluirse que el resultado –lesiones– debe serle atribuido al conductor de la motocicleta, existiendo relación de causalidad entre la elevación del riesgo y el resultado producido, no quedando duda de que la conducción de vehículos entraña por sí misma un riesgo que es jurídicamente aprobado.

No puede por tanto considerarse el hecho como el resultado de la exclusiva conducta de la víctima, porque en la causación del hecho influyó, no el estado del semáforo lo que resulta irrelevante, sino el transitar en contravía, pretendiendo el procesado sobrepasar un vehículo cuya marcha había detenido intempestivamente. Cuando el acusado realizó ese imprudente comportamiento, voluntariamente creó un riesgo, pues era previsible que pudiera causar un accidente, y como ese riesgo se concretó en un resultado, debe este serle imputado jurídicamente como de su obra, pues debe tenerse en cuenta que el hecho ocurrió a eso de las siete de la noche, en un sitio de amplia circulación de peatones y de vehículos, próximo al Terminal de Transportes de Barbosa.

Significa lo anterior, que el aporte definitivo para la causación del hecho estuvo a cargo del procesado. Además que por virtud del principio de confianza, el peatón, a pesar de ir distraído, cruzaba la calle tratando de alcanzar la otra acera, confiado en que ningún vehículo cometería la imprudencia de desplazarse en contravía; así se tiene que el acusado vulneró esa confianza realizando la temeraria maniobra que ocasionó el resultado conocido. Es que si el hecho hubiera ocurrido por el carril correcto, por donde ha debido transitar la motocicleta policial, es decir por su vía, el hecho tal vez si tendría la connotación necesaria como para adjudicárselo a la víctima. Pero tal como sucedió el hecho, su resultado debe ser atribuido al procesado.” **(Rad. 154854, 17 de febrero de 2009, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**



### **LIBERTAD PROVISIONAL**

**Se aplica lo normado en el Código Penal Militar cuando haya transcurrido más de un año a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación sin que se hubiere celebrado la respectiva audiencia, así en la jurisdicción ordinaria se contemple un término menor.**

“(…) el Código Penal Militar en su Libro Tercero, Título Octavo, Capítulo VII, artículo 539, ha regulado en una forma completa todo lo relacionado con el tema de la libertad provisional, preceptuando entre otras causales, que tendrá derecho a ella de conformidad con el numeral 5º cuando haya transcurrido más de un (1) año a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación sin que se hubiere celebrado la respectiva audiencia, aspecto este que nos impide hablar de la existencia de un vacío legal.

Ahora, el solo hecho que la regulación en la normativa castrense no guarde similitud con lo que al respecto se consagra en la Ley 600 de 2000, artículo 365 numeral 5º (quien trae un término de 6 meses para la misma situación), no quiere esto decir que tengamos que aplicar esta norma, o que se está afectando el derecho a la igualdad y que por ser más favorable la norma de la justicia ordinaria deba dársele aplicación.

Ya la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades respecto al tema de las diferencias que se presentan entre las dos jurisdicciones, afirmando que el legislador en ejercicio de la potestad configurativa de la ley al diseñar y establecer la política criminal del Estado, puede excluir beneficios en la jurisdicción castrense, sin que por ello se viole la constitución. Diferencias que pueden provenir de la mayor o menor entidad de los tipos penales, o del grado de lesión de los bienes jurídicos, o de los destinatarios de la normas entre otros.” (...).

“Lo anterior, nos está indicando que si en nuestra normatividad castrense no se estableció el término de 6 meses para acceder al beneficio de la libertad provisional cuando ya se hubiere proferido la resolución de acusación sin que se hubiere celebrado la audiencia, no tenemos que remitirnos para su complementación o aplicación a las normas del Código Penal Ordinario, en razón, ya que si no se ha incluido, es precisamente porque el legislador así la ha previsto, sin que pueda hablar de afectación al principio de igualdad.

No podemos afirmar tampoco que existe vacío legal referente al tema de la libertad provisional, ni podemos acudir a la integración jurídica, ni a la interpretación, al tener las normas penales militares regulado de una manera clara cuando se puede acceder a la libertad provisional después de haberse proferido la resolución de acusación en el artículo 539 numeral 5 del Código Penal Militar, acertadamente aplicado por el A - Quo, lo que nos permite afirmar que existe regulación para el caso concreto (...)” **(Rad. 155551, 18 de junio de 2009, MP. MY. (R) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión).**



## LOS ACTOS RELACIONADOS CON EL SERVICIO

**La formación de iniciación del servicio o relación general es parte del régimen interno de la unidad y constituye acto relacionado con el servicio.**

“En este orden de ideas, si partimos de que la formación de iniciación del servicio o relación general, hace parte de las actividades de régimen interno de una Unidad (artículo 193, Reglamento de Régimen Interno para las Unidades tácticas, Reglamento EJC-3-22 público - publicación 2008) y que en ella se da lectura a la Orden del Día que dispone los diferentes servicios internos y se regulan las diversas actividades de orden administrativo, disciplinario, orgánico o de instrucción; se



tratan asuntos del servicio, se dan normas sobre el régimen interno, se corrigen novedades observadas en la organización y funcionamiento de la Unidad, entre otras actividades, indudablemente quedan comprendidas tales actividades en la expresión actos relacionados con el servicio, al darse en el cumplimiento de una tarea propia de la fuerza pública.

“Ahora si la disciplina es base del orden y garantía del éxito, y asegura al Ejército el cumplimiento de sus elevadas misiones, siendo deber de todo comandante inculcarla de tal manera, que las leyes, reglamentos y órdenes militares sean cumplidas sin vacilación; la aplicación de sanciones o correctivos derivados de faltas menores que sirvan para encausar la disciplina, también quedarían encuadrados estos actos, en aquellos relacionados con el servicio”. **(Rad. 155612, 24 de febrero de 2009, MP. MY. (R) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión).**



### LOS PRINCIPIOS DE LIMITACIÓN Y DE NON REFORMATIO IN PEJUS

Sugieren para su aplicación la legalidad del proceso.

“(…) Establecido que en este caso el procesado no es apelante único, se permite la Sala desde ya anunciar, por los alcances de la decisión que se adoptará, que el principio de limitación dispuesto en el artículo 583 del C.P.M., se encuentra superado.

Tal y como se viene expresando, la argumentación es atinada de cara al análisis que se hace de la prueba obrante, esto es, se orienta a demostrar que el procesado obró de forma consciente y voluntaria, que su obrar no es meramente objetivo, sino que subjetiviza su acción, lo que permite concebir el dolo directo, consistente al desenfundar y disparar en dos oportunidades con la intención de lesionar a específica persona que no le está atacando. Pero erradamente se llega a la conclusión que el comportamiento es meramente objetivo, que sólo se verifica un desvalor de acción y que sólo se obró por imprudencia o negligencia. Tal conclusión, que desconoce el necesario y establecido desvalor de resultado, verificado en la afectación del bien jurídico y en la realización del tipo subjetivo, denota, apelando a la buena fe, imprecisión conceptual, que en verdad preocupa, pero que al corresponder a un equivocado criterio, la Sala entrará a corregir. (...).

Discrepa la Sala con el errado argumento en el que se pretende validar la acción contraria a derecho del policial, a partir de las presuntas condiciones personales de la víctima, al que define como delincuente. Refiere el procesado en su injurada que no conocía a su víctima, que jamás la había visto, sin embargo la defensa repara en que se desconocieron testimonios que apuntaban a establecer el tipo de vida que llevaba la víctima, estima no se está hablando de una persona ejemplar, sino de un delincuente; postura que no admite y replica la Sala, por impertinente y desafortunada. Debe tener de presente la defensa que Colombia es Estado Social

de Derecho, fundado en el principio de la dignidad humana y en el respeto a los derechos fundamentales, donde las autoridades están instituidas para respetar la vida, integridad, derechos y libertades de los asociados.

En un Estado Social de Derecho, se concibe el derecho penal de acto y la antijuridicidad material, por ello los asociados han de tener la plena garantía, que incluso frente a la hipótesis de vulneración de la Ley, serán tratados por las autoridades, con respeto a sus derechos y garantías y plena observancia de los principios de legalidad y debido proceso. (...)

En cuanto hace a lo manifestado por el Ministerio Público ante el A-Quo, en su recurso de alzada, son de total recibo para esta Sala sus argumentos, toda vez que el delito se consumó en la modalidad dolosa, no existen presupuestos que asistan lo resuelto por el Juez de Primera Instancia ya que no se observa que haya existido negligencia ni imprudencia, elementos determinantes de la culpa, en el actuar del encartado, mas lo que existió fue la intención de lesionar la humanidad del señor NO, ya que el policial conocía otros métodos para poder lograr la captura de la víctima y de igual manera tenía conocimiento que en última instancia debe darse uso al arma de dotación, configurándose así el dolo, forma de culpabilidad que se compone de dos elementos, el volitivo, el cual hace referencia a la voluntad del sujeto de cometer el ilícito y el elemento cognitivo, donde el sujeto activo conoce la descripción típica de la conducta.

Tal y como se señaló en precedente acápite, el principio de limitación y de prohibición de reforma peyorativa, no opera en este caso, en razón a que el procesado no es apelante único y de otra parte que el principio de congruencia no se rompe cuando la acusación, que en materia penal militar vincula al Juez, fue planteada y sustentada acertadamente por Lesiones Personales Dolosas, a más de haber sido objeto de discusión en la Corte Marcial. Frente a la prevalencia de la justicia material la Sala, como se ha expuesto, entrará a corregir la sentencia (...)" **(Rad. 153714, 29 de mayo de 2009, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**



## **MOTIVOS FUNDADOS PARA LA CAPTURA**

**El informe policial no tiene valor como indicio, ni prueba, solo es criterio orientador de investigación.**

"(...) sin que logre desvirtuarse el argumento defensivo de injurada de haber procedido en legalidad, esto es, con base a lo dispuesto en la Carta Política, Artículo 28 Inciso Segundo que establece el marco procedimental de la detención Administrativa o Preventiva, en virtud a que las capturas no fueron materializadas previa orden judicial, sino realizadas por motivos fundados conforme a las afirmaciones expuestas por el señor IFD en su denuncia inicial y como quiera que la misma en-



contraba aval en el hecho de haberseles encontrado un arma blanca y un revólver de juguete.

Al respecto, ha señalado la Honorable Corte constitucional en sentencia C-204 del 1994, que: “(...) **DETENCION PREVENTIVA**-Motivos fundados - - Los motivos fundados son hechos, (...)”.

De otro lado, tenemos que en la actuación ante la Fiscalía el 30 de junio del 2004 (fl. 208 al 210), a pesar de haberlos reconocido como sus agresores, en diligencia del 25 de febrero del mismo año (fl. 114), el denunciante cambia su versión, valoración para la cual se apoya el Colegiado en pronunciamiento de la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal, al fijar criterios respecto de la retractación, cuando señalara: “La retractación, ha sido dicho por la Corte, no destruye per se lo afirmado por el testigo arrepentido en sus declaraciones precedentes, (...) (Cfr. Casación de abril 21/55 y noviembre 9/93, entre otras)”.

Por lo que se reitera, al no haberse logrado que el particular D compareciera al proceso, no lograron establecerse los motivos por los cuales cambió su denuncia inicial, luego ha de aceptarse la duda por cuanto él mismo en ésta diligencia manifestó “(...)”.

En consecuencia, de no poderse demostrar plenamente que la captura haya sido irregular, tampoco puede establecerse que las circunstancias registradas en el informe- denuncia que puso a disposición a los delinquentes sea veraz o no y por lo tanto asiste el mismo reconocimiento del principio in dubio pro reo respecto de la imputación jurídica de FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO, pues justamente la duda radica en si las circunstancias descritas en el mismo son ciertas o no; máxime, que el SI. DB - Comandante del CAI TERMINAL, conoció el asunto dentro de la órbita policial en tal calidad, labor que precisamente lo llevo a judicializar el caso según lo dispuesto en el artículo 314 de la Ley 600 del 2000, que señala: “Estas exposiciones no tendrán valor de testimonio ni de indicios y sólo podrán servir como criterios orientadores de la investigación”.

Siendo ésta última circunstancia la que permite predicar que tampoco incurrió el procesado en el punible de FRAUDE PROCESAL, siendo su conducta ATÍPICA; pues como señalara la H. Corte Suprema de Justicia Sala Casación Penal, en sentencia del 16 de junio del 2006, Radicado 24746 MP. MARINA PULIDO DE BARON:

“De tiempo atrás viene sosteniendo la Sala que el delito de fraude procesal, definido como aquel comportamiento atribuible a quien “por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley” (artículo 182 del Decreto Ley 100 de 1980 e idénticamente en el 453 de la Ley 600 del 2000), es un delito de mera conducta, para cuya consumación “es suficiente con que el actor, así no obtenga el resultado perseguido, proceda con el propósito de alcanzar un indebido provecho mediante la inducción en error del funcionario”<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> Entre otros, auto del 24 de junio de 2003, rad. 20935.

Igualmente, al analizar los elementos del tipo, señaló la Corte: “Para el encajamiento de una conducta en este tipo penal es imprescindible la concurrencia de las siguientes condiciones: sujeto activo (...), la conducta se concreta en la inducción en error del servidor público a través de medios fraudulentos idóneos, es decir, que para su perfeccionamiento no se necesita que el funcionario haya sido engañado sino que los mecanismos utilizados tengan la fuerza suficiente para ello. Como ingrediente subjetivo específico del tipo, se destaca que la conducta debe estar orientada a conseguir una decisión injusta favorable a los intereses del autor por medio de sentencia, resolución o acto administrativo (...)”. (CSJ, Cas. Penal Sent. 02-SEP-2002, Rad. 17703, MP: EDGAR LOMBANA TRUJILLO).

(...) De otro lado, como quiera que en la sentencia el A Quo refiere que en caso de condena la pena a aplicar no sería la contenida en la Ley 890 de 2004 atendiendo la fecha de su entrada en vigencia (fl. 506); ha de precisarse que ella no es aplicable en la jurisdicción especial, como lo ha referido el Tribunal Superior Militar apoyándose en pronunciamiento de la Corte Constitucional relativo a la diferenciación existente entre el allanamiento a cargos y los preacuerdos y negociaciones en el sistema acusatorio; así: (...)” **(Rad. 155228, 10 de febrero de 2009, MP. CR. (R) ROSA ELENA TOVAR GARCIA, Primera Sala de Decisión).**



## NULIDAD POR INDEBIDA MOTIVACIÓN

“(...) Debe señalar la Sala en primer lugar, que si bien es cierto el memorial de la defensa, calendado 28 de abril de 2009 y obrante a folio 897 del tercer cuaderno original, no se constituye en el modelo más adecuado en técnica y argumentación que debe identificar un recurso, (dado que se desatiende que determinados institutos sólo son aplicables en específico momento procesal, como acontece con los efectos de la detención preventiva y la sentencia y de igual manera cuando se pretende invocar normatividad ajena a la especialidad, sin decantar el principio de integración); también lo es, que en su demostración la Defensa ha dejado planteados los supuestos fácticos y jurídicos que considera, sirven de base para reconocer a su prohijado el “aplazamiento o suspensión de la ejecución de la pena”. Pero a pesar de lo explícito de la solicitud, como acertadamente lo señala la Impugnante y el Ministerio Público ante esta Instancia, el Juzgador en su condición de ejecutor de pena, omitió pronunciarse.

Observa la Sala que en el proveído calendado mayo 4 próximo pasado el Juez Penal Militar del Departamento de Policía Nariño se refirió lánguidamente en la motivación sobre el estado de salud del condenado, pero de manera alguna se ocupó de lo solicitado, aunándose que con lo precario de la motivación, se abonó el camino para pregonar la vulneración de los postulados dispuestos en el artículo 29 de la Carta Política, en particular la desatención a las formas propias de cada juicio, la obligación del funcionario judicial de motivar sus decisiones y de resolver las peticiones de las partes.



La solución del tema objeto de estudio comportaba armonizar los artículos 535-3 y 587 del C.P.M., lo que demanda y requiere al Ejecutor de la pena disponer la realización de dictamen médico por parte de galenos oficiales, que determinen si en efecto el condenado sufre enfermedad grave o no, pero tal actividad tampoco obra en el proceso. Simplemente estimó en su subjetividad el A-quo, que la referida dolencia no existía y podía ser tratado en el establecimiento carcelario.

Pero como si lo anterior fuera poco, omitió el Juez Penal Militar 155, pronunciarse en la parte resolutive del proveído objeto de impugnación, sobre lo solicitado.

Sin duda la situación planteada permite afirmar que la referida falta de argumentación y la consecuente no respuesta al tema solicitado por el recurrente, quebrantan el núcleo esencial del debido proceso, contexto que demanda ser corregido por vía de la causal segunda de nulidad dispuesta en el artículo 388 del C.P.M., esto es, la reiterada vulneración al debido proceso (...). **(Rad. 152326, 29 de julio de 2009, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**



## **NULIDAD POR VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA**

**Su declaratoria no viola el principio de la non reformatio in pejus.**

Para el caso en concreto y tal como se consignó en la providencia fechada el 20 de noviembre de 2007, proferida por ésta Sala de Decisión, cuando se conocía del recurso de apelación que interpuso la hoy recurrente, no se procedió a mayores análisis de orden probatorio y legal, por haberse detectado, luego de un análisis minucioso de las actuaciones procesales surtidas precedentemente a la sentencia de primer grado, que existía una violación al Debido Proceso si se tenía en cuenta, de un lado, que ciertamente si el aquí procesado había sido llamado a juicio, en virtud de la pieza acusatoria, en calidad de inimputable, mal podía la Juez de conocimiento, violando el principio de congruencia, condenarlo en calidad de imputable; del otro lado, tampoco se podía, contradiciendo la ritualidad propia del juicio, residenciarlo en una solemnidad especial, prevista en la Ley 1058 del 26 de julio de 2006, dado que su condición de inimputable demandaba que se ventilara el juicio por el procedimiento ordinario previsto en el Título Décimo, Capítulo I, Corte Marcial, artículo 559 del Estatuto Adjetivo Militar, que prevé “ Delitos que se Juzgan. Por este procedimiento se juzgarán los delitos cometidos por inimputables y aquéllos para los cuales no esté previsto procedimiento especial”.

Estos hallazgos se traducen, el primero en una violación al Derecho de Defensa, por el desconocimiento del principio de lealtad consagrado en el artículo 210 de nuestro Estatuto Procesal Penal Militar y que a la letra señala “Lealtad. Las personas que intervienen en el proceso penal militar están en el deber de obrar con absoluta lealtad con los restantes sujetos procesales e intervinientes en el proceso”, dado que éste postulado que compromete no solo a las partes, sino también a los jueces

y fiscales penales militares es un principio rector del procedimiento penal militar y su desconocimiento constituye causal de nulidad, tal como en éste sentido lo dejó dicho la Honorable Corte Suprema de Justicia en providencia del 29 de septiembre de 1983, MP. SERVIO TULLIO RUIZ, cuando expuso “hay nulidad cuando se vulneran los principios rectores del proceso, pues esa es la esencia y el contenido de las causales taxativamente contempladas en la Ley”.

Este entendimiento fue el que acogió la Sala, pues no podía, como ya se dijo, entrar la Juez de Instancia a modificar la pieza acusatoria que había proferido el fiscal penal militar y que es la que define el objeto formal y material del proceso y delimita el ámbito del contradictorio y de la sentencia, sorprendiéndolo con una condena en condiciones diferentes a la que éste tuvo oportunidad de defenderse, negándole de ésta manera tal derecho.

El segundo de los hallazgos que se traduce en una violación a las formas propias del juicio y que se enmarca en la causal 2 del artículo 388 del Código Penal militar, taxativamente señalado como “La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso”, tiene lugar cuando habiéndose debido, por la condición de inimputable que presentaba el aquí acriminado, tramitar el procedimiento para el juzgamiento por la ritualidad de una solemnidad marcial o procedimiento ordinario, conforme lo normado en el artículo 559, no se hizo y en cambio si se ventiló, contrariando la anterior disposición, por el procedimiento especial reglado en la Ley 1058 del 26 de julio de 2006, actuación que violenta tal postulado, al dársele al enjuiciado un tratamiento de imputable, cuando su condición, hasta ese momento, probatoriamente hablando, nos mostraba que era inimputable.

Sobre éste punto, sorpresivamente considera la defensora, no existe importancia y por ello indica que es necesario que se analice el principio de trascendencia que regenta las nulidades, en relación con el cual hay que afirmar que las “formas propias del juicio” no debe limitarse solo al alcance del derecho de defensa de que goza el procesado, ya que ésta, aún cuando importante, es solo una de las facetas que integran ese todo.

En éste tópico es importante recordar que la verdad material, que como decíamos es principio fundamental consagrado en el artículo 2 de nuestra Carta Política, cuando se establece que es fin esencial del Estado “(...) asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”, debe prevalecer sobre otras reglas y derechos también consagrados en el Estatuto Superior, así entendido entonces, estimar que no tiene trascendencia ni menoscabo alguno, darle un tratamiento diferente al reglado en la norma, sencillamente porque ello se ajusta a sus pretensiones, sería también tanto como desconocer las bases del Estado de Derecho, en donde los jueces están llamados al reconocimiento, cumplimiento, y aplicación de Leyes colombianas a favor de todos los interesados en cualquier situación, lo que conlleva precisamente al logro del fin trazado por el Constituyente del 91, de un Orden Justo.

Piénsese en los fines y en las consecuencias que se derivan de la aplicación ya de una pena, ya de una medida de seguridad, pues aquélla tiene una función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora, como se puede ver, en razón a



la misma persona del procesado y de la sociedad en la que se halla inmerso, lo que conlleva precisamente al logro de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo; por su parte, ésta persigue fines de curación, tutela y rehabilitación, también en razón al individuo y la sociedad misma, lo que conlleva a la materialización del tan nombrado fin Constitucional, de la verdad material.

Sobra recordar que además de lo anterior, el artículo 389 del Código Adjetivo Militar posibilitaba a éste superior para decretar en ese momento procesal la nulidad a la que se hizo mención, pues tal artículo prevé que “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”

Debe afirmar la sala que resulta insólito que a éstas alturas de la actuación procesal se pretenda reabrir una discusión de antaño saldada, por providencia ejecutoriada como fue la dictada por ésta sala el 20 de noviembre de 2007 y, conocida por quien ahora invoca la nulidad, quien además, actuó en todas las etapas que se derivaron de esa actuación.

Es que es claro que la declaratoria de nulidad y vale la pena recordárselo a la distinguida impugnante, se rige por principios como el de taxatividad, protección, convalidación, trascendencia y residualidad que ni de lejos son demostrados en el escrito impugnatorio.

Es más, el trabajo de la ilustre defensora en toda la actuación habida entre la decisión del 20 de noviembre de 2007 y la que ahora se impugna demuestra que aunque en gracia de discusión se hubiera cometido una irregularidad, cosa que aquí no aconteció, es claro que hubo consentimiento expreso de la litigante que ahora se considera perjudicada con la decisión del Tribunal, por manera que es evidente que nos encontramos frente al principio de convalidación que por sí mismo impide la declaratoria de la nulidad como un remedio procesal extremo.

En síntesis y como anteriormente se dijo, no está llamado a prosperar el primer pedimento de la defensa porque como se argumentó, no se violó ninguna de las garantías procesales del aquí justiciado en la citada decisión del 20 de noviembre de 2007, la cual solo buscaba que se le diera el cauce debido al proceso, y se superaran los vicios de estructura en los que había incurrido la primera instancia y de ésta manera se arribara a una decisión revestida de todas las garantías que permitiera una decisión así, ajustada a derecho, procedimiento que al haber sido corregido por los funcionarios de primer nivel, hace suponer su validez y eficacia.

Ahora bien, decretada la nulidad de la sentencia de primera instancia por los vicios encontrados, no es posible alegar violación al principio de la non reformatio in pejus, porque precisamente partiendo de que la decisión inicial fue declarada inválida, no puede alegarse que se ha agravado la situación del procesado con la nueva decisión que por esta providencia se confirmará. La nulidad decretada en

contra de la primera sentencia, conlleva el claro efecto de su inexistencia en el mundo jurídico, por lo que una nueva decisión adversa no puede ser catalogada como gravosa. (Rad. 154463, 13 de abril de 2009, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).



## PARTE CIVIL – LEGITIMACIÓN

El concepto de víctima, hoy es uno solo, es un contenido extensivo.

“(…) Como el tema a resolver por esta Sala de Decisión se centra en sí el señor RGR está legitimado o no para participar en la presente actuación penal en calidad de víctima o perjudicado y en representación de su menor hija y demás familiares a la luz de lo establecido en el artículo 305 y siguientes del Código Penal Militar Ley 522 de 1999 en armonía con el artículo 45 y subsiguientes del Código de Procedimiento Penal Ley 600 de 2000, conforme al trato diferencial en la categoría de personas existentes entre las dos legislaciones como lo precisó la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-1149 de 2001 y lo previsto en el artículo 18 del Estatuto Castrense; debemos indicar que las víctimas y perjudicados en cada caso particular sea en un ilícito penal común o penal militar al resultar ofendidas, afectadas o perjudicadas se les da el mismo tratamiento y tienen los mismos derechos, facultades y oportunidades.

Ante tales derechos y facultades, la misma Corte Constitucional explicó la diferencia entre víctima y perjudicado para su participación en el proceso, la cual ha venido reiterando en sus diversos pronunciamientos cuando al tratar el tema de la parte civil ha precisado que: “la víctima es la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica mientras que la categoría de “perjudicado” tiene un alcance mayor en la medida en que comprende a todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial, como consecuencia directa de la comisión del delito”<sup>45</sup>, significando esto, que el perjudicado para constituirse en parte civil debe sufrir precisamente un perjuicio directo del hecho punible, no obstante, ello no quiere decir que quien alegue interés en que se establezca la verdad y se haga justicia no pueda constituirse en parte civil. (...).

De esta manera vemos que el perjudicado con la comisión de una conducta punible puede ser toda persona natural o jurídica que haya sufrido un daño real, concreto y específico, llámese heredero o sucesores, Ministerio Público o actor popular y que conforme a esta connotación e interés en la participación del proceso ya sea de carácter indemnizatorio o en aras al establecimiento de la verdad y la justicia, debe demostrar la ocurrencia de una afectación a un interés jurídico personal o colectivo susceptible de protección constitucional y legal como lo ha señalado el mencionado Tribunal Superior Constitucional en su sentencia de tutela T-589 de 2005, precisando que “Las víctimas o perjudicado con la comisión de una conducta punible, para constituirse legalmente en parte civil, deben acreditar la existencia de un daño concreto real y específico que legitime su participación en el proceso



penal, o en otras palabras, demostrar la ocurrencia de una afectación a un interés jurídico personal o colectivo susceptible de protección constitucional". (...).

Permite lo anterior señalar que la víctima de un delito o los perjudicados por éste, tienen derecho a participar en el proceso ya sea para obtener resarcimiento económico o para hacer efectivos sus derechos a la verdad y justicia, y que en éste último evento pueden intervenir sin que se les pueda exigir demostrar un daño patrimonial o pretensión de tal naturaleza, presentándose así en esta causa el primer evento señalado, donde el solicitante a constituirse en parte civil lo que intenta es un resarcimiento pecuniario bajo unos perjuicios materiales y morales tasados por él, que según su criterio fueron vulnerados con la actuación del hoy procesado CSG ante unos actos preparatorios tildados por éste mismo como asedios para cometer el delito fraguado en su contra de tentativa de homicidio. (...).

Es así como luego de estudiadas las pretensiones del recurrente de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 583 del Código Penal Militar y analizadas pormenorizadamente las presentes diligencias y requisitos exigidos por la normatividad castrense en armonía con las disposiciones del Código de Procedimiento Penal común para la constitución de parte civil, que la Sala encuentra acertada la decisión del A-Quo de rechazar la demanda presentada de constitución de parte civil por ilegitimidad en la causa, al ser la acción civil una institución jurídica prevista precisamente para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la conducta punible investigada a favor de la víctima o perjudicado que acredite haber sufrido un daño, que como lo reseñamos anteriormente debe ser real, es decir con existencia verdadera y efectiva; concreto, debe ser preciso, exacto, determinado; específico, que se caracteriza y distingue de otros, además que dicho daño provenga como causa del hecho punible, exigiéndose un nexo causal con la acción típica que se endilga al procesado, por tanto, cuando la demanda la promueve quien no acredita haber sufrido un daño con el ilícito investigado, da lugar a su rechazo.

Como bien lo ha indicado la misma Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, "(...) el perjuicio tiene que derivarse causalmente del ilícito en virtud del cual se adelanta la investigación penal, de ahí que sólo pueda constituirse en parte civil quien pretenda obtener verdad, justicia y/o reparación, en relación con la específica conducta imputada" (Auto 26848 del 13 de mayo de 2008). **(Rad. 154066, 13 de abril de 2009, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**



## **PECULADO CULPOSO - FALTA INVESTIGACION INTEGRAL**

**Dudas en la comisión de la conducta punible surgen cuando no se establece relación de causalidad entre el comportamiento del procesado y el resultado de la conducta.**

“(…) Inicialmente la Sala debe hacer un llamado de atención a los funcionarios judiciales castrenses que tuvieron a cargo la presente causa en la etapa investigativa y calificatoria por la demora injustificada que se presentó en las mismas, al no cumplirse con los términos legales estipulados para cada una de estas (Art. 465 y 553 C.P.M.), además de no haberse realizado una debida investigación integral a las voces de lo establecido en el artículo 469 del Código Penal Militar, pese a que los hechos aquí investigados eran de fácil averiguación ya que la prueba documental y testimonial estaba a disposición inmediata del funcionario investigador.

Es así como examinado el exiguo material probatorio obrante en el plenario que la Sala encuentra, que razón le asiste al A-Quo para absolver de toda responsabilidad al Agente LEFB por el delito de Peculado Culposo no por la causal invocada sino ante el surgimiento de serias dudas que conllevan a confirmar tal determinación, al no existir certeza de que efectivamente el procesado dio lugar al extravío del revólver Smith & Wesson Calibre 38 largo Número C398697/744698 de propiedad de la Policía Nacional, conllevando esto a la aplicación del principio universal del In Dubio Pro Reo conforme lo dispuesto en el artículo 209 del Código Penal Militar. (...).

Las dudas de la comisión de la conducta punible surgen en cuanto no se estableció la relación de causalidad o nexo de determinación entre el comportamiento del procesado y el resultado de que la pérdida del arma bajo custodia hubiese sido como consecuencia directa del procesado por negligencia, imprudencia o falta de atención para con la misma, elementos requeridos en la configuración típica para la comisión del delito de peculado culposo, pues la norma no sólo exige que el funcionario tenga la calidad de servidor público sino que adicionalmente que su actuar haya sido producto de negligencia, incuria, falta de atención o inobservancia de los reglamentos, dando lugar a que los bienes puestos a su cuidado se extravíen, pierdan o deterioren de manera total o parcial, circunstancias que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 42 del Código penal Militar, en cuanto se refiere a que la culpa se produce “cuando el agente ejecuta el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto confió en poder evitarlo”, exigen al operador judicial castrense establecer de manera específica y clara los pormenores dentro de las cuales se desarrollaron los acontecimientos y mediante un proceso valorativo ex ante y ex post, determinar si ese comportamiento puede ser imputado o no al procesado por falta al deber objetivo de cuidado. (...).

Nótese entonces, que la presente actuación carece de los anteriores elementos, pues como dijimos, la investigación fue exigua, toda vez que no aparece medio alguno que demuestre la falta de deber objetivo de cuidado por parte de FLÓREZ BUITRAGO para con el arma asignada, al no haberse corroborado ni confirmado los dichos de los deponentes de cargo y descargo que indujeran a demostrar claramente



te que se lesionó o no el bien jurídicamente tutelado a título de culpa, pues pese a que el procesado fue interrogado en la audiencia de corte marcial, no se le inquirió sobre el manifiesto realizado por su superior y compañero de patrullaje para la fecha de los hechos SI. RS. en cuanto que el extravío del arma obedeció a que la reata era vieja, además que no se estableció si antes de salir al servicio se le revisó si portaba o no el elemento bélico; qué tipo y referencia de reata utilizaba para el momento del insuceso y con ello establecer si en realidad la misma presentaba problemas o irregularidades en el seguro y si en verdad fue discontinuada por tal motivo, circunstancias que ilustran claramente las dudas a que hemos hecho referencia al no tenerse certeza si en realidad se tipificó la conducta punible y se vulneró el bien jurídico tutelado o la culpabilidad por falta al deber cuidado con el elemento por parte del procesado; por lo tanto, ante el surgimiento de dudas imposibles de dilucidar, no queda alternativa diferente que acoger la sentencia absolutoria, tal como se señaló en acápite anterior. (...).

Debemos agregar, que si bien dentro del expediente surge que el arma fue recuperada y presentaba novedades como el cañón picado, abollada la parte trasera, ajuste del tambor dañado, cachas desgastadas, número regrabado según acta 001/97, desgaste generalizado y obsoleto por uso (Fl.30,37-39) y que el procesado hizo entrega de la misma, no fue verificado por parte de los operadores judiciales que tuvieron a cargo la investigación los pormenores de la recuperación de la misma, con el fin de establecer la veracidad o no de la versión rendida por el enjuiciado, surgiendo igualmente duda ante la posibilidad de que su entrega se haya realizado para resolver el conflicto investigativo que se le presentaba al procesado. **(Rad. 155186, 23 de febrero de 2009, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**



### **PECULADO POR APROPIACIÓN**

**Concurso aparente con el delito de cohecho propio por la apropiación de un arma de fuego incautada en procedimiento de policía. Competencia de la Justicia Penal Militar.**

“En este caso, bien tiene la razón el defensor del PT. B.M.J., cuando plantea que hasta el momento no se vislumbra por ningún medio, que la conducta de su representado haya sido la de recibir dinero u otra utilidad o haya aceptado promesa remuneratoria.

Aunque ciertamente pareciera que hubiera habido una negociación entre el particular J.H.V.M. y el PT. B.M.J., la tipificación de esa conducta bajo la denominación de un cohecho propio, deja por fuera otras circunstancias que abarcan o se encuentran cobijadas por la misma conducta desarrollada por el policial implicado.

En efecto, el juzgado instructor no tuvo en cuenta que el arma de fuego ingresó a la órbita de responsabilidad del Estado, porque su poseedor no portaba el

correspondiente permiso para su porte o tenencia, lo que originó el procedimiento policial de incautación. Es decir, la entrega del arma no fue un acto voluntario del poseedor del arma, sino sencillamente el resultado del ejercicio de poder conferido a la patrulla policial. Bajo tal facultad, se amenazó al particular con ponerlo a disposición de la autoridad judicial, a menos de que guardara silencio sobre el procedimiento irregular y no procediera a reclamar el arma ante el Comando de la Estación de Policía. Pero independientemente de que la entrega del arma hubiera sido el resultado de un acto voluntario o forzado, lo realmente relevante para la tipificación de la conducta es que una vez el arma ingresó a poder del Estado, el PT. B.M.J. la sustrajo de esa orbita de responsabilidad para colocarla bajo su dominio personal.

Entonces el tipo que cobija con mayor amplitud la conducta del PT. B.M. es la del peculado por apropiación, porque abarca no solo la manera como el arma llegó a poder del procesado, sino también su apropiación.

Y si bien es cierto el Estado detenta el monopolio sobre el uso de la armas de fuego, para estos efectos debe considerarse que el arma estaba en posesión del particular J.H.V.M., quien al no contar con los permisos respectivos, dio lugar al procedimiento de incautación con el cual el arma retornó al dominio del Estado. Así, la labor del policial a partir de este preciso momento, fue la de ejercer la custodia de dicho bien, mientras era puesto bajo el recaudo de la autoridad competente.

Al respecto es preciso señalar que el artículo 83 del Decreto 2535 de 1993, “Por el cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos”, determina que son autoridades competentes para incautar armas, municiones, explosivos y sus accesorios, entre otros, “Todos los miembros en servicio activo de la Fuerza Pública cuando se hallen en cumplimiento de funciones propias del servicio”<sup>46</sup>

Y el artículo 84 señala el procedimiento a seguir para la incautación de armas de fuego, así:

“ARTICULO 84.- Incautación de armas, municiones y explosivos.- La incautación procede en todos los casos en que se posea o porte un arma, munición o explosivo y sus accesorios sin el cumplimiento de los requisitos exigidos en este decreto. La autoridad que incaute está en obligación de entregar a su poseedor un recibo en que conste: Lugar y fecha, características y cantidad de elementos incautados (clase, marca, calibre, número y estado) nombres y apellidos, número del documento de identidad y dirección de la persona a quien se le incautó, cantidad de cartuchos, vainillas u otros elementos incautados, número y fecha de vencimiento del permiso, unidad que hizo la incautación, motivo de ésta, firma y postfirma de la autoridad que lo realizó.

La autoridad que efectúa la incautación, deberá remitir el arma, munición o explosivo y sus accesorios y el permiso o licencia al funcionario competente, con el informe correspondiente en forma inmediata.

46 Así lo expresa el literal a) del citado artículo 83



”PARÁGRAFO 1.- El incumplimiento de lo aquí dispuesto, por parte de las autoridades se considerará como causal de mala conducta para efectos disciplinarios.

”PARÁGRAFO 2.- Los explosivos y accesorios de voladura deberán remitirse a un polvorín autorizado donde serán almacenados o destruidos según el estado en que se encuentren”.

Y precisamente la inobservancia de esta reglamentación, por parte del policial implicado, es indicio de la apropiación del bien incautado, porque no expidió el correspondiente recibo, ni remitió el arma en forma inmediata a disposición del Comandante del Departamento quien era el competente para tomar una decisión de fondo sobre dicho bien. Por el contrario, el arma fue llevada a una vivienda particular donde fue guardada por el PT. B.M.. Refuerzan estos indicios, la negativa del procesado a reconocer inicialmente que sí había realizado el procedimiento de incautación, según lo hizo saber en su testimonio el MY. E.M.C.

Es por todo lo anterior, que a este momento procesal se considera estructurada la comisión del punible de peculado por apropiación, puesto que se esta en presencia de un servidor público que habiendo realizado un procedimiento de incautación de un arma de fuego, no dio cumplimiento a sus funciones como miembro activo de la Fuerza Pública, resolviendo por el contrario apropiarse de un arma de fuego que había entrado bajo el dominio y disposición del Estado. (...).

Para la Sala no resultan de recibo los argumentos del Ministerio Público, cuando con sustento en criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, solicita el envío de la actuación a la justicia ordinaria.

Lo anterior por cuanto cada caso debe ser analizado de manera concreta, no existiendo posiciones que limiten el campo de acción de la justicia penal militar de manera general, salvo las fijadas en la Constitución Política y en los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Para el caso concreto no serían aplicables los pronunciamientos de la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia del 25 de mayo de 2006 y 02 de septiembre de 2008, citados por el Ministerio Público, porque los supuestos de hecho son diferentes.

Así, se observa que la conducta realizada por los procesados guarda una relación estrecha y directa con el servicio, pues precisamente, fue a partir de un acto propio del servicio como es el procedimiento de incautación de un arma de fuego, lo que originó la extralimitación que conllevó a la apropiación del arma de fuego. Recuérdese que este procedimiento puede ser adelantado por “Todos los miembros en servicio activo de la Fuerza Pública cuando se hallen en cumplimiento de funciones propias del servicio”, lo que de contera marca una estrecha relación con la conducta, relación que cobija no solo el acto inicial, sino el deber de custodia sobre el bien apropiado.

Relación que puede observarse en los siguientes extractos de la Corte Suprema relacionados con el delito de peculado por apropiación:

“El punible se ejecuta no sólo por la concurrencia exclusiva de la disponibilidad jurídica y en ese sentido ha diferenciado entre ésta definiéndola como la facultad legal que tiene el servidor público de disponer de los bienes del Estado o de los particulares que tenga, administre o custodie y la material cuando el funcionario tiene o interviene en la custodia del bien y a ella ha llegado por **razón de sus funciones** ubicándose en situación de ejercer un poder de disposición sobre el mismo por fuera de la vigilancia del titular de un poder jurídico superior, de modo que si lo emplea para apropiarse del bien incurre en el delito de peculado, sin que sea necesario que además posea la disponibilidad jurídica”.<sup>47</sup>

“En el peculado por apropiación es presupuesto típico que el agente administre o simplemente custodie el bien que se le ha confiado por **razón de sus funciones**. Esa relación entre el sujeto agente y el objeto material del hecho es la que diferencia al hurto militar del peculado por apropiación”.<sup>48</sup>

De esta forma se dan por cumplidos los requisitos exigidos para que la Justicia Penal Militar pueda conocer de esta conducta, concurriendo además lo exigido por la Corte Constitucional en la sentencia C-358 de 1997, cuando señaló:

“Para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales.” **(Rad. 155609, 12 de febrero de 2009, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**



47 Providencia del 13 de julio de 2006, M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero, Expediente 25266. Negrillas y subrayado de esta Sala.  
 48 Providencia del 21 de octubre de 1992, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia, Expediente 5979. Negrillas y subrayado de esta Sala.



## PECULADO POR APROPIACIÓN

**Para que se pueda hablar del delito de peculado por demora en la entrega de armas, municiones y explosivos y no de peculado por apropiación, debe haber precedido un decomiso de las mismas o que se hubieren recibido decomisadas o incautadas.**

“(…) la norma es clara en señalar que la conducta a reprimir es cuando se ha realizado “un decomiso” de armas, municiones o explosivos o se “recibieren” decomisadas o incautadas; refiriéndose la palabra decomiso en este contexto al procedimiento policial o judicial realizado mediante acta de incautación y que dichos elementos se hallen en poder de algún funcionario que llevó a cabo el mismo o recibió dichos elementos y que por inobservancia de las normas, en forma injustificada, no las entrega a la autoridad correspondiente dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha del decomiso o recibo, (…).

Ahora el procedimiento a seguir en la realización de registros y allanamientos por parte de la Policía Nacional cuando, se encuentren armas como es el caso presente, previa a su incautación la que debe ser objeto de la cadena de custodia<sup>49</sup>, implicaba que se hubieran efectuado las indagaciones correspondientes en el lugar de los hechos, sobre su propietario o tenedor, como la legalidad en la tenencia en los términos del decreto 2535 de 1993, y solo si se daban las circunstancias para su incautación de conformidad con el artículo 85 del mencionado decreto<sup>50</sup>, proceder a ello dejando constancia en un acta de incautación de elementos, para ser puestos a disposición de la autoridad competente, sin que fuera pasado por alto el jefe de la patrulla que está conociendo el caso quien sería el responsable de pasar el informe respectivo.

El artículo 84 del decreto 2535 de 1993, establece así el procedimiento: “ARTÍCULO 84. INCAUTACION DE ARMAS, MUNICIONES Y EXPLOSIVOS. La incautación procede en todos los casos en que se posea o porte un arma, munición o explosivo y sus accesorios sin el cumplimiento de los requisitos exigidos en este Decreto. La autoridad que incaute está en obligación de entregar a su poseedor un recibo en que conste: Lugar y fecha, características y cantidad de elementos incautados (clase, marca, calibre, número y estado) nombres y apellidos número del documento de identidad y dirección de la persona a quien se le incautó, cantidad de cartuchos, vainillas u otros elementos incautados, número y fecha del vencimiento del

49 Tanto en la ley 600 de 2000 (art.288) como en la ley 906 de 2004 (ar.254), coinciden en afirmar que su finalidad es la de garantizar la autenticidad de los elementos físicos materia de prueba, elementos materiales probatorios y evidencia física, siendo responsable todos los servidores públicos entre otros.

50 Decreto 2535 de 1993. Art.85.- Son causales de incautación las siguientes: a) Consumir licor o usar sustancias psicotrópicas portando armas, municiones y explosivos en lugares públicos; b) Portar o transportar arma, munición, explosivo o sus accesorios en notorio estado de embriaguez o bajo el efecto de sustancias psicotrópicas; c) Portar, transportar o poseer arma, munición, explosivo o accesorio, sin el permiso o licencia correspondiente; d) Portar el armamento, municiones y explosivos o accesorios en reuniones políticas, elecciones, sesiones de corporaciones públicas, asambleas y manifestaciones populares; e) Ceder el arma o munición, sin la correspondiente autorización; f) Portar o poseer el arma, munición, explosivo o accesorios, cuando haya perdido vigencia el permiso o licencia respectiva; g) Portar o poseer un arma que presente alteraciones en sus características numéricas sin que el permiso así lo consigne; h) Permitir que las armas, municiones, explosivos y accesorios, sean poseídas o portadas en sitios diferentes a los autorizados; i) Poseer o portar un arma cuyo permiso o licencia presente alteraciones; j) Poseer o portar un arma cuyo permiso o licencia presente tal deterioro que impida la plena constatación de todos sus datos; k) Portar, transportar o poseer arma, munición, explosivo o accesorio, sin permiso o licencia correspondiente a pesar de haberle sido expedido; l) Portar el arma, munición, explosivo o sus accesorios, en espectáculos públicos; m) La decisión de la autoridad competente cuando considere que se puede hacer uso indebido de las armas, municiones, explosivos y sus accesorios, por parte de personas o colectividades que posean tales elementos aunque estén debidamente autorizadas.

permiso, unidad que hizo la incautación, motivo de ésta, firma y postfirma de la autoridad que lo realizó. La autoridad que efectúa la incautación deberá remitir el arma, munición o explosivo y sus accesorios y el permiso o licencia al funcionario competente, con el informe correspondiente en forma inmediata.

PARAGRAFO 1o. El incumplimiento de lo aquí dispuesto, por parte de las autoridades se considerará como causal de mala conducta para efectos disciplinarios.

PARAGRAFO 2o. Los explosivos y accesorios de voladura deberán remitirse a un polvorín autorizado donde serán almacenados o destruidos según el estado en que se encuentren”.

Es indudable que al ser los términos “incautar” y “decomisar” sinónimos<sup>51</sup>, este primer procedimiento de incautación es al que se refiere el artículo 181 del Código Penal Militar, por cuanto el decomiso de que habla el artículo 88 del decreto 2535 de 1993<sup>52</sup> es posterior a la incautación y constituye una sanción al igual que la multa, que significa que la retención definitiva de los instrumentos y efectos del delito que realiza el estado como consecuencia de una pena impuesta al culpable, donde el elemento (arma) ya ha sido entregado y en ocasiones puede hacer parte de un proceso penal y ya no se podría hablar de demora en la entrega, en la que si se incurre cuando efectuado el procedimiento de incautación o recibido el elemento ya incautado (como en el caso del Ejército Nacional que el elemento es recibido previamente por la sección segunda encargada del trámite a las autoridades competentes), no se entregue a la autoridad correspondiente sin tener una justa causa.

En este orden de ideas y por ser la incautación un procedimiento que no pueda ser ajeno a la función policial y al conocimiento del procesado por su calidad de patrullero al servicio de la policía nacional, donde a diario se ven avocados a esta clase de actuaciones, es que no podemos aceptar la idea de que sólo se trató de una demora en la entrega del arma, por cuanto el procesado ni siquiera permitió su incautación o decomiso en el lugar de los hechos, como lo ordena la ley, de allí que se haya inferido válidamente el dolo, en su proceder como antes se anotó.

También es de recordar que dentro el nuevo sistema de administración de justicia en Colombia y puesto en marcha el sistema penal acusatorio, la Policía Nacional en su rama de vigilancia desempeña un importante papel como apoyo de las autoridades judiciales en sus labores de investigación, donde la misma Ley 906 de 2004 en su artículo 208 la faculta expresamente para que en su actividad rutinaria de vigilancia y en desarrollo de registros a vehículos o personas descubrieren elementos materiales probatorios o evidencias físicas y que estas prueben la comisión de un delito, las identifiquen, recojan y embalen técnicamente y las hagan llegar en el

51 Diccionario práctico – sinónimos – antónimos, LAROUSSE Fernando Corripio.

52 El procedimiento del decomiso lo encontramos en el artículo 90 del mismo decreto: “ARTÍCULO 90. ACTO ADMINISTRATIVO. ARTÍCULO 90. La autoridad militar o policial competente mediante acto administrativo, dispondrá la devolución. la imposición de multa o decomiso del arma, munición, explosivo, o accesorio, dentro de los quince días siguientes a la fecha de recibo del informe del funcionario que efectuó su incautación, o dio aviso de la irregularidad. Este término se ampliará otros quince (15) días cuando haya lugar a prácticas de pruebas. PARAGRAFO 1o. Lo dispuesto en este artículo no se aplica para la imposición de multa prevista en el literal a) del artículo 87 en concordancia con el parágrafo 2o. del mismo. PARAGRAFO 2o. Cuando se trate de armas de guerra de uso privativo, sus municiones y accesorios decomisados, su devolución solamente podrá ser autorizado por el Comando General de las Fuerzas Militares.



menor tiempo posible a la autoridad competente de Policía Judicial para que ellos se hagan cargos de éstos elementos.”. (...).

“Aspectos todos que no podía obviar o afirmar que desconocía el procesado, por ser del resorte de la institución a la cual prestaba sus servicios y que tienen que ver con la legalidad y autenticidad del material probatorio o evidencia<sup>53</sup>.”  
**(Rad.153900, 30 de enero de 2009, MP. MY (R) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de decisión).**



## **PECULADO POR USO - CONFIGURACIÓN**

**Abuso de poder por parte del servidor público en la función encomendada.**

“(…) Como se aprecia, el tipo penal de peculado por uso es un claro abuso de poder en su función encomendada o asignada por parte del servidor público que indebidamente usa o con su consentimiento permite que terceros hagan uso de los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes particulares cuya administración, tenencia o custodia se la haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, señalándonos el precedente jurisprudencial que para la configuración del ilícito basta únicamente el menoscabo en el normal funcionamiento de la administración pública, es decir, que el funcionario público de manera inescrupulosa en virtud de su función se sale del marco legal al arbitrario usando o permitiendo que otro use los bienes sin autorización para ello, irrespetando de esta manera la imagen, transparencia e imagen de la administración pública. (...).

Frente al planteamiento defensivo consistente en que no se produjo un daño a la administración pública con el suministro de los bienes al Fiscal Décimo Local de Unguía, debemos recordar que el A-Quo claramente en la decisión impugnada se refirió a la desatención e inobservancia por parte del procesado en el sometimiento al mandato constitucional y legal de algunas otras disposiciones que hacen referencia al monopolio de las armas y quienes están autorizados para su porte y utilización, yendo en contravía PZ. de los principios éticos y morales que rigen el ejercicio de la función pública, resultando inaceptable y censurable este tipo de comportamientos de quien ejerce la representación del Estado, pues mal se haría en aceptar este tipo de conductas y tornarlo costumbre, cuando está claro que cada entidad del Estado que posee, custodia o administra esta clase de elementos como son armas de fuego y equipos de comunicación, especialmente la fuerza pública,

53 “Ley 906 de 2004 – Artículo 276. Legalidad. La legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes. Ley 906 de 2004 – Artículo 277. Autenticidad. Los elementos materiales probatorios y la evidencia física son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de cadena de custodia. La demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente. Responsabilidad del policía custodio, Artículo 261. Responsabilidad de cada custodio. Cada servidor público de los mencionados en los artículos anteriores, será responsable de la custodia del contenedor y del elemento material durante el tiempo que esté en su poder, de modo que no pueda ser destruido, suplantado, alterado o deteriorado.”

únicamente están investidos para que tales elementos sean portados y utilizados por quienes hacen parte de la entidad y están capacitados y preparados para ello, pues si esto fuera diferente sería un caos y los entes de control fiscal estatal no podría llevar una vigilancia específica sobre dichos elementos. (...).

El daño a la administración pública consiste en el abuso y exceso por parte del funcionario público al permitir que terceros sin autorización legal utilicen dichos bienes, no siendo necesario su menoscabo material o funcional para la configuración del ilícito, sino es suficiente el choque con el normal funcionamiento de la administración pública, tal como así ocurrió, ya que el procesado no desconocía que su comportamiento era subsumible en el tipo penal endilgado, pues nótese la experiencia que poseía como suboficial de la policía nacional y más como comandante en otras unidades policiales del país, conociendo la prohibición de permitirle a particulares o a unos funcionarios del Estado ajenos a la Fuerza Pública, el uso de las armas de fuego y equipos de comunicaciones, no quedando duda que la conducta de PZ, además de típica y antijurídica es culpable, pues con ella lesionó sin motivo de justificación atendible el bien jurídico de la administración pública, y porque hallándose en condiciones de actuar en forma distinta, resolvió llevar adelante su acción con conciencia plena del injusto como así lo reconoció y da fe su representante legal en la presente actuación.” (Rad. 155595, 24 de agosto de 2009, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).



## PECULADO SOBRE BIENES DE DOTACIÓN

**El reintegro de lo ilícitamente apropiado no afecta la tipicidad de la conducta, pero sí constituye circunstancia de atenuación punitiva.**

“Luego de una revisión de la providencia que se consulta, la Sala llega a la conclusión de que el cese de procedimiento decretado en favor del SLR. M.V.Y.C. debe ser revocado, toda vez que el argumento sobre el cual se sustentó la decisión, referente a la devolución del equipo de campaña por parte del padre del procesado, no constituye seria causal para dar por terminado de una manera anticipada, el proceso penal.

Efectivamente y aunque es un hecho cierto aquello de que los bienes fueron restituidos al Batallón al que pertenecía el soldado para la época de los hechos, debe considerarse que ello no afecta la estructura del tipo en la medida en que el reintegro, tal como lo tiene establecido el artículo 401 del Código Penal de 2000, es tan solo una circunstancia de atenuación punitiva.

Ahora bien, si lo que pretende invocar el funcionario instructor para decretar el cese de procedimiento, es la falta de antijuridicidad por falta de lesividad al bien jurídico tutelado, debe considerarse que conforme lo sugiere el Ministerio Público, no es de la competencia del Juez de Instrucción afrontar un análisis de este tipo en aras de pronunciarse de fondo respecto a la acción penal, porque ello efectivamen-



te está en cabeza del funcionario calificador”. (Rad. 155209, 23 de enero de 2009, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).



## **PÉRDIDA DEL EMPLEO COMO SANCIÓN PRINCIPAL**

**Su temporalidad viola el principio de legalidad.**

“Pese a todo lo anterior, lo que en forma concreta encuentra la Sala es que en la sentencia, que en este caso está constituida por el pronunciamiento del 16 y el pronunciamiento del 20 de mayo del 2008, se impuso inicialmente la pena accesoria de la Separación absoluta de la Fuerza Pública prevista en el artículo 54 (no 44 como se consignó en la providencia), la cual fue reformada, para en su lugar imponer “(...) la pena principal de seis meses de pérdida del empleo, de acuerdo con las consideraciones de la parte motiva”, decisión esta, como aquella, carente de motivación.

Como se aprecia, la reforma no correspondió a los lineamientos del artículo 335 de la misma obra, en el cual se precisa que ello solo es posible “en caso de error aritmético o sobre el nombre del procesado o de omisión sustancial en la parte resolutive”, postulado que es el mismo que se consigna en la ley 600 de 2000, en el artículo 412-1. Por ende, la mencionada “reforma” de la sentencia llevada a efecto el 20 de mayo de 2008, no es una reforma procedente, porque se está vinculando al campo sancionatorio, tema sustantivo de la decisión, sin que se trate de una omisión simplemente en la parte resolutive, porque ninguna de las líneas de la parte argumentativa se ocupó del asunto.

Fuera de lo anterior en ese nuevo pronunciamiento se incurrió en una apreciación abiertamente arbitraria en cuanto se fijó como pena accesoria la pérdida del empleo por el término de seis meses, asunto que no consulta que: 1. La pérdida del empleo es una sanción principal para el delito de favorecimiento de fuga – modalidad culposa -; 2. La pérdida del empleo es antítesis de temporalidad, y 3. La pérdida del empleo conforme al artículo 45 de la ley 599 de 2000, “además, inhabilita al penado hasta por 5 (cinco) años para desempeñar cualquier cargo público u oficial”. O sea que esta última es una pena accesoria, no solamente porque se desprende del artículo 45 mencionado, sino porque el artículo con el mismo guarismo del Código Penal Militar la contempla en esta categoría y el art. 450 del C.P. no la incluye como principal.

En resumen, el pronunciamiento del 20 de mayo del 2008, o reforma de la sanción accesoria impuesta inicialmente no era procedente, pues la ley no contempla esa posibilidad, contándose además con la equivocación de imponerse una pena accesoria inexistente y ajena a la legislación penal, esto es, la pérdida del empleo temporal. Por ello tendrá que nulitarse esa decisión porque no corresponde a los mínimos presupuestos del debido proceso dentro del cual está inmerso el principio de legalidad. Es que no se trata de una diferencia cuantitativa de la sanción que le

correspondiere al procesado, porque si ello fuera meramente así, la no reforma en peor no haría posible tomar la decisión que se ha advertido. No, lo que aquí se observa es una diferencia cualitativa de la sanción porque el delito estipula pérdida del empleo, mas no la pérdida del empleo por seis meses, lo que raya con la justicia material, y por ende con los principios de prevalencia y efectividad del derecho sustancial.” (Rad. 155112, 27 de abril de 2009, MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).



## PRESCRIPCIÓN

**Incremento del término en 1/3 parte a la condición de servidor público si actúa en ejercicio de su cargo.**

“(…) La verificación del término de prescripción de la acción en materia penal militar demanda por parte del intérprete el entendimiento sobre la voluntad del Legislador al fijar criterios diferentes para establecer el término de prescripción de la acción, a partir de la naturaleza del delito, esto es, uno es el término de prescripción dispuesto en los incisos uno y dos del artículo 83 del C.P.M. y otro el dispuesto en el párrafo ibídem. Aquél definido exclusivamente para delitos típicamente militares y éste para los eventos de la realización por parte del miembro de la Fuerza Pública de delito común en relación directa con el servicio. No puede olvidarse que lo dispuesto en el párrafo del artículo 83 ibídem, sugiere comprender para su aplicación, que no es la ubicación de la norma lo que determina su especialidad y naturaleza, sino, desde una perspectiva epistemológica, lo es su estructura dogmática, el ámbito de protección normativo y consecuentemente sus destinatarios. Esto es, el delito de Peculado en sus diferentes modalidades, para el caso Culposos, busca proteger en sentido general, la administración pública, puede ser cometido por cualquier persona (servidor público de cualquier rama del poder público o establecimiento), no exclusivamente por miembros de la Fuerza Pública, lo que conlleva a que su naturaleza específica de infracción de deber típicamente militar, se pierda y en consecuencia, resulte imperioso afirmar que el reato de Peculado Culposos es un delito común. En consecuencia, al tratarse de ilícito común, el comportamiento endilgado al procesado MY. A, deviene en acertada la postura del Instructor al dar aplicación al párrafo del artículo 83 citado, no sólo por la naturaleza de la conducta sino por la calidad de servidor público del procesado.

Sobre el particular ha sostenido la Honorable Corte Suprema de Justicia:

“(…) En consecuencia, un análisis armónico de los artículos 80, 81 y 82, ibídem, permite colegir que la acción penal en el delito imputado a la procesada no se ha extinguido por causa del fenómeno prescriptivo, pues si bien el mismo contempla una pena máxima de dos años de arresto, de todos modos, en cumplimiento de lo normado en el inciso final del artículo 84 del Código Penal, el lapso de prescripción no puede ser inferior a 5 años, cifra que se debe incrementar en la tercera parte, según lo ordenado por el citado artículo 82, pues, como ya se dijo, es indiscutible



que se está frente a un servidor público en el ejercicio de sus funciones, lo que implica que el término extintivo de la acción es de 6 años y 8 meses que, contado desde la ejecutoria de la resolución de acusación (25 de enero de 1994), aún no ha transcurrido (...).<sup>54</sup>

Establecido que la pena imponible corresponde a seis (6) meses a dos (2) años de arresto, conforme lo dispone el artículo 182 del C.P.M. (norma aplicable por principio de favorabilidad), que de acuerdo al inciso primero del artículo 83 C.P.M., en ningún caso la prescripción de la acción estará por debajo de los cinco años, y que al encontrarse el proceso en instrucción ha de efectuarse el incremento de una tercera parte al límite máximo, esto es, a partir de los cinco años, toda vez que, como ya se expuso, es indiscutible que se está frente a un servidor público en el ejercicio de sus funciones, lo que permite afirmar que el término extintivo de la acción penal es de 6 años y 8 meses; lo que contado a partir de la ocurrencia de la conducta (Octubre a diciembre de 2002), nos lleva a inferir que la acción penal debe proseguir en razón de no estar prescrita (...). (Rad. 151722, 02 de febrero de 2009, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).



## PRESCRIPCIÓN EN EL DELITO DE PECULADO CULPOSO

Opera el aumento previsto en el Código Penal ordinario para servidores públicos.

“Pero de igual forma, al quedar comprendida la resolución de acusación bajo el efecto de la nulidad, quiere decir que la acción penal en este momento se encuentra prescrita, pues desde la fecha de ocurrencia de los hechos, esto es 18 de mayo de 2002, a la fecha de la presente providencia, han transcurrido un lapso superior a los seis (6) años y nueve (9) meses.

Al efecto debe advertirse que de conformidad con el artículo 83 del Código Penal Militar, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, pero que en ningún caso será inferior a cinco años, ni excederá de veinte. Y en el párrafo único de este artículo, se señala que cuando se trate de delitos comunes, la acción penal prescribe de acuerdo con las previsiones contenidas en el código Penal respecto de los servidores públicos.

En concordancia, el artículo 83 del Código Penal de 2000 dispone que para los servidores públicos el término de prescripción se aumenta en una tercera parte.

Tenemos pues, que de conformidad con el artículo 182 del C.P.M., el peculado culposo tiene una pena máxima de dos (2) años de arresto, por lo que para contabilizar el término de prescripción de la acción penal, se parte de los cinco (5) años, a los que se le debe sumar la tercera parte, por la calidad de servidor público. Es

decir, que la acción penal para el delito de peculado culposo, prescribe en seis (6) años y ocho (8) meses.

A la fecha dicho término se encuentra superado, por lo que la acción penal se ha extinguido y en este caso se debe dar aplicación al artículo 231 del C.P.M". **(Rad. 154992, 16 de marzo de 2009, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**



## **PRINCIPIO DE JERARQUÍA**

**Como causal de impedimento en el juez de conocimiento.**

"(...) el hecho de ser el Juez de menor grado o antigüedad que el procesado, si bien no es una causal taxativa de impedimento consagrada en nuestro Estatuto Castrense, vulnera el Principio de Jerarquía que rige en las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, debido a la Estructura de las instituciones Castrenses, consagrado este sí, en el artículo 215 ibídem como NORMA RECTORA DEL PROCEDIMIENTO PENAL, por lo que como tal, debe prevalecer sobre cualquier otra disposición del Código y servir como fundamento de interpretación, según lo dispone el artículo 218 del mismo Código Penal Militar.

Obsérvese cómo "El instituto de los impedimentos se estatuyó con el fin de garantizar al conglomerado social que el funcionario judicial llamado a resolver el conflicto jurídico, es ajeno a cualquier interés distinto al de administrar una recta justicia y, en consecuencia, que su imparcialidad y ponderación no están afectadas por circunstancias extraprocesales. (...). Igualmente, dicha manifestación impeditiva debe estar soportada dentro de los cauces del postulado de la buena fe que rige para todos los sujetos procesales y para el funcionario judicial, pues este instituto no debe servir para entorpecer o dilatar el transcurso normal del proceso penal o para sustraerse, indebidamente, a la obligación de decidir". (CSJ, 7 de mayo de 2002, Rad. 19328, MP. JORGE E. CÓRDOBA POVEDA).

Luego, aún cuando la menor antigüedad en el grado militar no constituya una expresa causal de impedimento o recusación de conformidad con el Artículo 277 del Estatuto Punitivo Castrense, lo cierto es que sí, se vulnera el principio de jerarquía, que se reitera, ha de prevalecer en la interpretación normativa castrense.

El Decreto 1790 de 2000 que determina las normas de carrera del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, en su artículo 6º establece la jerarquía de los grados, encontrando dentro de los Oficiales Superiores, en orden descendente, el de Coronel, Teniente Coronel y Mayor. A su vez, en el artículo 50 define que "La antigüedad de los oficiales y suboficiales se contará en cada grado a partir de la fecha que señale la disposición que confiere el último ascenso (...)". **(RAD. 150680, 26 de enero de 2009, MP. CR. (R) Rosa Elena Tovar García, Primera Sala de Decisión).**



## PRINCIPIO DE JUEZ NATURAL - DEBIDO PROCESO

**El juez de conocimiento se determina por el grado que ostentaba el procesado a la fecha de los hechos.**

“(…) Correspondería a esta Sala de Decisión conforme lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 238 y artículos 367 y 583 del Código Penal Militar proceder a pronunciarse en el presente asunto, sino fuera porque del pormenorizado estudio al plenario surge indiscutiblemente la presencia de una causal de nulidad a las voces del artículo 388 y 389 *Ibidem*, ante la falta de competencia por parte de la Fiscalía Penal Militar 141 ante el Juzgado de Dirección General que profirió la resolución acusatoria contra el oficial C.C. por el delito de Abuso de Autoridad por Acto Arbitrario e Injusto y del Juzgado de primera Instancia de la Dirección General de la Policía Nacional que dictó la sentencia absolutoria a favor del mencionado oficial, toda vez que para la fecha de ocurrencia de los hechos el enjuiciado ostentaba el grado de Capitán (oficial subalterno) ascendiendo en el decurso del proceso al grado de mayor (oficial superior), siendo esta última circunstancia la que equivocadamente tuvieron en cuenta los operadores judiciales castrenses que tuvieron a su cargo la calificación y juzgamiento, transgrediéndose con ello el debido proceso de raigambre constitucional y legal (art. 29 C.N y 196 C.P.M.) y a su vez el principio del juez natural (art. 16 C.P.M), que exigen que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las 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.

No puede aceptarse que la competencia se supedita exclusivamente al último grado que ostente un procesado, cuando al inició de la actuación su jerarquía era menor, ya que de ser así la competencia cambiaría automáticamente creando caos e inseguridad jurídica en la administración de justicia penal militar, cuando ha sido el mismo legislador el que ha consagrado que los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, cuando cometan delitos contemplados en el Código Penal Militar u otros en relación con el servicio, sólo podrán ser juzgados por los jueces y tribunales establecidos e instituidos con anterioridad a la comisión del hecho punible, es decir, que para determinar la competencia en la jurisdicción penal militar, se debe tener en cuenta primordialmente el grado que ostentaba el procesado para la fecha de ocurrencia del insuceso y que la competencia para calificar y juzgar haya sido plenamente determinada con antelación a los hechos motivos de investigación como lo establece el principio del juez natural, recordando que dicha competencia se limita a lo dispuesto en el artículo 262 del estatuto castrense en cuanto que los fiscales penales militares ejercerán su función de calificación y acusación por los delitos cuyo juzgamiento esté atribuido a los jueces de conocimiento ante quienes ejercen su función. (...).

Sobre este tema de la competencia para calificar y juzgar a un miembro de la fuerza pública que al momento de sucedidos los hechos ostentaba la calidad de oficial subalterno y para la fecha de juzgamiento había ascendido al escalafón de oficial superior, ya esta corporación con ponencia de la señora Magistrada Teniente Coronel JACQUELINE RUBIO BARRERA se pronunció al respecto y de lo cual estamos

totalmente de acuerdo, en que la facultad de juzgamiento recae en quien tenía la competencia al momento de ocurrencia de los hechos plenamente determinada por la ley<sup>55</sup>.(...).

Con fundamento en lo anterior, esta Sala de Decisión de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 389 del Estatuto Punitivo Militar al observar que el presente asunto está tramitándose por juez carente de competencia para actuar, procederá a decretar nulidad de lo actuado a partir inclusive del auto de fecha 23 de noviembre de 2006 (fl.370) por medio del cual la Fiscalía Penal Militar 141 ante la Dirección General de la Policía Nacional avocó el conocimiento de la presente investigación y como consecuencia de esto, declarar la prescripción de la acción penal a las voces de los artículos 83 y 86 del Código Penal Militar, teniendo en cuenta la inexistencia de resolución acusatoria ejecutoria y que el delito por el cual se procede es el de Abuso de Autoridad por Acto Arbitrario e Injusto de que trata el artículo 416 del Código Penal Ley 599 de 2000, cuya punibilidad consiste en multa y pérdida del empleo o cargo público, que para efectos del término prescriptivo se aplica lo señalado en el inciso 2º del mencionado artículo 83 donde se indica que: “En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción penal prescribirá en cinco (5) años” y como quiera que los hechos datan del 7 de octubre de 2002, a la fecha ha transcurrido más del término dispuesto por la ley, que son los cinco (5) años, no quedando alternativa diferente que reconocer dicho fenómeno, por cuanto aún aplicando el aumento punitivo de una tercera parte por tratarse de un servidor público (art. 83 C.P.) la acción prescribió, no pudiéndose proseguirse la misma, en consecuencia, deberá cesarse todo procedimiento a favor del procesado por vía del artículo 231 del digesto penal castrense.” **(Rad. 153388, 28 de julio de 2009, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**



## **PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD**

**Responsabilidad del Comandante de Estación de Policía por la actuación de sus subalternos.**

“Reprochable y contraria al sentido de justicia resulta ser la posición del Juez A quo, quien sin la profundidad probatoria requerida para tomar una decisión de esta naturaleza, existiendo dudas no sobre la ocurrencia del hecho, sino sobre la individualización de los posibles autores, en lugar de abrir investigación penal dispone el archivo provisional de las diligencias.

Ello por cuanto las actuaciones de la Fuerza Pública gozan de la transparencia requerida y necesaria a fin de establecer e individualizar al autor de una determinada conducta. Resulta, en consecuencia, criticable que el juzgado instructor no haya logrado dar con los autores de la presunta privación de la libertad, cuando se trata de un procedimiento estandarizado y previsto en los reglamentos y normas penales y de policía, cuya responsabilidad debe partir del Comandante, quien tiene

55 Tribunal Superior Militar, Rad. 155109-XIII-315, M.P. TC. Jacqueline Rubio Barrera, 28 de julio de 2008.



la obligación de orientar a sus hombres en el cumplimiento de sus deberes legales y de verificar que los procedimientos se ajusten a la legalidad.

Prevalido de una condición de garante, el Comandante de la Estación de Policía tiene el deber jurídico de impedir cualquier resultado atentatorio de la libertad individual, que ocurra al interior de la Unidad bajo su mando. Por ello, le asiste el deber de instruir a sus subalternos en la prevención de atentados contra la libertad y la dignidad humanas, así como pasar revista y ejercer el control permanente sobre las salas de retenidos con el fin de verificar la legalidad de los procedimientos.

En consecuencia, la responsabilidad penal debe buscarse a partir de la que le cabría al Oficial que comandaba la Estación, quien podría resultar comprometido en un delito de acción por omisión. Máxime que para la época de los hechos, era el Comandante de Estación quien tenía la atribución de imponer como medida preventiva de policía la retención transitoria<sup>56</sup>.” (Rad. 155293, 25 de febrero de 2009, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).



## PROCEDIMIENTO ESPECIAL

**Derecho que le asiste al procesado de declararse culpable o inocente. Penas no previstas en la ley.**

“Así las cosas, es en la audiencia de Corte Marcial y con la intermediación del Juez de Instancia, esto es, el Juez de conocimiento, en la que previas las advertencias de rigor, el Juez ausculta en el procesado, que en ese momento está acompañado de su Defensor, la posibilidad de que él se declare inocente o culpable, suministrándole la ilustración respectiva acerca de la bondades y las consecuencias jurídicas del Instituto. Esta no es una atribución del Fiscal Penal Militar, ni una posibilidad que él pueda agotar; no, le corresponde al Juez de conocimiento y así debe evacuarlo en la audiencia, de tal forma que quede en forma clara el agotamiento de esta sub etapa procesal. Desde otro punto de vista respecto al procesado que no acudió a la audiencia, y sobre el cual ninguna consideración de ausencia se consignó, es extraño que nada se le haya preguntado al señor Defensor, pero de todas formas es necesario darle a conocer a ese procesado la posibilidad de aceptación o no de los cargos, como por ejemplo en las citaciones o comunicaciones que se le envíen.

Todo indica según el auto del 12 de febrero 2008, que se hizo una equivocada lectura de la Ley 1058 de 2006, en cuanto se consideró la celebración de una audiencia de acusación y de aceptación de cargos, sin que ello sea así, porque simplemente previa a la audiencia de corte marcial cuya fecha y hora señala el Juez de conocimiento, el Fiscal debe reunirse con el Defensor y los procesados para que debatan la posibilidad de la declaratoria de inocencia o culpabilidad, y ya en la audiencia, el Juez debe examinar al respecto, porque es ante él que se hace la manifestación, e inclusive cuando se trate de la declaratoria de culpabilidad, tiene la

obligación de descubrir en el procesado si ha sido suficientemente ilustrado para la toma de la decisión. Entre otras cosas ¿Qué ocurre en el evento en que al Juez de conocimiento el procesado le respondiera que no se ha reunido con el señor Defensor y el Fiscal? La solución debe ser en el sentido de que el Juez suspenda la audiencia por un tiempo prudencial para que se proceda a ello por parte del procesado el Fiscal y el Defensor, de tal forma que reiniciada la audiencia pueda obtenerse respuesta del procesado.” (Rad. 154967, 15 de mayo de 2009, MP. CN. (R)JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).



## PROCEDIMIENTO ESPECIAL

**No opera el grado jurisdiccional de la consulta. En caso de concurso de delitos o conexidad, el procedimiento aplicable es el del delito de mayor entidad jurídica.**

Estos principios de orden Constitucional, fueron claramente desarrollados por el legislador de 1999, en la expedición del Estatuto Castrense, en el que se consagró dentro del Título I de las normas Rectoras de la Ley Penal y Procesal Penal Militar, entre otros, los principios de Legalidad y Favorabilidad, los cual se recogió en los siguientes términos “Legalidad. Nadie podrá ser imputado, investigado, juzgado o condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal militar u ordinaria vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a una pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella. Tampoco podrá ejecutarse pena o medida de seguridad en condiciones diferentes a las establecidas en la Ley” y “Favorabilidad. En materia penal y procesal penal la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quienes hayan sido condenados”, los que conforme al artículo 19 del mismo compendio penal “son obligatorias, prevalecen sobre cualquier otra disposición de éste Código y serán utilizadas como fundamento de interpretación”.

Significa lo anterior, que la Ley penal y procesal penal aplicable al caso en concreto, debe ser, en razón del principio de legalidad, la consagrada en la misma Ley 522 de 1999, es decir, la de Corte Marcial; sin embargo y como consecuencia del problema de transformación y sucesión de Leyes en el tiempo, que tienen lugar por la política criminal del Estado, debe tenerse en cuenta que la Ley 1058 del 26 de julio de 2006, por medio de la cual se estableció un procedimiento especial en el Código Penal Militar, se adicionó y modificó el artículo 367 del mismo Código, implementó ciertamente un trámite diferente y expedito, en el adelantamiento de las investigaciones para algunos delitos, como es el caso, del reato de Abandono del puesto, entre otros.

Esta misma Ley, previó en el parágrafo único del artículo 3, modificadorio del artículo 367 de la Ley 522 de 1999 que “Las decisiones proferidas en el procedimiento



especial regulado en éste código, no serán susceptibles del grado jurisdiccional de Consulta”, lo que significa que ni las sentencias absolutorias, ni las cesaciones de procedimiento que sean proferidas en relación con los delitos cuyo procedimiento se encuentra gobernado por éste procedimiento especial, serán susceptibles del grado jurisdiccional de la consulta.

Sin embargo y como quiera que ésta ley procesal debe ser mirada y analizada en su conjunto y ella no previó taxativamente el trámite que se debía seguir frente a los delitos conexos, en relación con los cuales, solo señaló, en tratándose del adelantamiento y perfeccionamiento de la investigación, que “Estos términos se ampliarán hasta en otro tanto, si fueren tres (3) o más procesados o en el evento de delitos conexos que deban tramitarse bajo éste mismo procedimiento”, necesario es entonces tener presente que el parágrafo único del artículo 579 *ibídem*, sí estableció que “Los aspectos procesales no previstos en éste procedimiento especial se regularán de conformidad con lo normado en éste Código”, es decir que las situaciones que expresamente no se encuentren consagradas, ni reguladas, deberán ser resueltas conforme a las disposiciones de la Ley 522/99.

Significa lo anterior, que como quiera que la Ley de Choque, no estableció el trámite a seguir para los delito conexos, debemos por ello remitirnos a las normas rectoras que inspiran el procedimiento penal militar de la Ley 522 de 1999, particularmente la recogida en el artículo 217, que prevé “Unidad procesal. Por cada hecho punible se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales y legales. Los hechos punibles conexos, de competencia de la justicia penal militar, se investigarán y juzgarán conjuntamente. **La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad, siempre que no afecte los derechos y garantías fundamentales...**”.

Esta remisión era necesaria, porque ésta ley procesal ordinaria sí pauta que por regla general, por cada delito debe adelantarse una investigación y la excepción a esa regla es entonces, el evento de los delitos conexos, frente al cual se debe adelantarse una sola tramitación.

Para el caso en estudio es perfectamente claro que nos encontramos frente a un concurso de hechos punibles conexos y que por tal razón su tramitación debe ser la que se siga con relación al reato de mayor entidad punible, así se desprende del contenido del artículo 30 del Estatuto Militar, que señala “ 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 imponible, aumentada hasta en otro tanto, cualquiera que sea la naturaleza del concurso”.

Conforme a lo dicho es diáfano que tratándose de los delitos de Abandono del Puesto y de Peculado Culposos, el de mayor entidad jurídica es éste último, razón por la que por la conexidad, su tramitación debe ser en un solo proceso y por la ritualidad común o general señalada en el Estatuto de procedimiento penal Militar.

De manera que, haber conocido la señora Fiscal Ad Quem de la consulta de la cesación de procedimiento por el citado reato, desconociendo e inaplicando, principios y reglas de orden Superior y Legal, como es el principio de favorabilidad, significa una clara vulneración al Debido Proceso que per se, se constituye en causal de nulidad, conforme al numeral 2 del artículo 388 de la Ley 522, motivo por el cual, como se dijo, no le queda alternativa distinta a ésta Sala de Decisión que proceder a declarar el remedio extremo de la nulidad, en forma parcial, a partir de la resolución interlocutoria de calenda 20 de junio de 2008, proferida por la Fiscalía 5 Penal Militar ante ésta Instancia, en relación únicamente con el pronunciamiento que hizo frente al reato de Abandono del puesto. **(Rad. 155394, 30 de abril de 2009, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**



## **PROCESO PENAL MILITAR**

**Principio de gradualidad. Grados de certeza.**

“Considera necesario esta sala antes de entrar a decidir, comenzar por mencionar que el proceso penal militar, como el proceso penal ordinario, se surte en varias etapas, cada una de las cuales progresivamente exige un grado de conocimiento sobre los hechos, la materialidad de la infracción y la responsabilidad del sindicado.

La primera de ellas, para el caso de la Justicia Penal Militar, es la llamada etapa de instrucción, que tiene que ver con el acopio de todo el material de prueba imprescindible para el esclarecimiento de los hechos y que es el que le va a permitir inicialmente al funcionario judicial, fijar el norte de su investigación, la cual termina con la providencia que resuelve la situación jurídica provisional, que tiene, vale la pena recalcarlo, carácter de provisional, y se ha destacado su naturaleza, dado que ella puede variar en las subsiguientes etapas del proceso penal, como lo son la de calificación, donde el grado de convicción es mayor que el de la primera etapa y posteriormente la del juicio, donde ciertamente los medios de convicción deben llevar al funcionario judicial a la certeza sobre la conducta y la responsabilidad del procesado.

En tal sentido, es necesario resaltar que la situación jurídica provisional del indagado puede ser resuelta conforme a los artículos 521 y 522 del Código Penal Militar, decretándose en su contra Medida de Aseguramiento, bien sea de conminación, de caución o de detención preventiva, cuando en el proceso existiere por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso ó absteniéndose de hacerlo si no existiere prueba en el sumario que la justifique.

Esta exigencia legal tiene lugar, justamente porque el legislador dentro de su potestad configurativa de las etapas del proceso penal, consideró que en el periodo más preliminar, el operador de judicial no requiere un grado sumo de certeza sobre los hechos y la responsabilidad del encartado, la que se establece, como ya se dijo,



en las siguientes etapas procesales, de tal suerte que para resolver la situación jurídica del vinculado, con medida restrictiva, si a ello hay lugar, solo basta que exista un indicio grave que la justifique.

La detención preventiva entonces, anuncia nuestro Código Penal Militar en su artículo 529.2 es procedente, entre otras, “cuando se trate de delitos que atenten contra el servicio o la disciplina cualquiera que sea la sanción privativa de la libertad”.

Para el caso en estudio vemos que el delito por el que se procede en ésta oportunidad es uno de los catalogados como atentatorios del bien jurídico de la Disciplina, consagrado en el Título Primero, Capítulo III, artículo 119 “Ataque al inferior.- El que en actos relacionados con el servicio, ataque por vías de hecho a un inferior en grado, antigüedad o categoría, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

En éste sentido, la funcionaria judicial de instrucción ha de analizar si en el expediente aflora, de los medios de convicción con que cuenta, al menos ese indicio grave de responsabilidad que demanda la norma en comento, para proceder o no a decretar en contra del sindicado una medida restrictiva de la libertad, como lo es, la detención preventiva, habida cuenta, que el delito por el que se actúa es de los llamados a imponerla.” **(Rad. 155361, 04 de febrero de 2009, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**



## PRUEBAS EN LA ETAPA DEL JUICIO

**No existe la espaciosidad probatoria para comprobar conjeturas.**

“(…) Acorde con lo anterior, bien hizo el A Quo (en no acceder a la solicitud de la defensa, de incorporar al proceso penal copia de la totalidad de la investigación disciplinaria, adelantada por estos mismos hechos contra el CT. MGCA, por cuanto la defensa simplemente se limitó a indicar genéricamente la posibilidad de que en dichas diligencias se encuentren otros elementos de conocimiento que pueden no estar en el proceso penal relacionados con el acometimiento investigado, sin indicar con precisión qué elementos nuevos de conocimiento obran allí, y qué pretende probar con ellos, así como su relación directa o indirecta con los parámetros fácticos, probatorios y jurídicos de la resolución de acusación, olvidando la impugnante que en la etapa del juicio, como lo tiene sentado la jurisprudencia, ya no existe la espaciosidad probatoria para corroborar conjeturas, como sucede en la etapa instructiva, donde la amplitud probatoria tiene por objeto verificar la ocurrencia del hecho ilícito, y las circunstancias de tiempo y modo en que ocurrió, así como sus partícipes.” **(Rad. 155109, 18 de marzo de 2009, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Sala Cuarta de Decisión).**



## QUERRELLA

La que establece la ley 1058 del 26 de julio de 2006, no es aplicable retroactivamente.

“Siguiendo los parámetros del anterior precedente jurisprudencial, se tiene que en el caso de estudio, no es procedente declarar la caducidad de la querrella respecto de las lesiones personales sufridas por MCNS, porque la normatividad penal militar vigente para la fecha en que se inició la investigación no exigía querrella de parte como presupuesto para el ejercicio de la acción penal por dicho delito, y la nueva ley 1058 de 2006 que la requiere no es aplicable retroactivamente, pues una vez el Estado tuvo conocimiento del hecho mediante la denuncia presentada por XX, tío de la citada señora, se impone adelantar la investigación penal hasta sus últimas consecuencias”. (Rad. 152817, 30 de abril de 2009, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Sala Cuarta de Decisión).



## REHABILITACIÓN DE DERECHOS DEL CONDENADO

Para su otorgamiento puede acudir al principio de integración normativa.

“Como consecuencia de lo anterior, con base en el ya referenciado artículo 18 del Código Penal Militar, que trata del principio de integración, es necesario considerar que respecto de la hipótesis o casos de rehabilitación, no contemplados en el Código Penal Militar, debe hacerse remisión a las hipótesis que contempla la legislación ordinaria, de tal forma que complementado el primero con el segundo, se pueda considerar la totalidad de las eventualidades, en que procede la rehabilitación.

Ahora la pena accesoria impuesta al interesado, de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones, no fue objeto de subrogado de la condena de ejecución condicional, el que no fue concedido, y además concurrió con una pena privativa de la libertad, significando ello que, es procedente evaluar la solicitud dentro de las siguientes posibilidades:

1. Con base en el artículo 94 inciso 2 del Código Penal Militar.
2. Con base en el artículo 92, numeral 2 inciso 5 del Código Penal.
3. Con base en el artículo 92 numeral 1 del Código Penal.

Respecto a lo primero, esto es, que opera la rehabilitación trascurridos dos(2) años a partir del día en que haya cumplido la pena, lo que debe interpretarse en el sentido de cumplimiento de la pena privativa de la libertad, se precisa que, al señor CT(R)CLN, le fue otorgado el subrogado de la libertad condicional, el 13 de marzo de 2003, con un período de prueba de cincuenta y ocho(58) meses, y posteriormente el 15 de febrero de 2008 se declaró la libertad definitiva, con base en el artículo 78 del Código Penal Militar.



Lo inmediatamente anterior, significa que la pena privativa de la libertad, quedó cumplida en esta última fecha, y es a partir de allí que es posible contar el término de los dos (2) años para obtener la rehabilitación, el cual acaecería el 14 de febrero del año 2010.

Referente a lo segundo, con el mismo argumento anterior, no es posible la rehabilitación, porque no han transcurrido “dos (2)” años contados a partir del día en que el condenado haya cumplido la pena privativa de la libertad”, que preceptúa el artículo 92 en su inciso 5º.

En cuanto a lo tercero, téngase en cuenta que el entonces procesado fue condenado en la sentencia de primer y segundo grado, a la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de diez (10) años, término que empezó a contarse desde la fecha de la segunda de las decisiones, estos es, el 12 de octubre de 1999, de tal forma que para la misma fecha de la presente anualidad obtendría de pleno derecho la rehabilitación.

Sobre lo anterior es conveniente traer a cita, decisión de la Honorable Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento del 18 de mayo de 2005, donde se puntualizó:

“Es claro, entonces, que la rehabilitación que consagra el artículo 92 del estatuto penal sólo se aplica cuando no ha transcurrido el término de la pena impuesta, de manera que por esa razón está consagrada dentro de las causales de extinción de la pena, y sometida a los condicionamientos fijados por la norma en cita. Cuando el tiempo fijado como sanción se ha cumplido, opera la rehabilitación ‘ipso jure’ que prevé el artículo 71 del Código electoral, sin que para ello sea necesario la intervención de la autoridad judicial, pues basta que el interesado formule la solicitud pertinente acompañada de los respectivos documentos ante el Registrador Municipal de su domicilio” (Cfr. auto única instancia de junio 3/97. Rad. 4083. M. P. Calvete Rangel)<sup>57</sup> (**Rad. 130949, 06 de marzo de 2009, MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión**).



## SAQUEO

**El saqueo para que se configure, requiere pluralidad de sujetos activos.**

“Ahora, qué ocurre en la ley 599 del 2000: La regla general es igualmente como ocurre en el Código Penal Militar la de sujeto activo indeterminado, en oportunidades circunscribiéndose a la categoría de servidor público, y distintos son los eventos en los que materialmente en la conducta interviene pluralidad de agentes, como ocurre en los delitos contra el Régimen constitucional y legal, concretamente la Rebelión, Sedición, Asonada, Conspiración, ó en el Concierto para delinquir y la

Asociación para la comisión de un delito contra la administración pública (artículos 340 y 434 de la ley 599 de 2000). En estos, en forma similar al delito militarizado de SAQUEO que contempla el Código Penal Militar, se prevé una organización, o por lo menos una pluralidad de actos y un vínculo tácito o expreso de un grupo de personas para que pueda derivarse una responsabilidad penal, ésta sí —se repite— evaluada en forma individual. Lo que se quiere significar es que detrás de los delitos mencionados debe haber mediado un mínimo de voluntades plurales tendientes a la realización de la conducta”. (...).

“Así las cosas, lo que se quiere significar es que en el tipo consagrado en el artículo 175 del Código Penal Militar, la consideración respecto al sujeto activo no es fortuita, sino que obedece a la voluntad del legislador de que medie comunicación y propósito común en relación con la sustracción de los bienes muebles, cuando ello ocurre usufructuando el fragor que implica una operación de combate. No significa lo anterior que si un integrante del personal militar que debe ejecutar una operación militar, por razón de la misma se apodere de muebles, no constituya una infracción a la ley penal, pues es claro que en este evento se estaría presuntamente en un delito contra el patrimonio económico u otro. En el mismo sentido es necesario también considerar que si varias personas, por ejemplo dos o tres, fueren quienes se apoderen de bienes muebles, no significa necesariamente, que se estaría ante la hipótesis de un delito de Saqueo, sino lo que la conducta debe obedecer, para que así sea, es a la generalidad o pluralidad, o ánimo común del grupo, o de los integrantes del personal militar. En otras palabras, el delito de Saqueo no responde a aquel apoderamiento aislado de uno o un reducido número de integrantes, sino aquella situación fáctica en la que el personal militar, o policial llegado el caso, proceda al desapoderamiento de bienes muebles”. **(Rad. 155776, 16 de junio de 2009, MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**



## TASACIÓN DE LA PENA

La dosificación de la pena en los delitos culposos.

“(…) En cuanto hace a la dosificación punitiva, razón le asiste al Ministerio Público para afirmar que la pena se encuentra indebida e injustamente tasada. El A quo para tasar la pena partió de los límites imponentes, esto es, tres a ocho años de prisión y multa de 26 a 36 salarios mínimos legales mensuales, en consideración a la prevalencia del tipo complementario aplicable, vale decir, el inciso segundo del artículo 114 del Código Penal. De igual forma, dio aplicabilidad al artículo 120 ibídem que dispone que en tratándose de delito culposo, la pena se disminuye de las cuatro quintas a las tres cuartas partes; pero es aquí donde se equivoca la Juez, toda vez que cae en errada interpretación, al confundir el porcentaje rebaja, con el monto de pena a imponer, ya que fijó como pena veintinueve (29) meses, veinticuatro (24) días de prisión, siendo que ésta es el monto de rebaja a reconocer. (...) La adecuada comprensión de las normas que se aducen infringidas indican que, siendo la pena privativa de libertad para la modalidad dolosa de Lesiones Personales de



2 a 7 años de prisión, equivalente en meses de 24 a 84, su diferencia de 60 distribuida en los cuartos de movilidad permite conformar el primero de 24 a 39 meses, de modo que al aplicarle la disminución por la modalidad culposa el intervalo oscilaría entre 4 meses, 24 días y 9 meses, 22 días.

Ahora bien, como el juzgador indicó que la pena a imponer partiría del básico, esto es 24 meses de prisión y a ella le disminuiría el máximo por tratarse de delito culposo, significa que el correcto entendimiento de la norma lo obligaba a tasar la pena en 4 meses y 24 días, mas como eso no sucedió y a cambio impuso 9 meses (...). Para tasar adecuadamente la pena ha de tenerse en cuenta:

Límites de pena a imponer: .....	3 a 8 años de prisión.
Límites expresados en meses.....	36 a 96 meses de prisión.
Diminuyente artículo 120 CP.....	4/5 a 3/4.
Cómputo de rebaja límites imponibles .....	$36 \times 4 = 144 - 5 = 28.8$
	$96 \times 3 = 288 - 4 = 72$

La pena imponible, como quiera que no se predicaron agravantes corresponde a: 36 meses de prisión.

Diminuyente punitivo dispuesto por el artículo 120 del C.P., partiendo del mínimo: 28 meses 8 días.

$Pena\ a\ imponer = 36 - 28.8 = 7.2$ , o lo que es, siete (7) meses, dos (2) días.

En consecuencia, la pena a imponer es siete (7) meses, dos (2) días, por lo que la Sala modificará parcialmente la sentencia, sólo en lo atinente a la pena de prisión, ya que la multa se mantendrá incólume (...)" (Rad. 155313, 16 de julio de 2009, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).



### **TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y OTORGAMIENTO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL EN LA LEY 1058 DE 2006.**

**Es con la ejecutoria de la resolución de acusación que se interrumpe la prescripción de la acción en la Ley 1058 de 2006.**

El argumento central del apelante se soporta en que el fenómeno de la prescripción de la acción operó en este caso, por haberse superado el término de dos años dispuesto por el Legislador en el inciso 2º del artículo 83 del Código Penal Militar, que debe transcurrir entre la ocurrencia del hecho (14 de junio de 2007) y el momento procesal que interrumpe la prescripción de la acción, el cual en el entendimiento del impugnante es la iniciación del juicio, acorde con la Ley 1058 de 2006.

A partir de tal entendido al procedimiento especial dispuesto en la Ley 1058/06 le identifican tres etapas, esto es, investigación, calificación y juzgamiento; fases procesales bien definidas y desarrolladas por funcionarios distintos, que demarcan los diferentes momentos procesales que se agotan cuando opera el fenómeno de la preclusión del acto procesal. Vale decir, la investigación se entiende iniciada con el auto cabeza de proceso dictado por el Juez de Instrucción y se agota con el cierre de la misma por parte del Fiscal Penal Militar, la calificación con la ejecutoria de la cesación de procedimiento o la resolución de acusación dispuesta por el Fiscal. Y el Juicio que tiene su génesis con el auto que dispone su iniciación por parte del Juez Penal Militar de Conocimiento, la celebración de la corte marcial que termina con el proferimiento de la sentencia. Esquema que se concibe de igual forma en el procedimiento especial, pero que le identifica la reducción de términos. Por lo que la aplicación de lo consagrado en los artículos 83, 86, 89, 90, 91 y 92 de la Ley Penal Militar, está sujeta a la verificación de los momentos procesales referidos.

Bajo este entendido el nuevo procedimiento especial trajo consigo la calificación de la investigación por parte del fiscal y dentro de ella juega papel protagónico, por lo vinculante, **“la resolución de acusación”**, de la cual adolecía el otrora procedimiento especial que fuera objeto de inexequibilidad. Dicho procedimiento identificado por dos etapas, el cual concebía una investigativa que adelantaba el Juez de Instrucción y la consecuente etapa de juicio que disponía el Juez, previo imperativo pronunciamiento que declaraba iniciado el juicio, por ello artículos como el 86, 286 y 539 - 4 Ídem, hacían referencia al auto de iniciación del juicio como presupuesto objetivo para cierto pronunciamiento, normas que no fueron demandadas, pero que perdieron validez por efectos de la sentencia C-178 de 2002. Al entrar en vigencia la Ley 1058 de 2006 que fijó un procedimiento con tres etapas, dentro de ellas la actuación del fiscal que es el llamado a calificar la investigación, y quien emite la **resolución de acusación**, esta determinación se convierte no solo en fundamento para ir a juicio, sino que es el momento determinante, una vez ejecutoriada, para verificar la prescripción de la acción, respecto de los delitos establecidos en la referida Ley 1058/06 y conforme al inciso primero del artículo 86 Ibídem.

Es tal el efecto de la resolución de acusación establecida en el procedimiento especial, prescrito en la Ley 1058 /06, que el Tribunal y en particular esta Sala mediante reiterado pronunciamiento dispuso que la acusación debe ser motivada tanto fáctica como jurídicamente; se ocupó igualmente del tema de la libertad provisional señalando que la resolución de acusación demarca el momento para otorgarla y no el auto que fija fecha para la audiencia de acusación y aceptación de cargos. En dicha oportunidad argumentó la Sala de Decisión del Tribunal:

“(…)En cuanto hace a la libertad provisional por superarse los sesenta días de privación efectiva de la libertad, de que trata el numeral cuarto del artículo 539 del C.P.M., estos sesenta días a que se hace alusión en el inciso tercero del numeral 4º Art. 539 C.P.M., refieren dos aspectos: El primero, que el procesado estuviese privado de la libertad por sesenta días y segundo, que durante ese lapso de tiempo y al vencimiento del mismo, no se hubiese dictado Resolución de Acusación; por manera que no se está haciendo referencia al auto de iniciación del juicio, como



erradamente lo concibe el Ad Quo, sino que sujeta la concesión de libertad a que no se hubiese proferido la Resolución de Acusación. El procedimiento especial dispuesto en la Ley 1058 de 2006 no denominó un momento específico del procedimiento como “iniciación del juicio” (El que se entiende con la fijación de fecha para audiencia de acusación y aceptación de cargos), por lo que tal expresión contenida en el inciso tercero del artículo 539 del C.P.M., pierde vigencia, máxime si se tiene en cuenta que ésta correspondía a un procedimiento que tenía sólo dos etapas.

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

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

Una vez superado este momento, intervendrá el procesado, quien debe estar presente y previa observancia, verificación del Juez sobre postulados de presunción de inocencia, del derecho a guardar silencio, de no autoincriminarse, que lo que expresa es de forma consciente, libre y voluntaria, entrará el procesado a manifestar si se dio el acuerdo, en qué consiste, si acepta o no los cargos y responderá al interrogante del Juez si se declara inocente o culpable de dichos cargos. De aceptarlos se anunciará el sentido del fallo y de no aceptar los cargos, lo que implica una reafirmación del principio de inocencia, de inmediato el Juez de Instancia iniciará la audiencia de Corte Marcial conforme el rito señalado en la Ley 1058 de 2006, en la cual surtido el trámite y terminado el debate, procederá el Juez a anunciar el sentido del fallo (...)<sup>58</sup>. **(Rad. 156187, 28 de octubre de 2009, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Sala Cuarta de Decisión).**



## VULNERACIÓN AL DEBIDO PROCESO - DERECHO DE DEFENSA.

### Comunicación de apertura indagación preliminar e investigación formal.

“(…) Debemos señalar inicialmente, que la inobservancia al debido proceso y derecho de defensa vulneran lo contemplado en el artículo 196 del Código Penal Militar y 29 de la Constitución Política que determinan: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de la formas propias de cada juicio.

Quien sea imputado o procesado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado libremente escogido por él, de oficio o público, y a comunicarse libre y privadamente con él 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 y a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho” (Subrayado nuestro).

Teniendo en cuenta este breve preámbulo, es que la Sala luego de un cuidadoso y detallado análisis al procedimiento surtido en la presenta actuación, encuentra acertado acoger el pedido de la defensa de decretar nulidad de lo actuado a partir del auto de fecha 16 de diciembre de 2004 por medio del cual el Juzgado 178 de Instrucción penal Militar abrió formal investigación en contra del PT(R)U.U.L.J. por el punible militar de Abandono del puesto con fundamento en la investigación preliminar seguida contra éste, al denotarse con suma claridad que no se acataron los mandatos constitucionales y legales del debido proceso, derecho de defensa y de contradicción.

La vulneración de las prerrogativas señaladas tuvieron su génesis tal como lo enunció el recurrente, en el hecho de haberse omitido por parte del operador judicial castrense primeramente, en no comunicar al sindicato U.U.L.J. la iniciación en su contra de la investigación tanto preliminar como formal a sabiendas que se encontraba identificado el presunto infractor a la Ley Penal Militar (art.455 C.P.M.), y secundariamente, allegar y realizar el despacho instructor una serie de pruebas en estas etapas procesales, sin que pudieren ser confrontadas por el investigado conforme lo dispone el artículo 398 del Código Penal Militar, precisamente al no haberse tenido en cuenta que dentro del expediente obraban dos direcciones de esta ciudad capital donde podía ser requerido el presunto infractor de la ley Penal Militar -carrera 108 No.74A-45 y carrera 47 A No. 186-35- y a pesar de ello, no se libró ningún requerimiento de comparecencia o de información respecto a la pesquisa que se adelantaba en su contra.

Fue tan visible la transgresión a los mencionados principios, que la oficina fiscal se pronunció al respecto mediante auto de sustanciación del 17 de mayo de 2005 tratando precisamente se direccionara la investigación y se garantizaran los postulados constitucionales y legales a U.U., lo cual parecía había sido entendido por la



funcionaria instructora quien mediante interlocutorio del día 19 del mismo mes y año acogiendo las apreciaciones de la fiscalía A-Quo en el numeral primero dispuso se declarara nulidad a la piezas procesales que disponían el emplazamiento y declaratoria de persona ausente de éste y de la providencia impositiva de medida de aseguramiento de detención preventiva, pero erróneamente en el numeral segundo dispuso allegar copia de los antecedentes obrantes en el sumario No.1944 y darles el tratamiento de prueba trasladada, sustentando en la parte considerativa que ello obedecía en atención al principio de economía procesal, al no ser necesario agotar el trámite de citación o librar despacho comisorio para escuchar al investigado en indagatoria, por tenerse pleno conocimiento que el mismo no era ubicable, al haberse agotado en el referido proceso ordenes de captura libradas para ser escuchado en diligencia de indagatoria el sindicado, desconociendo de esta manera la funcionaria judicial la norma rectora del procedimiento Penal Militar de la unidad procesal, consistente en que por cada hecho punible se debe adelantar una sola actuación procesal, cualquiera sea el número de autores o partícipes (art.217 C.P.M.). (...)

Nótese que hasta este momento procesal ya se habían reunido varias probanzas tomándose además de la determinación de la situación jurídica, una decisión calificatoria de fondo sin que el procesado hubiese tenido oportunidad de controvertir dichos medios probatorios, debido precisamente a la omisión de los operadores judiciales que tenían a cargo la presente causa, en citar a U.U. a la otra dirección registrada en el presente expediente, siendo notificado por estado como lo reseñamos en el compendio del acápite de la actuación procesal.

En este punto debemos hacer un alto para indicar que la instituciones militares y policiales, además de contar con una oficina de talento o recursos humanos y archivo general donde reposan las hojas de vida del personal activo como retirado, cuenta con una unidad de prestaciones sociales donde igualmente se encuentra información concerniente al miembro institucional militar o policial en uso de buen retiro o retirado por alguna de las causales contempladas en la ley, en un expediente denominado prestacional donde igualmente figura la última dirección de residencia o sitio de ubicación del ex integrante de la fuerza pública, que en ocasiones es diferente a la que se halla registrada en las otras dependencias, siendo misión obligatoria del operador judicial castrense agotar las gestiones necesarias e indispensables para establecer el sitio donde puede ser localizado el sindicado o procesado conforme lo dispone nuestro estatuto procesal castrense (art.341) cuando se refiere a la formas de notificación señalando que “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 secretaria 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”.

Como vemos, fue el propio legislador el que contempló que deben realizarse diligencias para surtir la diligencia de notificación personal precisamente para

garantizar el debido proceso, derecho de defensa y principio de contradicción de raigambre constitucional y legal, es decir, que no únicamente se puede acudir a una sola diligencia para localizar al sindicado o procesado, sino que se debe acudir ante las diferentes base de datos de la institución militar o policial, donde se halle registrada la dirección de requerido teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto.

Lo anterior conllevó a que U.U. no pudiera controvertir las pruebas allegadas y practicadas en su contra, ni solicitar la realización de las que considerara pertinentes para su defensa, siendo tales medios probatorios los que sirvieron de cimiento para que el señor Juez de Primera Instancia ante la Inspección General de la Policía Nacional fundamentara la sentencia condenatoria, pues hizo referencia tanto de las pruebas practicadas en la etapa preliminar como de algunas de las incorporadas en la investigación formal a través de la figura de prueba trasladada, lo que a todas luces es irregular y vulnera los plurimencionados mandatos constitucionales a que hemos hecho referencia, pues nunca tuvo la oportunidad repetimos de controvertirlas y muchos menos conocía que se le estuviera adelantando investigación en su contra.

Es imperioso recordar, que el proceso penal militar al ser un escenario de controversia, por medio del cual el Estado representado por los operadores judiciales castrense ejercita su derecho de investigar, calificar y juzgar en aras del principio de legalidad, no puede desarrollarse de manera arbitraria y caprichosa, sino conforme a las disposiciones penales militares existentes, ya que la ley establece reglas claras y precisas tanto para el adelantamiento de la actuación en cada una de sus etapas como para la notificación o comunicación de los diferentes autos o decisiones a los sujetos procesales que en esta se adopte, debiéndose por tanto acatar las mismas por los operadores judiciales ya que su desconocimiento como vemos, transgrede principios fundamentales como el debido proceso, derecho de defensa y principio de contradicción de garantía Constitucional, de lo cual igualmente la Honorable Corte Suprema de Justicia ha indicado. (...). **(Rad. 155196, 6 de marzo de 2009, MP. Capitán de Navío CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**



## VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE INVESTIGACION INTEGRAL

Afectación a los derechos de verdad, justicia y reparación.

“(...) **La Corte ha definido impunidad:** la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, (bajo la obligación general del Estado de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares.”

Con este prenotado inicial, sería del caso conocer la consulta de la sentencia absolutoria proferida a favor del AG. BGMM, pero desde ya, la Sala observa irregu-



laridades sustanciales que afectaron el debido proceso<sup>59</sup> por vulneración al principio de investigación integral, que de conformidad con el artículo 389 del Código Penal Militar conllevan a la declaratoria de nulidad a efectos de que se reponga la actuación con las garantías procesales no solo a favor del procesado sino de las víctimas y terceros perjudicados con la conducta punible, en el entendido que estos tienen el derecho a la verdad, la justicia y a la reparación so-pena de hacer nugatorios sus derechos.

Es así como desde el momento de la instrucción del proceso se ordenó la práctica de pruebas en aras de esclarecer las circunstancias de modo, tiempo y lugar como acontecieron los hechos, pero no fueron practicadas en su totalidad, es decir que la instrucción no se perfeccionó, veamos;

(...) Las pruebas que faltan por practicar son pertinentes, conducentes y necesarias para el esclarecimiento de los hechos; si no se efectúan estamos lejos de tener una investigación seria metódica e integral que de tranquilidad a la sociedad, a las víctimas y a los terceros interesados en el proceso, en donde se demuestre que los organismos del Estado realizaron todas las labores tendientes a una investigación integral e imparcial y evitar cualquier omisión que ponga en vilo y en tela de juicio la recta e imparcial administración de justicia.

Con relación al tema de la nulidad por falta de investigación integral la Honorable Corte Suprema de Justicia ha dicho<sup>60</sup>:

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

“Es una realidad que para los funcionarios judiciales es un imperativo realizar la investigación integral, esto es, todo lo tendiente a la demostración de la infracción y de la responsabilidad penal, conjuntamente con aquello que pueda llevar a la absolución del procesado o al reconocimiento de atenuantes de cualquier género (...). Esta norma de garantía para el ciudadano, le reconoce al Estado el ejercicio del **ius puniendi**, pero al mismo tiempo le demarca esa potestad, al señalar su finalidad cual es la obtención de la justicia; por ello, entonces, el imperativo de la investigación integral garantiza, dentro de las limitaciones de la justicia dispensadas por los hombres, la emisión de fallos que aproximen al máximo el concepto de Justicia. “

Una vez señaladas en concreto las pruebas que los operadores judiciales dejaron de practicar, (más las que surjan de éstas) está acreditada la trascendencia del vicio que soslayó el debido proceso y la verdad histórica, presentándose una inactividad en la práctica probatoria con relación a las pruebas que eran pertinentes, conducentes y necesarias para el esclarecimiento de los hechos, olvidaron el objeto

59 Artículo 388 numeral 2 del Código Penal Militar

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

y los fines de la investigación integral, reconociendo una duda en la autoría que no surge de la prueba aportada y menos aún cuando la patrulla y su comandante tenían la posición de garantes respecto de la víctima, pues como se afirma en el proceso, su condición de delincuente no autorizaba su ejecución lo que significaría el ejercicio de la justicia por su propia mano; por lo que en el entendido de llegarse a comprobar las afirmaciones que hizo el denunciante, la investigación daría un vuelco total de trescientos sesenta grados y en especial con relación a la culpabilidad y al principio del juez natural.

Siendo importante resaltar que por ahora, no se ha demostrado una legítima defensa que se configura en virtud de una agresión actual e injusta e inminente, por lo que ha de señalarse con las pruebas legalmente recaudadas hasta el momento, que NPC fue muerto producto de un disparo por la espalda por uno de los integrantes de la patrulla policial cuando lo procedente era, tratándose de una persona requerida por las autoridades jurisdiccionales como los muestran los antecedentes en el proceso, capturarlo y dejarlo a disposición ante la autoridad competente.

(...) Así las cosas, lo procedente es decretar la nulidad a partir del auto que ordenó el cierre de la investigación<sup>61</sup> de conformidad con el artículo 388.2 del Código Penal Militar que preceptúa son causales de nulidad en el proceso penal militar: “la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso”. **(Rad. 155305, 19 de marzo de 2009, MP. CR. (R) ROSA ELENA TOVAR GARCIA, Primera Sala de Decisión).**



## Justicia Penal Militar

Avanzar con Justicia,  
Autonomía e Independencia





# Justicia Penal Militar

Avanzar con Justicia,  
Autonomía e Independencia

## Dirección Ejecutiva

Avenida El Dorado Carrera 52 - CAN  
Segundo piso Ministerio de Defensa Nacional  
Conmutador: 315 0111 Ext. 4136  
Teléfonos: 266 0246 - 222 7418  
MK. 2170