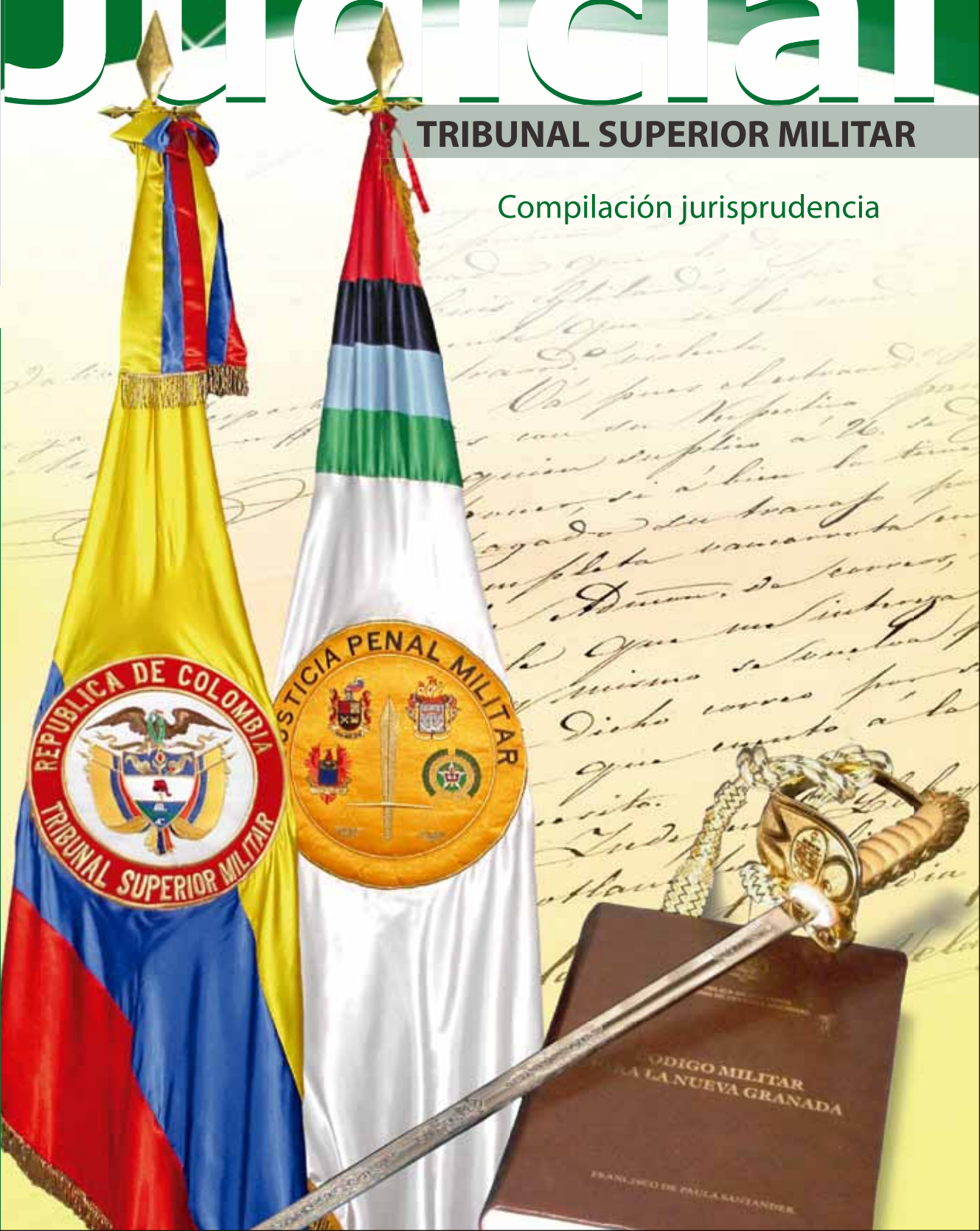
Nueva Revista

Judicial

No. 004 Diciembre 2010

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

Compilación jurisprudencia



Nueva Revista

Judicial

Tribunal Superior Militar

Edición 004 Diciembre de 2010

Justicia Penal Militar

ALM. EDGAR AUGUSTO CELY NÚÑEZ
Comandante General de las Fuerzas Militares
Presidente Tribunal Superior Militar
Dirección General

CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA
Vicepresidente Tribunal Superior Militar

ALEX DE JESÚS SALGADO LOZANO
Director Ejecutivo Justicia Penal Militar (E)
Subdirección

TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA
C.N (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ
TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO
MY. (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME

TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS
SP. AMANDA MOLINA VILLARREAL
Comité de Redacción

LILIAN POLANÍA ORJUELA
JENNYFER MOLINA SÁNCHEZ
Dirección de Arte

Diseño
ANDRÉS BUITRAGO

Impresión
GRAFISMO IMPRESORES

Almirante
EDGAR AUGUSTO CELY NUÑEZ
Comandante General de las Fuerzas Militares
Presidente Tribunal Superior Militar
Dirección General

Capitán de Navío
CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA
Vicepresidente Tribunal Superior Militar

EL ELOGIO DEL JUEZ

La motivación de las sentencias es, verdaderamente, una garantía grande de justicia, cuando mediante ella se consigue reproducir exactamente, como en un croquis topográfico, el itinerario lógico que el juez ha recorrido para llegar a su conclusión; en tal caso si la conclusión es equivocada, se puede fácilmente determinar, a través de la motivación, en qué etapa de su camino perdió el juez la orientación.

Creo que la angustia más obsesionante para un juez escrupuloso ha de ser precisamente esta: sentir, sugerida por la conciencia, cuál es la decisión justa, y no conseguir los argumentos para demostrarlo únicamente según la lógica. En este aspecto, es conveniente que el juez tenga también, aun en pequeño grado, algo de la habilidad del abogado; porque, al redactar la motivación, debe ser el defensor de la tesis ya fijada por su conciencia.

El juez óptimo es aquel en quien prevalece, la rápida intuición humana. El sentido de la justicia, mediante el cual se aprecian los hechos y se siente rápidamente de qué parte está la razón, es una virtud innata, que no tiene nada que ver con la técnica del derecho; ocurre como en la música, respecto de la cual la más alta inteligencia no sirve para suplir la falta de oído.

No basta que los Magistrados conozcan a la perfección las leyes escritas; sería necesario que conocieran perfectamente la sociedad en que esas leyes tienen que vivir.

Piero Calamandrei

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA FRENTE AL NUEVO CÓDIGO PENAL MILITAR

"La justicia es la verdad en acción"
Joseph Joubert

EDITORIAL

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

El pasado 17 de agosto de 2010 el señor Presidente de la República sancionó el texto del Nuevo Código Penal Militar, el cual fue promulgado en la misma fecha, según el Diario Oficial N°. 47.804 dando así publicidad a la Ley 1407 en la misma calenda.

Después de varios años en su trámite, hoy la jurisdicción Penal Militar y el país cuentan con un Código actualizado en su parte general, acorde con la dogmática jurídico penal moderna, contenida en la Ley 599 de 2000, pero en especial con un nuevo procedimiento a tono con el sistema procesal vigente e imperante actualmente, como lo es el Sistema con tendencia adversarial que en su momento adoptó la justicia ordinaria a través del Acto Legislativo N°. 003 de 2002 y de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.

Desde el momento de su publicación, la ley 1407 de 2010 ha tenido vigencia en temas muy puntuales como son la aplicación de los principios sustanciales de favorabilidad y legalidad.

Precisamente, esta revista constituye una herramienta útil para nuestros administradores de justicia y una orientación bien importante de precedentes judiciales de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y del mismo Tribunal Superior Militar, en la aplicación de estos principios rectores; y en cuanto a su vigencia, donde se abordan en la publicación algunas de las providencias más recientes en estas temáticas.

Es importante que en este proceso de transición, de aplicación y vigencia de leyes en el tiempo, como son la Ley 522 de 1999 y 1407 de 2010, los funcionarios judiciales profundicen en su estudio y en especial consulten las decisiones de la Corte Constitucional[1] y de la misma Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal[2] .

Este es un gran reto que abordamos hoy como funcionarios judiciales, pues si bien se hace necesario reglamentar por mandato de la misma ley, temas puntuales como la Fiscalía General Penal Militar, Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar, requisitos para ocupar los nuevos cargos, así como aspectos relacionados con la función administrativa de nuestra justicia especializada, somos nosotros los garantes de la Constitución y de los derechos de los intervinientes en el proceso penal, incluida obviamente la víctima que constituye hoy en día un actor preponderante en el Estado Social y Democrático de Derecho en el reconocimiento de los principios de verdad, justicia y reparación.

Será la jurisprudencia la que vaya decantando los alcances de la ley, empero, a todos los integrantes de la justicia castrense nos corresponde una responsabilidad mayúscula frente a esta nueva normativa, con estudio, conciencia y compromiso.

1 Sentencias de la Corte Constitucional N°. C-957, diciembre 1 de 1999, MP. ALVARO TAFUR GALVIS, C-873, septiembre 30 de 2003 MP. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA, C-1092, noviembre 19 de 2003, MP. ALVARO TAFUR GALVIS, C-592 junio 9 de 2005, MP. ALVARO TAFUR GALVIS, C-708 Julio 6 de 2005, MP. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, C-801 agosto 2 de 2005, MP. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, C-592 junio 9 de 2005, MP. ALVARO TAFUR GALVIS y C-932 noviembre 15 de 2006, MP. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

2 Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal febrero 9 de 2006, Radicado N°. 23700, MP. ALFREDO GOMEZ QUINTERO y Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal octubre 20 de 2010, MP. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

INDICE ALFABÉTICO GENERAL

ABANDONO DEL PUESTO
El Abandono del Esquema de Control de Tránsito constituye abandono del puesto, no desobediencia.
Rad. 156600, 13 de agosto de 2010
MP.MY(R)JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME.....17

ABANDONO DEL PUESTO
La función de un escolta se enmarca en los ingredientes normativos del tipo facción o servicio.
Rad. 156453, 22 de abril de 2010
MP.TC.FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS.....17

ABANDONO DEL PUESTO
Naturaleza del bien jurídico en materia penal militar. Estudio dogmático. El ingrediente normativo "puesto" debe ser concebido no solo desde la perspectiva objetivo material, sino funcional.
Rad. 156500, 25 de mayo de 2010
MP.TC.CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.....19

ACCIÓN DE REVISIÓN
Mecanismo excepcional. Sólo procede por las causales previstas en el artículo 373 del Código Penal Militar.
Rad. 156376, 28 de Julio de 2010
MP.MY.(R).JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME.....21

ACLARACIÓN DE LA SENTENCIA
No es mecanismo para obtener la reforma de la sentencia.
Rad. 155217, 25 de junio de 2010
MP.TC.JACQUELINE RUBIO BARRERA.....22

ACTOS RELACIONADOS CON EL SERVICIO
No sólo comprenden actividades operacionales.
Rad.156054, 26 de julio de 2010
MP.CR.MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE.....23

ADECUACIÓN TÍPICA
Se vulnera cuando la imputación difiere del supuesto fáctico real.
Rad. 156390, 22 de septiembre de 2010
MP.CN.CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA.....24

AGOTAMIENTO DE LAS ETAPAS PROCESALES
Se viola el debido proceso cuando se pretermite los términos legales o la secuencia lógica de los actos procesales.
Rad. 156024, 30 de julio de 2010
MP. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA.....25

ATAQUE AL INFERIOR
Antijuridicidad formal y material.
Rad. 156184, 25 de mayo de 2010
MP.MY(R).JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME.....26

ATAQUE AL SUPERIOR
Actos relacionados con el servicio en el delito de Ataque al Superior / Alcance de este elemento de tipo objetivo.
Rad.156181, 27 de mayo de 2010
MP.CN.(R).JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ.....27

ATAQUE AL SUPERIOR EN LA MODALIDAD DE AMENAZAS
Estructura para su configuración.
Rad.156374, 12 de mayo de 2010
MP.TC.JACQUELINE RUBIO BARRERA.....28

AUTO DE APERTURA DE INVESTIGACIÓN
No procede recursos en su contra / debe existir fundamento.
Rad.156698, 29 de septiembre de 2010
MP.CN.(R).JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ.....28

AUTO INHIBITORIO
En la jurisdicción penal militar, éste presupone indefectiblemente el agotamiento de la indagación preliminar.
Rad. 156443, 16 de junio de 2010
MP.CR.MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE.....29

AUTO INHIBITORIO
Causales para proferir decisión inhibitoria.
Rad. 155964, 17 de junio de 2010
MP.MY(R).JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME.....30

CALIFICACIÓN DEL MÉRITO SUMARIAL
Prevalencia de la Resolución de Acusación de segunda Instancia.
Rad. 148949, 30 de agosto de 2010
MP. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA.....31

CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR
Estudio dogmático.
Rad. 155907, 28 de junio de 2010
MP.MY(R).JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME.....33

CAUSALES DE RECUSACIÓN
Principio de taxatividad en su estructuración.
Rad.156504, 18 de mayo de 2010
MP.CN.(R).JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ.....36

CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO
No procede sin una debida vinculación del sujeto activo al proceso.
Rad. 151440, 08 de junio de 2010
MP.CR.MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE.....38

CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO
Causales Código Penal Militar.
Rad. 155857, 24 de agosto de 2010
MP.MY.(R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME.....38

CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO
Necesidad que exista una vinculación previa del procesado.
Rad. 156283, 26 de mayo de 2010
MP.TC.ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO.....39

COHECHO PROPIO
La Prueba ilícita es la que viola derechos fundamentales y por lo tanto debe ser excluida.
Rad. 156358, 30 de agosto de 2010
TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA.....40

COLISIÓN DE COMPETENCIA
Conforme a los postulados del principio de legalidad, lo que determina la competencia es la preexistencia del Juez para el momento de la comisión de la conducta y no la verificación de una etapa procesal como lo es el juicio.
Rad. 156198, septiembre 22 de 2010
MP.TC.CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.....42

COLISIÓN DE JURISDICCIONES
En la Ley 522 /99 pueden invocarla el Fiscal Penal Militar y el Juez de Conocimiento.
Rad. 156538, 23 de junio de 2010
MP.CR.MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE.....45

CONCURSO DE TIPOS
Concurso efectivo entre los delitos de hurto y fabricación, posesión y tráfico de armas, municiones y explosivos.
Rad. 156194, 20 de abril de 2010
MP.TC.ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO.....45

CONCUSIÓN
Presupuesto para que la conducta se realice dentro de la órbita de la relación directa con el servicio. Diferencia entre cargo y función.
Rad. 154591, 08 de junio de 2010
MP.TC.CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.....47

CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL
Alcance. Si se impone de manera general, comprende tanto las penas principales, como las accesorias.
Rad. 155129, 29 de junio de 2010
MP.TC.ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO.....48

CULPA
No reside en actos de voluntariedad del sujeto agente, sino en el desvalor objetivo de la acción realizada.
Rad. 155792, 27 de agosto de 2010
MP.MY.(R).JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME.....49

DEBIDO PROCESO
Es inexistente la diligencia de versión libre cuando se permite que persona diferente al juez interrogue.
Rad. 156466, 26 de mayo de 2010
MP.CN.CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA.....50

DEBIDO PROCESO
Observancia formas propias de cada juicio.
Rad. 156129, 29 de junio de 2010
MP.TC.ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO.....52

DELITOS IMPRUDENTES
La intervención posterior de un tercero no desplaza la imputación de la conducta culposa inicial.
Rad. 155596, 30 de junio de 2010
MP.TC.FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS.....53

DERECHO DE DEFENSA
Violación por inactividad del abogado.
Rad. 155939, 7 de septiembre de 2010
MP.MY.NORIS TOLOZA GONZÁLEZ.....54

DESERCIÓN
El ingrediente normativo de proximidad de rebeldes o sediciosos.
Rad. 156317, 27 de abril de 2010
MP.TC.FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS.....56

DESERCIÓN
Reiteración del momento consumativo. Efectos de la fecha de novedad fiscal sobre la condición de militar en servicio activo.
Rad. 156545, 02 de noviembre de 2010
MP.TC.CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.....56

DESERCIÓN
La Calidad de militar se pierde con la ejecutoria del acto administrativo que dispone el retiro y no con la novedad fiscal.
Rad. 156477, 29 de junio de 2010
MP. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA.....60

EL PRINCIPIO DE CONFIANZA
Constituye un límite en la imputación de responsabilidad en el delito imprudente.
Rad. 156227, 16 de septiembre de 2010
MP.TC.FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS.....60

EL SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE DESERCIÓN
El acto administrativo que da de alta al soldado lo vincula con el servicio militar obligatorio.
Rad. 155858, 18 de marzo de 2010
MP.TC.FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS.....62

EL TESTIMONIO
El haberse ordenado de manera general en el auto de apertura, impide invocar su nulidad.
Rad. 156677, 6 de octubre de 2010
MP.TC.FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS.....63

ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO
Debe ponderar la actuación teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar que median.
Rad. 156179, 20 de mayo de 2010
MP.CN.(R).JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ.....63

ERROR VENCIBLE
No puede olvidarse que para evaluar como verificada la conciencia de antijuridicidad basta que para su estructuración que el procesado haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta. Diferencia entre el error vencible e invencible.
Rad. 151612, 15 de abril de 2010
MP.TC.CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.....65

ESTRICTO CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL
Procedencia cuando se observan las normas del D.I.H.
Rad. 155946, 29 de julio de 2010
MP.MY.NORIS TOLOZA GONZÁLEZ.....65

FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PÚBLICO
Antijuridicidad material en caso de adulteración de un registro de vuelo.
Rad. 152599, 19 de julio de 2010
MP.TC.FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS.....67

FALSO TESTIMONIO
Su no relación con el servicio.
Rad. 156560, 13 de agosto de 2010
MP.CR.MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE.....69

FAVORABILIDAD FRENTE AL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA
Su observancia como principio rector conlleva a que la Corporación se inhiba de conocer de las consultas al desaparecer el grado jurisdiccional en la Ley 1407 de 2010.
Rad. 156456, octubre 27 de 2010
MP.TC.CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.....70

FAVORABILIDAD PENAL
Por virtud del principio de favorabilidad, se debe aplicar la Ley 1407 de 2010 que eliminó el grado jurisdiccional de la consulta.
Rad. 156607, 29 de octubre de 2010
MP.TC.ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO.....72

FAVORECIMIENTO DE LA FUGA MODALIDAD CULPOSA
Cuando en las conductas imprudentes hay ausencia de uno de sus componentes subjetivos, se predica atipicidad de la conducta.
Rad. 156349, 31 de agosto de 2010
MP. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA.....73

FINES DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO
Cuando la finalidad esté encaminada a proteger a la comunidad, dentro de ésta se encuentra implícita la comunidad militar.
Rad. 156646, 31 de agosto de 2010
MP. TC PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA.....73

FUERO MILITAR
Alcance - diferencias conceptuales.
Rad. 154465, 20 de junio de 2010
MP.CN.CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA.....75

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA
Aplicación del principio de Favorabilidad con la entrada en vigencia del Nuevo Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010.
Rad.155483, 22 de octubre de 2010
MP.CR.MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE.....76

HOMICIDIO
Requisitos de la causal de justificación, ejercicio legítimo de un cargo público.
Rad. 155882, 31 de mayo de 2010
MP.TC.FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS.....77

HOMICIDIO
En un escenario de conflicto interno, el miembro de la Fuerza Pública actúa en cumplimiento de un deber legal.
Rad.156000, 10 de mayo de 2010
MP.CN.(R).JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ.....79

HOMICIDIO CULPOSO
El exceso de velocidad en la conducción de automotores, incrementa la fuente de riesgo.
Rad. 156285, 13 de septiembre de 2010
MP.TC.ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO.....79

HOMICIDIO EN DESARROLLO DE OPERACIONES MILITARES
Marco jurídico.
Rad. 156498, 27 de mayo de 2010
MP.MY.(R).JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME.....81

HURTO
Estudio dogmático - Elementos estructurales de la conducta punible.
Rad. 156221, 24 de Mayo de 2010
MP.MY.(R).JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME.....82

IMPUTACIÓN OBJETIVA
Principio de confianza y culpa exclusiva de la víctima.
Rad. 155897, 30 de julio de 2010
MP.MY.NORIS TOLOZA GONZÁLEZ.....83

IMPUTACIÓN OBJETIVA
Su desarrollo y evolución en el ámbito de la Jurisdicción Penal Militar.
Rad. 153880, 31 de agosto de 2010
MP.TC.CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.....84

IMPUTACIÓN OBJETIVA
Precisión conceptual.
Rad. 156300, 20 de septiembre de 2010
MP.TC.CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.....91

INDEMNIZACIÓN INTEGRAL
Su cumplimiento verifica la causal de improseguibilidad de la acción.
Rad. 156406, 10 de agosto de 2010
MP.TC.CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.....92

INIMPUTABILIDAD
Asunto Judicial, no pericial.
Rad. 155579, 29 de septiembre de 2010
MP. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ.....93

INUTILIZACIÓN VOLUNTARIA
Requisitos para su configuración.
Rad. 156471, 24 de mayo de 2010
MP.CN.CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA.....94

INVESTIGACIÓN INTEGRAL
Solo puede darse por afectada cuando se dejan de practicar
pruebas que con trascendencia, favorecen al procesado.
Rad. 156396, 30 de septiembre de 2010
MP.CR.MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE.....95

JURISPRUDENCIA
Produce efectos vinculantes para los administradores de justicia.
Rad. 156064, 10 de agosto de 2010
MP.MY.NORIS TOLOZA GONZÁLEZ.....96

LA SEGURIDAD DE LA FUERZA PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO
El principio de lesividad.
Rad. 155935, 28 de septiembre de 2010
MP.TC.FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS.....96

LESIONES PERSONALES – FAVORABILIDAD
Modificación condena delito doloso o culposo no afecta congruencia.
Rad. 156052, 30 de junio de 2010
MP. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA.....98

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO – FINES
Un adecuado test de proporcionalidad sugiere la verificación no solo de aspectos de contenido formal, sino la material naturaleza del bien jurídico tutelado en el ámbito penal militar y los criterios de prevención general de la pena.
Rad. 156602, agosto 3 de 2010
MP.TC.CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.....99

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA
Fines Constitucionales
Rad. 156427, 07 de abril de 2010
MP.MY.(R).JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME.....101

NULIDAD
Se transgrede el principio al debido proceso, cuando no se resuelve el recurso primario y se concede el de apelación.
Rad. 156546, 14 de julio de 2010
MP.CN.CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA.....102

PARTE CIVIL
Improcedencia de vinculación como tercero civilmente responsable y llamamiento en garantía al Director General de la Policía Nacional.
Rad. 156485, 9 de julio de 2010
MP.CN.CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA.....103

PECULADO CULPOSO
La pérdida o extravío del elemento debe generar un grado de lesividad de forma tal que su ausencia sea de fácil percepción.
Rad. 156211, 30 de junio de 2010
MP.CN.(R).JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ.....105

PECULADO CULPOSO
Deber de cuidado con las armas de fuego de dotación oficial.
Rad. 156185, 28 de abril de 2010
MP.TC.ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO.....106

PECULADO CULPOSO
Antijuridicidad material
Rad. 156357, 31 de agosto de 2010
MP.TC.ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO.....107

PECULADO CULPOSO
Ámbito de protección de la norma frente al reintegro de lo extraviado, perdido o dañado.
Rad. 156506, 28 de julio de 2010
MP.CN.CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA.....108

PECULADO CULPOSO Y ARRESTO FRENTE A LA LEY 1407 DE 2010
Su ausencia en la descripción normativa dispuesta en el Nuevo Código Penal Militar, no es expresión de descriminalización, ni de inaplicación.
Rad. 156428, 14 de octubre de 2010
MP.TC.CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.....109

PENA ACCESORIA DE SEPARACIÓN ABSOLUTA DE LA FUERZA PÚBLICA
Con la entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2010, debe aplicarse el principio de favorabilidad penal.
Rad. 156563, 27 de octubre de 2010
MP.TC.ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO.....110

PENAS ACCESORIAS. SEPARACIÓN ABSOLUTA
Conforme al artículo 51 de la Ley 1407 del 17 agosto 2010 por favorabilidad, supresión de la pena de separación absoluta de la Fuerza Pública.
Rad. 155961, 22 de Octubre de 2010
MP.MY.(R).JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME.....111

PERSONA AUSENTE EN CORTE MARCIAL LEY 1058 DE 2006
Para su declaratoria solo se requiere haber notificado el auto que fijó fecha y hora para la audiencia.
Rad. 156409, 30 de junio de 2010
MP.MY.(R).JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOMEÓ.....113

PREVARICATO POR OMISIÓN
Elementos para su configuración.
Rad. 155938, 25 de agosto de 2010
MP. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ.....115

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS PENAS
Es imperativo la imposición en la sentencia de penas tanto principales como accesorias.
Rad. 156096, 30 de julio de 2010
MP. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA 116

PROCEDIMIENTO ESPECIAL
El sentido del fallo debe anunciarse siempre, no sólo cuando el procesado se declare culpable.
Rad. 156489, 30 de julio de 2010
MP. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA.....116

PROCEDIMIENTO ESPECIAL
Contenido de la sentencia ante la aceptación de cargos.
Rad. 156113, 30 de julio de 2010
MP. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ.....117

PROCEDIMIENTO ESPECIAL
En audiencia el Juez de Instancia debe verificar la realización del preacuerdo.
Rad.155665, 16 de julio de 2010
MP.CN.(R).JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ.....118

PROCEDIMIENTO ESPECIAL
La no lectura de la acusación no invalida la actuación.
Rad. 155905, 20 de agosto de 2010
MP.TC.FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS.....119

PRUEBAS
En la Corte Marcial deben ser conducentes a la materia del litigio.
Rad. 156069, 27 de julio de 2010
MP.CR.MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE.....120

PRUEBAS
Alcance de los principios de publicidad y contradicción.
Rad. 156433, 26 de julio de 2010
MP.TC.ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO.....120

QUERELLA
Legitimidad para interponerla y caducidad de la misma.
Rad. 156124, 14 de abril de 2010
MP.CN.CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA.....122

RECUSACIÓN
Es improcedente invocar la causal que apunta al principio de jerarquía en las fases de investigación y calificación.
Rad. 156674, 26 de agosto de 2010
TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.....123

RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN
Deber de concretar los cargos por el delito imputado al procesado.
Rad. 156325, 15 de junio de 2010
MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA.....124

TASACIÓN DE PERJUICIOS EN LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR
La pérdida de la capacidad laboral por las secuelas sufridas debe basarse en lo dictaminado por la junta de clasificación de invalidez.
Rad. 155548, 28 de mayo de 2010
MP.TC.CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.....125

USO DE ARMAS DE FUEGO POR EL CENTINELA
Reglamento de Guarnición Fuerzas Militares autoriza uso como última ratio.
Rad. 156186, 27 de agosto de 2010
MP.MY(R).JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME.....127

VÍCTIMAS
Derechos en el proceso penal militar.
Rad. 155256, 30 de agosto de 2010
MP. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ.....128

ABANDONO DEL PUESTO

El Abandono del Esquema de Control de Tránsito constituye abandono del puesto, no desobediencia.

(…) De manera que como el procesado estaba nombrado en forma permanente para prestar el servicio de control de tránsito dentro del municipio, lo convierte en integrante del servicio de vigilancia y seguridad, por tanto, el abandonar aquél esquema, interrumpe la función del servicio asignada, por lo cual, el injusto penal que debe imputársele tiene que ser el abandono del puesto, dada la naturaleza del bien jurídico afectado, luego, si bien podría señalarse a priori, como lo hizo el A – Quo, que tal comportamiento implica un quebranto a la disciplina policial, también lo es que, dadas las circunstancias específicas en que ocurrió el hecho, en tanto que se produjo en momentos en que se hallaba prestando servicio de control de tránsito, indefectiblemente debe llevar al proceso de adecuación típica del punible de abandono del puesto y no el de desobediencia, como quiera que tal comportamiento de manera concreta vulnera el servicio, dada la generalidad del bien jurídico de la disciplina, ello en perfecta consonancia con el postulado que nos indica que el bien jurídico de la disciplina es el género y la especie es el bien jurídico del servicio. **(Rad. 156600, agosto 13 de 2010, MP. MY (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ABANDONO DEL PUESTO

La función de un escolta se enmarca en los ingredientes normativos del tipo facción o servicio.

(...) Del texto se desprende, cuáles son los servicios que prestan las unidades policiales y allí de manera detallada se señalan los servicios a prestar desde el más alto nivel en la Dirección, como lo es el servicio de Oficial de Inspección de Direcciones, pasando por el Oficial de Supervisión, Oficial de Inspección en la Policía Metropolitana, Alférez de Escuela, Servicio de Estudiante Control Alojamiento, Servicio Imaginaria, Corneta de Servicio, incluso llega hasta el Conductor de Servicio, entre otros servicios allí señalados. En esa discriminación de servicios se contempla el servicio que debe prestar el Jefe de Seguridad de la Organización de “Protección y Servicios Especiales” donde una de sus funciones es supervisar el cumplimiento del servicio encomendado a los escoltas, de donde se deduce que el deber funcional del escolta es contemplado como un servicio, es lo que se colige del precepto normativo de la Resolución 03514 en su artículo 44. Adicional a ello a esta comprensión se debe llegar atendiendo la nueva realidad institucional del estamento policial , y en consecuencia ir superando que la facción única y exclusivamente se desarrolla en una coordenada determinada, para entender que también es posible en diferentes escenarios dependiendo

del servicio a cumplir por la unidad policial,[3] apertura conceptual vista desde los nuevos retos que afronta la Policía Nacional que implican nuevos roles de deberes funcionales en cuanto a la facción, a manera de ilustración, tal sería el caso del nuevo esquema de seguridad por cuadrantes en las ciudades y el caso sub judice, el deber funcional del escolta.

Reseñado el contexto normativo anterior, se considera que la actividad que despliega el escolta es un servicio, gobernado por los fines de la Dirección de la Policía Nacional y concretados por la misión encargada a la Dirección de Protección y Servicios Especiales. En tal entendido, es que se señala que la infracción que el escolta cometa en su deber funcional puede abordar el punible de abandono del puesto descrito en la Ley Penal Militar en su artículo 124, bajo el presupuesto que aquél sujeto activo cualificado en su condición de policial, que se encuentre de facción o de servicio entre otras conductas lo abandone por cualquier tiempo, y ponga en peligro el bien jurídico tutelado cual es el servicio reflejado en la actividad de seguridad del personaje protegido.

Sujeto éste, que de acuerdo a su entorno físico, funcional y familiar, delimita las circunstancias temporo-espaciales del servicio de escolta (…).

Adicional a lo anterior los ingredientes del tipo penal de abandono del puesto previsto en el artículo 124 "facción o servicio" han de entenderse como diferentes y alternativos, que el tipo penal se estructura objetivamente cuando el sujeto de ausenta estando de facción, pero también cuando se ausenta estando de servicio; y bajo estas premisas diríamos en búsqueda de una delimitación conceptual en cuanto al deber funcional del escolta; que el estado de facción inicia en el momento que toma contacto con el personaje protegido al tiempo que despliega su función concreta y directa de protección y seguridad. Y el marco del servicio de escolta inicia previo su nombramiento en el momento de la formación de relación con su superior, donde recibe las instrucciones y los elementos para el ejercicio de su deber funcional de protección (armas, vehículos y otros), termina su servicio después de haber entregado a su protegido, ya sea a otro funcionario o en su vivienda, y realiza el reporte o presentación personal a su superior, al tiempo que reintegra los elementos. En ese orden de ideas, es que no se reciben los planteamientos del apelante en el sentido que su defendido no recibió el servicio…" **(Rad. 156453, 22 de abril de 2010, MP. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

3 RESOLUCIÓN No. 03514 DE 2009, "Por la cual se expide el Reglamento de Supervisión y Control de servicios para la Policía Nacional"… EL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL DE COLOMBIA En uso de sus facultades legales, y en especial de las conferidas en el numeral 8 del artículo 2 del Decreto 4222 de 2006, y… CONSIDERANDO: Que se hace necesario evaluar y actualizar el Reglamento de Servicios de Guarnición aprobado mediante Resolución No. 9857 de noviembre 09 de 1992, de conformidad con la nueva realidad institucional. .. Que es conveniente reglamentar las formas de supervisión y control a los servicios y actividades externas e internas, que se prestan en las instalaciones policiales, como medio para incrementar y mantener niveles adecuados de eficiencia y efectividad en el desarrollo de los diferentes servicios. (subrayado fuera de texto).

ABANDONO DEL PUESTO

Naturaleza del bien jurídico en materia penal militar. Estudio dogmatico. El ingrediente normativo "puesto" debe ser concebido no solo desde la perspectiva objetivo material, sino funcional.

En rigor dogmático el delito de Abandono del Puesto se concibe como un injusto de mera conducta, como tipo penal especial requiere que el miembro de la Fuerza Pública esté de facción o servicio al momento en que decide desatender el puesto por cualquier tiempo, sin que se requiera resultado o se produzca una consecuencia en el mundo material perceptible por los sentidos. Dicho reato no se sanciona por el solo desvalor de acción, sino porque la finalidad es la protección del bien jurídico servicio, en el cual se concreta el desvalor de resultado. Al ser un tipo penal pluricomportamental, se realiza la norma también cuando el sujeto agente se duerme, se embriaga o se pone bajo efectos de sustancias estupefacientes. No determina el Legislador un espacio cronológico para agotar el comportamiento, sino que con la sola conducta y por cualquier tiempo se perfecciona el injusto. Este delito busca proteger el servicio, entendido como la multiplicidad de tareas que ejecuta la Fuerza Pública para alcanzar los cometidos Constitucionales dispuestos en los cánones 217 y 218, este último invocable al caso particular al contemplar:

"La ley organizará el cuerpo de Policía".

La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario".

Norma que debe ser interpretada de forma sistemática con los artículos 2 y 6 Ídem, lo que sugiere una posición de garantía por Institución y organización en quienes fungen como policiales y deben proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, derecho y libertades y para asegurar que los habitantes de nuestro país convivan en paz. Presupuestos de tal magnitud hacen que se llene de contenido el concepto servicio que se pretende proteger por vía de lo dispuesto en el Título II del Código Penal Militar. Por manera, que el servicio no puede ser visto como una noción aislada, alejada de la realidad social, ni con lectura sesgada o restringida que apunte solo a la consideración que bienes de tal naturaleza buscan la salvaguarda ínter sistemática de la Fuerza Pública.

El bien jurídico del servicio busca garantizar el cumplimiento de actividades propias de la Fuerza Pública, sin las cuales no es posible alcanzar los cometidos Constitucionales que definen la razón de ser de la Institución Militar o de Policía

en una sociedad, por ello sus efectos se proyectan efectivizando la gestión o menguándola. Un concepto de bien jurídico con dimensión práctico social, depende de la función del Derecho Penal Militar en la sociedad, si la configuración social se basa en bienes jurídicos, la norma penal debe apuntar a su protección.

Entendido que el servicio busca alcanzar los fines que determinan la razón de ser de la Fuerza Pública, es concebible que un bien de tal naturaleza tenga vocación institucional y organizacional. Ante tal panorama, la sistemática y coherencia del Derecho Penal, sugiere que el bien jurídico cumpla una función social, lo que no se supedita a nociones temporo espaciales, sino a la eficacia de quien está llamado a dinamizarlo cuando ostenta un cargo y desempeña cierta labor.

En consecuencia, la función que ejercitaban los policiales SC y SA de vigilancia y seguridad de una comunidad social, por demás deprimida, expuesta a riesgos, victimizada, como lo eran los desplazados, que clamaba por asistencia y protección, no puede ser vista dentro de un concepto restrictivo, temporal, limitado, o supeditado a interpretaciones de contenido meramente semántico o gramatical, pues ni aun así la tesis propuesta por los apelantes está llamada a prosperar. Conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua, "abandonar" significa incumplimiento de obligación legal, no hacer caso de algo, descuido. En cuanto a la expresión "puesto", ha de concebirse como lugar donde hay soldados apostados para un fin.

El diccionario Militar "ALMIRANTE", por "puesto" describe posición, lugar o paraje, grueso de masa destacado para la seguridad y vigilancia. Para Cabanellas "puesto" es todo "destacamento permanente de las fuerzas de seguridad, campo o lugar militar".

El Reglamento de vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional describe el servicio de policía en su artículo 34, así: "(…) la vigilancia permanente que el Estado presta por intermedio de la Policía Nacional, para conservar el orden público, proteger libertades, prevenir y controlar la comisión de delitos, de acuerdo con las necesidades y características de cada jurisdicción policial. El servicio de policía lo integra la vigilancia urbana y rural que son la base fundamental de las actividades preventivas y operativas de la Policía Nacional. (…).

Art. 36. POLICÍA DE VIGILANCIA. Es el servicio que presta el personal uniformado de la Policía Nacional en forma permanente e ininterrumpida en las ciudades, poblados y campos de acuerdo con las normas establecidas en el presente reglamento (…)" (Negrilla de la Sala). El servicio de vigilancia es identificado por turnos, delimitación de sectores, zonas o cuadrantes.

Lo anterior nos permite afirmar que lo que busca el Legislador con el delito de Abandono del Puesto no es la protección de un espacio geográfico determinado, entendido éste desde la perspectiva ontológica, sino garantizar la prestación de un servicio y el ejercicio de la función. En este sentido, la concepción "puesto" indica el ejercicio de la labor que se orienta a garantizar, en el caso en estudio, el servicio de vigilancia en un lugar determinado en condiciones óptimas de permanencia y eficacia. Su dejación implica no solo la ausencia física del sitio, sino que aún estando en el área determinada se renuncia a acatar el ejercicio de la función; tal entendimiento permite que el bien jurídico cumpla con la finalidad propuesta, como acertadamente lo han asimilado los funcionarios que tuvieron a cargo la actuación. **(Rad. 156500, 25 de mayo de 2010, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Sala Cuarta de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ACCIÓN DE REVISIÓN

Mecanismo excepcional. Sólo procede por las causales previstas en el artículo 373 del Código Penal Militar.

(…) la acción de revisión consagrada en el ordenamiento positivo, como un mecanismo extraordinario y excepcional dirigido a quebrantar el carácter definitivo, inmutable e irrevocable de las sentencias ejecutoriadas que hacen tránsito a cosa juzgada, tiene como fin revocar una sentencia que entraña un contenido de injusticia, porque la verdad procesal allí declarada es bien distinta a la histórica y real del acontecer fáctico objeto de juzgamiento, con base en las causales señaladas taxativamente en el ordenamiento procesal.

Desde esta óptica, dado su carácter excepcional, como quiera que sólo procede en los precisos casos señalados en la ley, la acción de revisión no constituye una continuación del juicio, ni corresponde a un recurso ordinario que permita valorar particulares argumentos dirigidos a cuestionar los fundamentos de la decisión judicial que ha hecho tránsito a cosa juzgada, que se halla amparada por el doble carácter de definitiva e inmutable, de manera que su fundamento estriba en la posibilidad real de lograr un fallo rescisorio, en orden a remediar la injusticia material en que haya podido incurrir el órgano jurisdiccional, únicamente y exclusivamente por la configuración de los precisos motivos establecidos en la ley procesal, cuya demostración corre a cargo del accionante, en quien el ordenamiento radica además, la carga de presentar la demanda acorde con los requisitos establecidos en el estatuto adjetivo.

Si bien la demanda no requiere mayores tecnicismos, es preciso que cumpla con los requisitos mínimos establecidos por el legislador [4], como quiera que no se trata de un alegato más dentro del proceso ni de un recurso adicional a los ordinarios, por lo tanto no es posible que por su conducto, se intente cuestionar

4 Artículo 375 código penal militar

las pruebas aportadas al proceso por el simple desacuerdo del actor con la forma en que fueron valoradas por los falladores, por ello, es ineludible que quien proponga quebrantar el carácter de cosa juzgada de una providencia, demuestre la existencia real de alguna de las causales señaladas en el artículo 373 del Código Penal Militar. **(Rad. 156376, 28 de Julio de 2010, MP. MY. (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME. Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ACLARACIÓN DE LA SENTENCIA

No es mecanismo para obtener la reforma de la sentencia.

"La defensa del oficial en mención, estima que hay lugar a la aclaración de la referida sentencia, porque en la parte resolutiva de la misma se dispone condenar a su defendido a la pena accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública, y en la parte motiva dicha sanción se fundamentó en el artículo 60 del Código Penal Militar, norma que a su juicio, fue modificada por el Decreto Ley 1791 de 2000, artículo 68, donde se consagró que " al personal que se le hubiere concedido el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, se le separará en forma temporal, por un tiempo igual al tiempo físico de condena".

Por lo anterior, sostiene que se incurrió en omisión sustancial en la parte resolutiva, deprecando aclarar la sentencia conforme al artículo 335 del Código Penal Militar, en el sentido que la separación ordenada es de carácter temporal por el término de la condena.

En primer lugar ha de señalarse que el Código Penal Militar en la norma antes citada, consagra la irreformabilidad de la sentencia por el mismo juez o sala de decisión que la hubiere dictado, no obstante, la misma preceptiva establece un remedio procesal que permite a la autoridad judicial, autora de la sentencia, corregir las deficiencias en caso de error aritmético, en el nombre del procesado o de omisión sustancial en la parte resolutiva.

Acorde con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la adición de la sentencia es viable "cuando se ha omitido la resolución de uno de los extremos de la litis, a fin de integrarla con los tópicos que por mandato de la ley han de ser resueltos en ella, dentro del término de ejecutoria, bien a petición de parte o de oficio, según lo dispuesto en el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión autorizada del artículo 23 del Estatuto Procesal Penal [5].

En este orden de ideas, revisada la presente actuación se observa la improcedencia de la solicitud de aclaración en este caso, por cuanto si bien es cierto, la petición fue signada por un sujeto procesal, y para el momento en que fue presentada la sentencia aún no había cobrado ejecutoria, también lo es que la sentencia cuya complementación se busca no omitió resolver ninguno de los

5 Proceso 22453, 4 de febrero de 2009

extremos de la litis, toda vez que en ella se ventilaron los puntos planteados por los apelantes, se decidió la responsabilidad del enjuiciado y se le impusieron las penas con fundamento en el Código Penal Militar.

El artículo 335 del Código Penal militar, únicamente permite corregir errores simplemente formales en la elaboración de la sentencia, sin que sea posible por este mecanismo modificar la esencia de lo decidido." **(Rad. 155217, 25 de junio de 2010, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ACTOS RELACIONADOS CON EL SERVICIO

No sólo comprenden actividades operacionales.

"(…) Esta pasmosa atestación de la defensa y los infundados argumentos en que quiméricamente a renglón seguido sustenta, riñen ostensiblemente con cualquier lógica jurídica, puesto que olvida que el Servicio y todas las actividades operacionales, logísticas y administrativas, que lo integran enervan uno de los pilares fundamentales de cualquier institución castrense, y que para el caso de las Fuerzas Militares, se orientan al cabal cumplimiento de la Misión Constitucional.

"(…) Ahora bien, y es que ni siquiera en el hipotético caso, que se diera alcance a la noción del Servicio del fuero o privilegio de jurisdicción, podría cercenarse su conceptualización solo a la actividad meramente operacional o ligada en estricto sensu al porte de armas, como infundadamente lo argumenta la defensa, pues esta incluye actividades logísticas y administrativas que estructuran su conceptualización; como bien se ha señalado en precedente de esta corporación (…).

Y volviendo al tema del concepto de Servicio, referido a los específicos deberes que atañen a los miembros activos de la Fuerza pública – Fuerzas Militares y Policía Nacional-, a quienes se les asignan funciones de Comando, Mando, dirección, vigilancia etc., tenemos que este desde luego da alcance al Régimen Interno de las Unidades Tácticas, cuando estas se encuentran en desarrollo de actividades normales en sus respectivos cuarteles, precisamente por qué dicho régimen fija las funciones generales de sus integrantes, de acuerdo a las dotaciones establecidas en las Tablas de organización y desde luego determina sus servicios para el cabal cumplimiento de la misión asignada para ese escalón de Mando.

Por ello, el verdadero cumplimiento del servicio es la convicción intima que el Militar tiene de las misiones asignadas y de los deberes que ha de cumplir en relación a aquellas, pues son reglamentarias, impuestas por los superiores o derivadas de una acertada iniciativa propia."**(Rad. 156054, 26 de julio de 2010, MP. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Sala Segunda de decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ADECUACIÓN TÍPICA

Se vulnera cuando la imputación difiere del supuesto fáctico real.

"(…) Es claro que cuando la imputación difiere del supuesto fáctico real, no puede ser tenida como fundamento correcto de la sentencia, sencillamente porque no se hace justicia material cuando el fallo no tiene un referente fáctico correcto, al encontrar una resolución de acusación acertada en lo fáctico, pero abiertamente desfasada en lo jurídico, así como también cuando se consagra el mismo error en la sentencia. Como consecuencia de estos casos, la nulidad se impone como remedio.

A esta decisión se llega por el cuerpo Colegiado luego de evaluar la situación fáctica y las decisiones jurídicas que se tomaron desde la instrucción cuando se resolvió la situación jurídica a los encartados, pasando por la acusación y culminando en la sentencia donde se le juzgó y condenó a los procesados por el punible de lesiones personales en la modalidad de culpa en calidad de coautores sin tener dicha afirmación la menor consideración a las luces de la dogmática penal, con un llano enunciado carente de total motivación.

Por su parte, la modalidad culposa de la conducta punible se concreta en aquellos eventos en que "el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado, y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto confió en poder evitarlo", lo que conlleva a predicar que ésta es parte estructural del tipo penal respectivo y que como tal debe examinarse en cada caso en particular, sin desatender los elementos objetivos y subjetivos que la integran. Igualmente, debe tenerse presente que dentro de los componentes objetivos y normativos están el sujeto activo que es indeterminado o calificado como en el caso de las lesiones personales culposas; una acción extratípica constituida por la infracción al deber objetivo de cuidado; la realización de un resultado lesivo y relevante-descrito en la norma imputada-., y la relación de causalidad o nexo de determinación-la trasgresión al deber objetivo de cuidado y el resultado típico que deben estar vinculados por una relación de determinación, es decir, la vulneración del deber genera el resultado.

Empero a más de lo anterior, el juzgador efectuó un tratamiento de coautoría –participación plural de personas en el delito culposo- sin hacer el menor esfuerzo en dicho señalamiento.

Ahora bien, todas estas consideraciones tienen un propósito: Realizar un juicio ex ante en el caso sub examine, como debe hacerlo el juzgador al valorar un comportamiento humano constitutivo de una conducta típica y antijurídica.

De las probanzas que reposan en el expediente se puede colegir sin lugar a equívocos, que los procesados obraron con conocimiento y voluntad de que con

su obrar podían dar muerte o lesionar la integridad física a quienes disparaban con sus armas de dotación.

Para esta Sala es claro que el problema jurídico que se debe resolver se relaciona con la forma de imputación subjetiva, dolo o culpa, para concluir sin más dilaciones que tomamos partido por la primera de estas modalidades, ya que es lo que se desprende de la esculticia procesal, del estudio del acontecer fáctico y de realizar la adecuación de la conducta a los aspectos relacionados con los contenidos del dolo.

Estas dificultades se despejan y se resuelven al recordar los conceptos que la doctrina ha realizado con el fin de distinguir el dolo de la culpa, (…).

De lo anterior se puede concluir, que la Fiscalía 19 Penal Militar como el Juez de Instancia de manera indebida adecuaron típicamente la conducta de los implicados en el delito de LESIONES PERSONALES CULPOSAS descrita en el Artículo 120 del Código Penal, razón por la cual se dispondrá la declaratoria de nulidad de la actuación en procura de realizar la calificación jurídica adecuada por cuanto las decisiones judiciales deben gozar de legalidad, para garantizar los derechos fundamentales y las garantías procesales". **(Rad. 156390, 22 de septiembre de 2010, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

AGOTAMIENTO DE LAS ETAPAS PROCESALES

Se viola el debido proceso cuando se pretermite los términos legales o la secuencia lógica de los actos procesales.

(…) Es decir, como acertadamente lo advierte la Representante del Ministerio Público y la recurrente, e igualmente apreciado por la Sala, el Funcionario pretermitió el término de ejecutoria del artículo 362 del Código Penal Militar que establece:

"Oportunidad y modo de interponerla. Las apelaciones se interpondrán así:

Contra lo autos interlocutorios, de palabra en el momento de la notificación, o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes (…)".

Obsérvese que la última notificación se surtió el 08 de junio de 2009 y en la misma, como ya se anotó, se plasmó la intención del defensor de apelar la decisión, luego los tres días que refiere el artículo precedente estaban comprendidos entre el 09 y 11 de junio de 2009, inclusive este último día, sin embargo, el juez violando el derecho de contradicción con el que contaba no sólo el Doctor R. sino todos los sujetos procesales, profiere decisión el 11 de junio de 2009, se repite, contraviniendo el derecho de contradicción y normas

procesales que erigen el debido proceso, por no permitirse por parte del Juez de Instrucción Penal el cabal cumplimiento de los actos procesales.

Violación que se presentó cuando no concedió los tres (3) días correspondientes para recurrir esta decisión y en el caso del Doctor R. sustentar su alzada, o sea, sin que el auto del 04 de junio de 2009, cobrara firmeza; para en su lugar pronunciarse el 11 de junio del mismo año mediante revocatoria de las medidas de aseguramiento y cesando procedimiento a favor de los procesados.

Recordemos que el Debido Proceso es el conjunto de garantías que protegen en igualdad de condiciones a los sujetos procesales, estas prerrogativas implican el cumplimiento de las normas de orden público, las cuales deben aplicarse a toda clase de actuación en procura de llevar un proceso justo, sin dilaciones injustificadas, donde indudablemente debe adoptarse una secuencia lógica de los actos procesales; así, el respeto de los términos legales[6] (…). **(Rad. 156024, 30 de julio de 2010, MP. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ATAQUE AL INFERIOR

Antijuridicidad formal y material.

(…) Para que surja la antijuridicidad es necesario que se lesione o se ponga en peligro un bien jurídicamente protegido por el legislador, sin que en su ejecución se advierta alguna justificación jurídicamente atendible, marca el contraste entre el hecho y el bien jurídicamente tutelado por el ordenamiento jurídico penal.

Debemos precisar entonces, sin duda alguna, que la antijuricidad debe ser entendida como aquel juicio negativo de valor, objetivo y subjetivo realizado al comportamiento humano concretado, con el cual se determina si la conducta típica pugna o no con el ordenamiento jurídico, en su conjunto – aspecto meramente formal -, si la conducta en concreto representó una amenaza o riesgo real o causó un daño efectivo al bien jurídico tutelado – aspecto material- pues el derecho penal, por imperativo del principio de inter¬vención mínima, no sanciona toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino sólo aquellas que son consecuencia de acciones especialmente intolerables, sin que para ello baste con la verificación de la carencia o presencia de una causal de ausencia de responsabilidad.

En este orden de ideas, debe precisarse primero que, el ataque al inferior es un tipo penal de peligro, en cuanto a la relación con el bien jurídico tutelado, se trata de una conducta cuya ejecución apenas amenaza o pone en peligro

6 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 22 de julio de 1992, MP. Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.

el bien jurídico que se ha querido proteger, dado que no se puede mirar la disciplina como bien jurídico de manera aislada, sino que debe valorarse dentro del contexto de los intereses colectivos que se protegen dentro de la Institución Militar, los cuales son de tal importancia que el legislador no espera que sean destruidos para sancionar al infractor, sino que los protege incluso de conductas que tengan poder para afectarlos o de colocarlo en peligro, por lo que sólo basta que el comportamiento del actor sea idóneo para amenazar el bien jurídico, sin que se requiera que efectivamente lo haya lesionado. **(Rad. 156184, 25 de mayo de 2010, MP. MY. (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ATAQUE AL SUPERIOR

Actos relacionados con el servicio en el delito de Ataque al Superior / Alcance de este elemento de tipo objetivo.

"Pues bien, en forma similar los otros dos testimonios mencionados y la injurada, se refieren a la labor que cumplía el denunciante en relación con el llamado a los Subalternos para que se levantaran, con el fin de que se iniciaran las actividades de régimen interno respectivas. Por supuesto, el hoy procesado hacía parte de dicho personal, de tal forma que mientras el Superior le insistía, el Subalterno renegaba de esa obligación y por lo menos, no se aprestó en forma atenta a su cumplimiento.

Con base en lo anterior, le asiste una inicial razón al Ministerio Público cuando indica que la actividad referida en el párrafo anterior lo es de carácter administrativa, pero no sucede lo mismo con su afirmación, similar a la de la distinguida Defensora, en el sentido de que esa labor administrativa no queda inmersa dentro de un asunto del servicio, uno de los presupuestos bajo los cuales es posible definir la competencia de la jurisdicción penal militar, y que por ello mismo sólo pueda alcanzar una evaluación desde el punto de vista disciplinario.

Es que en primer lugar, recuérdese que para el cumplimiento de la tarea fundamental impuesta a la Fuerza Pública, se requiere a su vez el cumplimiento de multiplicidad de tareas no solamente dentro del habitual régimen interno de las Unidades y patrullas militares, sino también con ocasión del cumplimiento de aquellas tareas específicas, derivadas de la misión que se le haya encomendado a la misma Unidad militar, de tal forma que el estadio dentro del cual puede intervenir el miembro de la Fuerza Pública como uniformado y dentro de una específica categoría y antigüedad, es lo suficientemente amplio para que permita que las funciones encomendadas a esa Fuerza Pública puedan ejecutarse. Precisamente sobre el concepto de servicio, que fue objeto de interpretación en

su alcance, por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-358 de 1997 " [7] **(Rad. 156181, 27 de mayo de 2010, MP. CN. (R). JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Sala Primera de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ATAQUE AL SUPERIOR EN LA MODALIDAD DE AMENAZAS.

Estructura para su configuración.

"(…) es necesario puntualizar, que para la estructuración del delito propiamente militar de ataque al superior en la modalidad de amenazas, como en este caso, es indispensable que aquellas se hagan en forma directa al superior, quien debe ser una persona determinada, y no en forma temerosa y en voz baja a espaldas de éste; que se trate de amenazas de "ataque" como lo exige la descripción típica del artículo 120 del Código Penal Militar, es decir, exteriorizar con actos o palabras en forma seria y objetiva la intención inminente de arremeter contra el superior en la escala jerárquica del mando, por manera, que el simple hecho de subir y bajar el seguro del fusil, no constituye una amenaza inminente de ataque, a menos que el sujeto agente se disponga a apuntarla contra el superior, en actitud violenta, ofensiva y decidida a agredirlo físicamente.

De tal suerte, en la valoración de si el comportamiento del sujeto agente se constituye o no en amenazas a la luz de la hipótesis comportamental en alusión, no incide la apreciación subjetiva del afectado, sino que debe ser el producto del análisis que el funcionario judicial haga en forma cuidadosa de todas las circunstancias que rodearon el suceso, para determinar si las amenazas fueron serias, objetivas y graves, y si tuvieron la virtualidad, en cada caso concreto, de resquebrajar en un mínimo grave la disciplina militar como bien jurídico tutelado (desvalor de resultado), que justifique la aplicación del derecho represivo como última ratio.

Por otra parte, no es necesario que las amenazas produzcan temor o no en el superior o inferior, para que se entienda consumada la infracción penal. **(Rad. 156374, 12 de mayo de 2010, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

AUTO DE APERTURA INVESTIGACIÓN

No procede recursos en su contra / debe existir fundamento.

"Asunto distinto es la decisión de apertura de investigación cuando el funcionario considere que de acuerdo con la actuación, háyase o no adelantado indagación preliminar, exista mérito para ello, evento en el que asumirá el cumplimiento de las finalidades del sumario que contempla el artículo 460

7 Corte Constitucional. Sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997.

del Código Penal Militar, que en resumen es la práctica y recaudación de las pruebas, tendientes a dos vertientes: la primera, la verificación de los hechos circunstanciados y la conducta del sindicado y procesado; y la segunda, la verificación de los autores o participes, con las correspondientes diligencias a fin de establecer o no la responsabilidad de quienes pudieren señalarse como autores o partícipes, todo ello claro está, dentro de todas las garantías que implica el debido proceso, para efectos de la persecución penal dentro del Estado Social y Democrático de Derecho.

Consecuente con lo anterior, si de las diligencias aparece que el Estado mediante el ejercicio de la acción penal en cabeza inicialmente de los Jueces de Instrucción Penal Militar, ameritan la evacuación de un proceso penal, pues así se debe proceder, pues en virtud de la etapa instructiva del mismo, es en esta por excelencia, en la que mediante la recaudación de las pruebas correspondientes se verificarán los hechos, conducta, autores o participes y su responsabilidad. Así, no puede prematuramente como lo pretende el Señor Defensor que el Juez haga un ejercicio que pueda culminar con una cesación de procedimiento –o preclusión– como se aduce en el memorial, pues precisamente la etapa inicial va encaminada a las verificaciones, con fundamento en las que puedan llegarse a decisiones de fondo, como la solicitada, para la cual sería necesario contar con certeza acerca de la causal invocada, lo que obviamente no se puede desprender del embrionario expediente ni tampoco es la etapa procesal para ello.” **(Rad.156698, 29 de septiembre de 2010, MP. CN.(R). JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Sala Primera de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

AUTO INHIBITORIO

En la jurisdicción penal militar, éste presupone indefectiblemente el agotamiento de la indagación preliminar.

En tal virtud, en el esquema Penal Militar cuando profiere Auto inhibitorio, como en el caso sub-examine, este presupone indefectiblemente el agotamiento de una Indagación Preliminar pues ésta, **“se dará por terminada con el Auto cabeza de proceso o con el Auto inhibitorio dictado por el funcionario que practico las respectivas diligencias, siempre y cuando que el hecho punible no sea de competencia exclusiva de otra Autoridad caso en el cual se efectuara el envío correspondiente”,** de ahí que el Auto Inhibitorio, solo procederá en caso que el funcionario se abstenga de “iniciar el proceso cuando de las diligencias practicadas apareciere que el hecho no ha existido o que la conductas atípica o que la acción penal no puede iniciarse”.

Nótese que la Ley Penal Militar, exige que el Auto inhibitorio sea el resultado de la “Diligencias practicadas”, pues precisamente la Indagación Preliminar se opta cuando exista duda sobre la procedencia de la Apertura de Investigación,

pues "tendrá como finalidad la de determinar si hay lugar o no al ejercicio de la acción penal. Pretenderá adelantar las medidas necesarias tendientes a determinar si ha tenido ocurrencia el hecho que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las Autoridades; si esta descrito en la ley penal como punible; la procedibilidad de la acción penal y practicar y recaudar las pruebas indispensables con relación a la identidad o a la individualización de los Autores o participes del hecho". **(Rad. 156443, 16 de junio de 2010, MP. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Sala Segunda de decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

AUTO INHIBITORIO

Causales para proferir decisión inhibitoria.

(…) Correlativo con la anterior disposición, el artículo 457 Ibídem, determina las formas de terminación de la indagación preliminar, (...) con el auto cabeza de proceso o con el auto inhibitorio dictado por el funcionario que practicó las respectivas diligencias, (…)", ello indica que la etapa de indagación previa, solo puede saldarse de dos formas, la primera de ellas, decretando la apertura de la investigación y la segunda, mediante auto inhibitorio.

Se debe decretar apertura de investigación, cuando, conforme a los fines previstos para esta etapa, se ha despejado la duda sobre la procedibilidad de la acción penal, porque con fundamento en los medios de prueba allegados al proceso, se demostró la ocurrencia del hecho que llegó a conocimiento de las autoridades; se estableció que, el mismo está descrito en la ley penal como punible y la identidad e individualización de los autores o partícipes de la conducta reprochada punitivamente.

Contrario sensu, cuando no se han dado los anteriores presupuestos y de las diligencias adelantadas por el Funcionario Instructor, valoradas las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, apareciere evidenciado, (...) que el hecho no ha existido o que la conducta es atípica o que la acción penal no puede iniciarse.", en los precisos términos del artículo 458 Opcit, el Juez de Instrucción que adelanta la investigación, deberá decretar la terminación de la indagación, mediante auto inhibitorio.

Así las cosas, bajo la óptica del artículo 458 del Código Penal Militar, el Funcionario Instructor mediante auto interlocutorio podrá inhibirse de decretar la iniciación de la etapa de instrucción, cuando valorados conforme a las reglas de la sana crítica los medios de prueba allegados, evidencie que están acreditadas cualesquiera de las tres causales consagradas en la ley, a) la inexistencia del hecho; b) la atipicidad de la conducta y/o; c) que la acción penal no puede iniciarse.

Se considera que el hecho no ha existido, cuando se demuestra que los supuestos fácticos que dieron origen a la denuncia o la querella, génesis de la indagación previa, no tuvieron real ocurrencia, se trata de una constatación estrictamente fáctica tendiente a verificar la ocurrencia del comportamiento objeto de investigación, a su vez, de haber acontecido, la ley no considera tal hecho - conducta de acción o de omisión – como infracción penal, hipótesis que apunta al fenómeno de la atipicidad absoluta o relativa, es decir, no está recogido por ningún tipo penal o no se adecua a ninguno, por falta de alguno de los elementos estructurales del tipo penal imputado.

De otro lado, se considera que la acción penal no puede iniciarse, cuando del material probatorio allegado al expediente se hallen acreditadas cualesquiera de las denominadas por la doctrina y la jurisprudencia, causales objetivas, taxativamente señaladas en la norma, la muerte del imputado (artículo 79 ley 522 de 1.999), el desistimiento en los casos establecidos en la ley (artículo 80 ley 522 de 1.999, ley 1058 de 2.006), la amnistía propia (artículo 81 ley 522 de 1.999), la prescripción (artículo 82 ley 522 de 1.999), la oblación (artículo 93 ley 522 de 1.999), la conciliación (ley 1058 de 2.006), la cosa juzgada (artículo 14 ley 522 de 1,999), y, de manera particular, cuando se halle acreditado que el versionado no fue quien realizó el comportamiento reprochado punitivamente, objeto de la indagación preliminar. **(Rad. 155964, 17 de junio de 2010, MP. MY (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CALIFICACIÓN DEL MERITO SUMARIAL

Prevalencia de la Resolución de Acusación de segunda Instancia.

"(…) La investigación penal se encuentra rodeada de un conjunto de garantías contempladas en leyes preexistentes, que le permite al procesado y demás sujetos procesales, asegurar racionalmente que las decisiones asumidas por el Juez y en las que restringe derechos fundamentales se cumplan con las observaciones plenas de las formas propias de cada juicio, sin dilaciones injustificadas.

De este modo, el debido proceso, también, se afecta cuando se invoca causales no contempladas en la ley o con un excesivo formalismo de aparente garantismo al procesado, como es el caso en estudio, donde el señor Juez de Instancia decreta la nulidad a partir del cierre de investigación, inclusive, alegando la falta de congruencia entre la calificación jurídica emitida por el señor Fiscal a quo (cesa procedimiento) y la proferida por el ad quem al desatar el recurso de alzada interpuesto por el señor Agente del Ministerio Público (revoca la cesación y en su defecto profiere resolución de acusación); aunado a que dio trámite de la petición a pesar que se adelantaba la audiencia de Corte Marcial, y en el que, erradamente, dispuso su suspensión para proferir la decisión en auto interlocutorio.

Sobre el excesivo formalismo como causal de violación al debido proceso, es importante traer a colación lo expresado por el Doctor NESTOR ARMANDO NOVOA VELASQUEZ:

"Esta causal de nulidad aparece en el artículo 310-2 de la Ley 600 de 2000 (457 de la Ley 906 de 2004), procede únicamente por irregularidades sustanciales, señal inequívoca del abandono al excesivo formalismo, y porque no formulismo, en que generalmente se ve envuelto el proceso penal por interpretaciones exegéticas y mecanicistas de algunos abogados y funcionarios, quienes las mas de las veces, pretenden "ganarle la partida" procesal a su "contrincante judicial", invocando causas de nulidad en donde no las hay, extendiendo de manera engorrosa los procesos con total perjuicio de la víctima y del procesado, quienes debe permanecer a la expectativa de perder o ganar un pleito con las enjundiosas e irreales promesas de algunos litigantes, en ocasiones bajo la sombra de funcionarios que se prestan para encontrar motivos de anulación en donde no los hay"[8] .

Veamos. El numeral tercero del artículo 557 del Estatuto Castrense refiere: "(…) Contra la providencia calificatoria proceden los recursos ordinarios", así las cosas, al proferir el señor Fiscal 142 Penal Militar cesación de procedimiento a favor de los aquí procesados por los delitos de Concusión y Abuso de Autoridad, el señor Agente del Ministerio Público y con el derecho que le asiste, según la norma referida, interpone el recurso de apelación por considerar que se dan los requisitos para proferir Resolución de Acusación, alzada que es dirimida por la Fiscalía Primera ante el H. Tribunal Superior Militar, quien en uso de la competencia otorgada por el Numeral 2 del art. 261[9] del C.P.M. revoca la cesación de procedimiento y en su defecto profiere en contra de los procesados resolución de acusación por los delitos de cohecho propio y abuso de autoridad, decisión que fue notificada a los sujetos procesales quedando debidamente ejecutoriada la providencia calificatoria.

Luego, es evidente que la resolución o providencia calificatoria no la conforma única y exclusivamente la proferida por el señor Fiscal a quo, sino además lo resuelto por el ad quem, "ya que una y otra estructuran el cargo o cargos que se le hacen al enjuiciado" [10], por lo tanto, no le asiste razón al señor Juez de Instancia considerar que debe existir congruencia entre lo decidido por la primera instancia

8 NOVOA, Néstor. Nulidades en el procedimiento penal Actos procesales y acto prueba. 4 ed. Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 2010. 1253 p.

9 Artículo 261-2. Funciones de los Fiscales Penales Militares ante el Tribunal Superior Militar. Corresponde a los Fiscales Penales Militares ante el Tribunal Superior Militar: 1. (…) 2. Resolver los recursos de apelación y de hecho interpuesto contra las decisiones proferidas por los Fiscales Penales Militares ante los Juzgados de Primera Instancia y de la consulta de las cesaciones de procedimiento proferidas por los mismos fiscales.
Novoa, Op. cit., p. 791.

10 Novoa, Op. cit., p. 791.

con respecto a la segunda, pues como acertadamente lo señala el apelante y Ministerio Publico ante esta Corporación, se desfigura el proceso penal, aunado a desconocer la competencia de la Fiscalía y su segunda instancia.

Con lo dicho hasta aquí, la irregularidad sustancial que alega el señor Juez de Instancia NO EXISTE, para en su lugar, si violar el debido proceso al desconocer el texto del artículo 391 del C.P.M. que dispone: "Oportunidad para invocar nulidades originadas en la etapa de instrucción. Las nulidades que no sean invocadas hasta el término de ejecutoria de la resolución de acusación, solo podrán ser debatidas en el recurso de casación". Siendo su deber respetar el principio de preclusión a fin de evitar entorpecer la marcha adecuada de un proceso, pues es claro que al momento que el Juzgado de Instancia asume la competencia de la actuación, está precluida la etapa de investigación y la resolución de acusación se encuentra ejecutoriada; de hecho así lo entendió el señor Juez cuando con auto de fecha 24 de julio de 2009 declara la iniciación del juicio[11] al considerar que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado. Por lo tanto, si a criterio de la defensa se había violado el debido proceso al momento de la calificación realizada por el ad quem, sólo podía ser alegada hasta el término de ejecutoria de la resolución de acusación o durante la notificación del auto de inicio de juicio y NO durante la audiencia de Corte Marcial o debatidas en el recurso de casación. **(Rad. 148949, 30 de agosto de 2010, MP. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

Estudio dogmático.

(…) En los precisos términos del artículo 1 de la Ley 95 de 1890, norma que aún se halla vigente, "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público.", concepto del que primariamente se infiere que el caso fortuito o fuerza mayor está integrado por dos elementos fundamentales concurrentes (la imprevisibilidad y la irresistibilidad), lo cual se traduce en, que si el hecho o suceso ciertamente es imprevisible, pero se puede resistir, no se estructura tal fenómeno, como tampoco se configura cuando a pesar de ser irresistible pudo preverse, de suerte que la ausencia de uno de sus elementos elimina la estructuración de la contingencia y en consecuencia no podría alegarse la existencia de una fuerza mayor o caso fortuito, como causal de ausencia de responsabilidad.

Luego, si sólo puede calificarse como caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible, no resulta propio elaborar un listado de los acontecimientos que constituyen tal fenómeno, ni de los que no lo constituyen. Por tal virtud, ha sostenido la

11 Folio 755

doctrina nacional y foránea que un acontecimiento determinado no puede calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodean el hecho.

En éste orden de ideas, debe evidenciarse la ausencia de acción en el imputado que pretenda beneficiarse de la exoneración por haberse materializado, en rigor, una fuerza mayor o caso fortuito, como quiera que la referida fenomenología es expresión específica de una causa extraña, de insoslayable vocación liberatoria, dada la definición legal que la considera como un suceso, contingencia o fenómeno imprevisto al que no es posible resistir, citando a manera de ejemplo un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc., hechos que en el plano jurídico producen naturalísticamente un resquebrajamiento de la relación - o vínculo - causal entre la acción y el resultado.

Al amparo de la estipulación legislativa arriba referida, se hace prudente reiterar ahora - por la inescindible relación que existe con el asunto que ocupa la atención de esta sala - que en el Derecho Colombiano los dos presupuestos - ex lege - que estereotipan, como unidad conceptual y como sinonimia legal, el caso fortuito o fuerza mayor, son la **imprevisibilidad y la irresistibilidad** del acontecimiento, es por ello, que es imprescindible examinar teóricamente cada uno de ellos, tanto en el contexto semántico, como en el campo penal:

1.1. La imprevisibilidad, rectamente entendida, no puede ser desentrañada - en lo que atañe a su concepto, - perfiles y alcance - con arreglo a su significado meramente semántico, según el cual, imprevisible es aquello "Que no se puede prever", y prever, a su turno, es "Ver con anticipación" (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española), por manera que aplicando este criterio sería menester afirmar que es imprevisible, ciertamente, el acontecimiento que no sea viable contemplar de antemano, o sea previamente a su gestación material (contemplación ex ante).

Si se aplicase literalmente la dicción en referencia, se podría llegar a extremos jurídicos que imposibilitarían materialmente su aplicación práctica, habida cuenta que una interpretación tan restrictiva haría nugatoria la posibilidad real que un imputado, según el caso, se liberara de responsabilidad en virtud del surgimiento de una causa a él extraña, particularmente de un caso fortuito o fuerza mayor, como quiera que de alguna manera, en el plano ontológico, todo o prácticamente todo se torna previsible, de suerte que asimilar lo imprevisto sólo a aquello que no es posible imaginar o contemplar con antelación, es extenderle, figuradamente, la partida de defunción a la prenombrada tipología liberatoria, en franca contravía de la ratio que, de antiguo, inspira al "casus

fortuitum" o a la "vis maior", ejemplarizada como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, etc., por el legislador patrio con el propósito de recrear la noción y alcances del caso fortuito o fuerza mayor, toda vez que, en abstracto, son imaginables y, por ende, pasibles de representación mental - o de observación previa -, para emplear la terminología lingüística ya anunciada, por tanto, una simple posibilidad vaga de realización del hecho podría bastar para excluir la imprevisibilidad.

Por consiguiente, es necesario darle al presupuesto en estudio - de raigambre legal en Colombia, como se acotó-, un significado prevalentemente jurídico, antes que gramatical, en guarda de preservar incólume la teleología que, en el campo de la responsabilidad penal, otorga la causa extraña - caso fortuito o fuerza mayor -, hecho del tercero.

Es por ello, que este requisito ha de estar ligado funcionalmente a una contemplación previa, con sujeción a las previsiones normales que suceden en el curso ordinario de la vida, las que en esta tesitura se erigen en rasero para medir la normalidad o la frecuencia del suceso que se aduce como liberatorio; o a que el hecho respectivo, en el terreno probabilístico, no sea lo suficientemente probable para que el agente autor haya debido razonablemente precaverse; o la generación física de un acontecimiento intempestivo, excepcional o sorpresivo; criterios que nos deben llevar a establecer cuando un hecho concreto, puede considerarse imprevisible, como quiera que se hace perentorio examinar cada situación de manera específica y, por contera, individual, a fin de obviar todo tipo de generalización: 1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El relativo a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo.

1.2. La irresistibilidad, por su parte, bajo su forma adjetiva, esto es irresistible, significa literalmente, "aquello que no se puede resistir", verbo que define el mismo Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como "Oponerse un cuerpo o una fuerza a la acción o violencia de otra", por tanto, la irresistibilidad sería la imposibilidad de oponerse a esa acción de tercero o fuerza extraña.

No obstante, en el enunciado jurídico, la irresistibilidad debe entenderse como aquel estado predicable del sujeto respectivo que entraña la imposibilidad objetiva de evitar ciertos efectos o consecuencias derivados de la materialización de hechos exógenos - y por ello a él ajenos, así como extraños en el plano jurídico - que le impiden efectuar determinada actuación, lato sensu. En tal virtud, este presupuesto legal se encontrará configurado cuando, de cara al suceso pertinente, la persona no pueda - o pudo - evitar, ni eludir sus efectos (criterio de la evitación).

Debiéndose entender entonces, que lo irresistible consiste en que naturalísticamente sea absolutamente imposible evitar el hecho o suceso aludido, aún si se hubiesen podido emplear por el actor los medios de defensa para eludirlo, implicando además, la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos, por lo cual la conducta del imputado se legitima ante el imperativo de justicia irresistible, como algo inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias.

A lo anterior debe agregarse que estos dos requisitos: la imprevisibilidad y la irresistibilidad, deben estar presentes coetánea o concomitantemente, para la concreción de este instituto jurídico liberatorio de responsabilidad penal, como se esbozó precedentemente, de forma que si se verifica uno de ellos, pero no los dos, no será posible concederle eficacia alguna, ya que esta es bipolar, amén de ello, la calificación de un hecho como fuerza mayor o caso fortuito, debe efectuarse en cada situación específica, ponderando las circunstancias (de tiempo, modo y lugar) que rodearon el acontecimiento, en atención a que su procedencia no es automática, ni obedece a criterios rígidos o absolutos, lo cual impide la posibilidad de elaborar un listado de antemano, como quiera que su determinación se traduce en una prototípica cuestión de hecho, propia de la función judicial.

Nótese que la fuerza mayor o caso fortuito, se predica como consecuencia de un hecho, acontecimiento, acaecimiento, suceso, contingencia o fenómeno imprevisto extraño al agente autor, al que no es posible resistir, amén de ello inevitable, por ello, en voces de la teoría de la imputación objetiva, el resultado no se puede predicar en el ámbito de persona alguna, dentro del rol social que desempeña, resultando dogmáticamente imposible imputar como obra suya el resultado, como quiera que jurídicamente , no se ha realizado ninguna acción. **(Rad. 155907, 28 de junio de 2010, MP. MY. (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CAUSALES DE RECUSACIÓN

Principio de taxatividad en su estructuración

"(…) En principio, es necesario recordar, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, que "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 afectas por circunstancias extraprocesales" (Radicado 17735 del 12 octubre de 2000), o lo que es lo mismo, garantizar la imparcialidad en el ejercicio de administrar justicia (Radicado 22406 2 de junio de 2004, MP. Yesid Ramírez Bastidas).

Sin embargo, como también la misma Corporación lo ha manifestado, "el legislador ha establecido unas precisas circunstancias en las cuales considera que de actuar el funcionario en la solución de un determinado conflicto se verían afectas dichas garantías, previéndose, entonces, la posibilidad de que el juez se separe de su conocimiento, o sea recusado, cuando voluntariamente no reconozca la existencia del impedimento, las que consagra el artículo 99 del Código de Procedimiento Penal. 3. No obstante, la previsión de la recusación y la declaratoria de impedimento como mecanismos de protección de imparcialidad de la administración de justicia, estos no pueden surtirse de manera caprichosa, sino que se encuentran sujetos a principios como el de la taxatividad de sus causales, es decir, que excluye la analogía o la extensión de los motivos señalados (…) De la misma manera, la proposición de las recusaciones debe ceñirse expresamente a las causales establecidas por el legislador, correspondiendo al proponente realizar un examen serio y objetivo de los motivos que aduzca, de modo tal que no se propicie con su solicitud trámites inoportunos, dilatorios o que entorpezcan la buena marcha de la administración de justicia (…)" (Radicado 24103 del 8 de noviembre de 2005 MP. Javier Zapata Ortiz).

Pues bien, baste el anterior preámbulo para referir que en la evaluación de una recusación, ella debe ajustarse a las causales contempladas en la ley, por un lado, y que se encuentre objetivamente presente en la actuación, por el otro. En estos términos, en el caso concreto, el Juez 11 de Instrucción Penal Militar dispuso la apertura de indagación preliminar, habiendo posteriormente considerado la utilidad de recibir versión libre al Soldado Profesional G.C.J.J Por ello fijó fecha y hora para la diligencia (oficio del 21 de enero de 2010), diligencia que se llevó a efecto con la presencia de Defensor, habiéndosele advertido previamente al imputado el derecho de no auto incriminación contemplado en el artículo 33 de la Carta Política, lo mismo del no sometimiento a la fórmula del juramento y la prerrogativa de contestar libre y espontáneamente el cuestionario que el instructor le impondría. Desde el principio el Soldado G.C.J.J expuso al Funcionario su ánimo de no dar contestación a las preguntas, lo que hizo en varias oportunidades, en razón a los varios interrogantes. Al final de la diligencia se observa que el Señor Defensor le solicitó al instructor dejar constancia de alguna observación que él iría a efectuar, pero el Juez denegó esa solicitud, lo exhortó a que la presentara por escrito y terminó la diligencia. Hasta aquí, y teniendo como referente el argumento de la defensa expuesto en su memorial, no encuentra la Sala que el Juez haya tenido una actuación tal que pueda ameritar un estudio acerca de una posible parcialidad y afrenta a las garantías del imputado, pues siempre después de las preguntas se dejó consignada la voluntad del imputado de no impartir respuesta. (…)". **(Rad. 156504, 18 de mayo de 2010, MP. CN. (R). JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Sala Primera de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO

No procede sin una debida vinculación del sujeto activo al proceso.

"(…) En tal virtud, en el esquema penal militar cuando del ejercicio de la Acción Penal se abre formal investigación, esta tiene como una de las finalidades la de recaudar todas las pruebas tendientes a la comprobación del delito y a la individualización de los autores o participes del mismo, o a la falta de responsabilidad de aquellos y estos, dentro de cuyo ejercicio es esencial la vinculación de ellos al proceso, bien sea a través de la indagatoria o de la declaratoria de persona ausente; mecanismos a través de los cuales se imputa la comisión de una conducta a fin de que el procesado tenga la oportunidad de defenderse y /o de solicitar o sugerir pruebas, y es a partir de este momento, en que se adquiere la calidad de procesado, y solo sobre tal calidad puede predicarse las decisiones de fondo pertinente, como bien aflora en la cesación de procedimiento.

Pero en el caso sub-examine el trámite procesal dado por el A-Quo, embiste las formas propias del procedimiento establecido en la Ley Penal Militar, pues sin que jurídicamente se contara con la calidad de procesado, que se adquiere a partir del momento de la vinculación del sujeto activo al proceso, bien con la evacuación de la diligencia de indagatoria o la declaración judicial de persona ausente, se procedió sin formula a cesar procedimiento.

Aquí tenemos entonces, que a los señores CR. OAPR, TC.(r) FOSC, TC. ® HACD y MY. ® CJGJ, se les enmarca en el instituto de una Cesación de Procedimiento, sin que previo a tal decisión hayan sido objeto de vinculación al proceso, por lo que no ostentan la condición de sujeto procesal, en los precisos términos del artículo 293 y 519 de la Ley Penal Militar, condiciones jurídicas que son requisito sine qua non para dar aplicación al instituto de Cesación de Procedimiento. **(Rad. 151440, 08 de junio de 2010, MP. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Sala Segunda de decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO

Causales Código Penal Militar.

(…) Igualmente, del contenido del artículo 231 del Código Penal Militar, se desprende que la cesación de procedimiento únicamente puede declararse con base en las denominadas por la doctrina y la jurisprudencia, causales objetivas y subjetivas, taxativamente señaladas en la ley, encontrando dentro de las primeras, la muerte del procesado (artículo 79 ley 522 de 1999), el desistimiento en los casos establecidos en la ley (artículo 80 ley 522 de 1999, ley 1058 de 2006), la amnistía propia (artículo 81 ley 522 de 1999), la prescripción (artículo

82 ley 522 de 1999), la oblación (artículo 93 ley 522 de 1999), la conciliación (ley 1058 de 2006), y, las segundas, es decir las subjetivas, la inexistencia del hecho imputado, atipicidad de la conducta, la demostración de alguna causal excluyente de responsabilidad o la acreditación que el procesado no fue quien realizó el comportamiento delictivo objeto de la actuación penal (artículo 231 Ley 522 de 1999).

Bajo esta óptica, cuando se presente una causal subjetiva, el operador jurídico dentro de la providencia debe realizar la valoración de los supuestos de hecho y de derecho determinados en la sistemática penal, conforme a las reglas de la sana crítica que lo lleve a inferir de manera razonada que está demostrado en grado de certeza, que el hecho que se le imputa al sindicado no ha existido, vale decir, que no tuvo ocurrencia, o que, de haber sucedido, el sindicado no cometió el hecho que se le imputo a título de autor o cómplice.

De la misma manera que de haber acontecido, la ley no considera tal hecho - conducta de acción o de omisión – como infracción penal, esta hipótesis apunta al fenómeno de la atipicidad absoluta, es decir, no está recogido por ningún tipo penal o no se adecua a ninguno, por falta de alguno de sus elementos estructurales del tipo penal imputado; igualmente, se puede decretar la terminación del proceso, cuando aparece probado que el sindicado obró amparado por alguna de las causales de ausencia de responsabilidad consagradas en los artículos 34 y 35 del Código Penal Militar. **(Rad. 155857, 24 de agosto de 2010, MP. MY. (R). JOSE LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CESACION DE PROCEDIMIENTO

Necesidad que exista una vinculación previa del procesado.

"Antes de resolver el grado jurisdiccional de la consulta, la Sala recuerda que el debido proceso[12] hace parte del derecho sustancial, el que se debe observar a cabalidad y a plenitud, que comprende, entre otros, el derecho de todo imputado o procesado a ser escuchado en presencia de un defensor y a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas.

Es así que cuando se habla de un debido proceso, se debe entender que el legislador, dentro de la política criminal del Estado, ha previsto con anterioridad unas formas propias para que los jueces, los sujetos procesales y demás intervinientes en el proceso penal puedan interactuar, y no sean asaltados por formas propias o particulares de administrar justicia, postulado que hace parte del principio de la seguridad jurídica.

12 Art. 29 de la Constitución Política de Colombia y 196 del Código Penal Militar.

Cuando dentro de un proceso penal militar se abre formal investigación, esta debe tener como una de sus finalidades la de recaudar todas las pruebas tendientes a la comprobación del delito y a la individualización de los autores o partícipes de los mismos, o a la falta de responsabilidad de aquellos y estos[13] . Y dentro de este, se constituye en esencial la vinculación del procesado al proceso, bien sea a través del mecanismo de la indagatoria o de la declaratoria de persona ausente[14] , mecanismos a través de los cuales se imputa la comisión de una conducta a fin de que el procesado tenga la oportunidad de defenderse y/o de solicitar o sugerir pruebas. A partir de este momento, se adquiere la calidad de procesado[15] .

Surge entonces, que para poderse dar aplicación al artículo 231 del Código Penal Militar, es necesario que exista un procesado a quien se le haya hecho una imputación. Así se infiere de la simple lectura del C.P.M., cuando señala: "ARTICULO 231. Cesación de procedimiento. En cualquier estado del proceso en que aparezca comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido o que la conducta es atípica, o que obró dentro de una causal de ausencia de responsabilidad o que el proceso no podía iniciarse, o no puede proseguirse, el juez mediante auto interlocutorio, así lo declarará". **(Rad. 156283, 26 de mayo de 2010, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

COHECHO PROPIO

La Prueba ilícita es la que viola derechos fundamentales y por lo tanto debe ser excluida.

(…) El segundo "hecho indicador" que refiere el Instructor, se encuentra presente en la investigación, es el documento suscrito por el procesado, el cual señala el defensor se trata de una prueba ilegal.

Por lo que la Sala se ocupara de establecer si efectivamente este medio de prueba puede catalogarse como ilegal o ilícito.

En efecto, cuando se dice que una prueba es ilegal, es porque ésta carece de los requisitos formales establecidos, para ser ordenada, admitida o producida. En tanto que al predicarse la ilicitud de la prueba es porque para su obtención, se vulneraron derechos o garantías fundamentales de los sujetos procesales.

13 Art. 460 del Código Penal Militar
14 Arts. 491 y 493 ídem
15 Art. 294 C.P.M

Teniendo en cuenta lo anterior, el documento que suscribió el procesado y que obra a folio 2 del CO, es una prueba ilícita, por cuanto se vulneró derechos fundamentales del procesado, como el derecho de no auto incriminarse, lo que evidentemente trasciende al derecho de defensa del militar y por ende quebranta el debido proceso" [16].

Efectivamente, al establecerse que este medio de prueba viola el debido proceso del procesado, y como acertadamente lo señala el apelante, debe excluirse tal como lo dispone el inciso final del artículo 29 de la Carta Suprema: "(…) es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

Al aplicarse esta cláusula de exclusión, no debe tener valor conviccional alguno y por lo tanto no puede ser base para erigir la medida de aseguramiento proferida por el A-quo, máxime cuando el defensor señala en su alzada que su patrocinado la suscribió "como consecuencia de la presión psicológica ejercida por los funcionarios del B-2 del BIPAR (…)" [17].

Precisamente la jurisprudencia sobre prueba ilícita ha señalado:

"Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima[18] ; y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.

La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopese para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales. En cada caso, de confirmad con la Carta y las leyes deberá determinarse si excepcionalmente subsiste alguna de las pruebas derivadas de una prueba ilícita, o si corren la misma suerte que ésta"[19] . **(Rad. 156358, 30 de agosto de 2010, TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

16 Corte Constitucional sentencia SU 159 de 2002.
17 Folio 112
18 Constitución Política, artículo 33. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
19 Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal- Proceso 18103 del 02 de marzo de 2005 MP. Doctor EDGAR LOMBANA TRUJILLO

COLISIÓN DE COMPETENCIAS

Conforme a los postulados del principio de legalidad, lo que determina la competencia es la preexistencia del Juez para el momento de la comisión de la conducta y no la verificación de una etapa procesal como lo es el juicio.

"Es conforme a lo señalado en el artículo 238.4 del Digesto Punitivo Castrense que se pronuncia el Tribunal Superior Militar respecto de la colisión de competencia suscitada entre los Juzgados Penales Militares de Conocimiento de la Inspección General y Dirección General de la Policía Nacional. Abordar la temática tratada por los colisionantes exige recordar que en un Estado Social de Derecho los principios rectores se constituyen en el punto de partida y cimiento del sistema penal, presupuestos que se tornan en el bastión de las garantías procesales, razón por la cual imperativamente han de invocarse como fundamento de interpretación de la norma penal militar. No puede desconocerse que la competencia para juzgar es uno de los principios basilares del debido proceso que concierne al postulado del juez natural.

Por su parte, los artículos 19 y 218 de la Ley 522 de 1999 prescriben que las normas rectoras son obligatorias, prevalecen sobre cualquier otra disposición, postulado que es redimensionado en la Ley 1407 de 2010 "Nuevo Código Penal Militar" en sus cánones 19 y 198 al señalar que las normas rectoras constituyen la esencia y orientación del sistema penal y serán utilizadas como fundamento de interpretación. Fundamentos de tal magnitud son los que ofrecen el punto de solución a la temática discutida y no así la lectura sesgada, exegética y asistemática de los artejos 255 y 256 de la Ley 522 de 1999. Mal se hace al confundir institutos que tienen como punto de solución los mecanismos del impedimento o recusación, como lo es el principio de jerarquía, con precisos contenidos de la jurisdicción y competencia.

La jurisdicción encierra la facultad genérica de administrar justicia, en tanto que la competencia es la misma potestad pero concretada en un asunto particular y específico. A partir de tal entendido, debe el Juez interpretar el alcance de la norma penal militar, en especial lo referente al principio del Juez Natural, desde la perspectiva sistemática, integral y racional, como acertadamente lo aborda y formula el Juez de Conocimiento de la Dirección de la Policía Nacional, y no como erradamente lo plantea el Juez de Inspección de la misma Institución y la agencia Fiscal ante esta Instancia.

No puede olvidarse que la Ley 522 de 1999 es una Legislación integrada que recoge en una sola Codificación la parte general, especial y procedimental, por lo que el artículo 16 tiene alcance en toda la normatividad y no en parte de ella como parece entenderlo la Fiscalía de Inspección, señala dicho canon que los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, cuando cometan delitos contemplados en este Código u otros en relación con el servicio, sólo podrán

ser juzgados por jueces y tribunales establecidos en el Código Penal Militar, los cuales deben estar instituidos con anterioridad a la comisión de la conducta punible.[20]"

Ha sido prolija y pacífica la línea jurisprudencial tratada por este Tribunal al señalar que es el instante del hecho lo que determina la competencia y no el grado que se ostente al momento de llegar a juicio, enseñando que deben atenderse los principios rectores que demarcan todo el camino que recorre el proceso desde cuando se pone en marcha el sistema judicial por vía del ejercicio de la acción, vale decir, con la apertura formal de investigación, calificación, juicio y lo que acontezca en el escenario donde se surtirán los recursos ordinarios y extraordinarios. Se refiere la Sala, al principio de legalidad en toda su expresión y no la visión sesgada que hace el colisionado a conveniencia de su aspiración, cuando sugiere que éste se predica en un sólo momento e instituto procesal, como lo es el juicio, con lo que se pretende que únicamente hasta esa etapa se fija la competencia[21] .

Se confunde ostensiblemente un tema que encuentra asidero en los factores de jurisdicción y competencia, con el principio de jerarquía, hoy concebido como causal de impedimento [22], que si bien es cierto genera consecuencias similares, tiene causas diferentes que se decantan en puntos de solución del trámite de impedimento y recusación.

De igual forma, se recurre a una interpretación amoldada, que no consulta categorías gramaticales, semánticas y sistemáticas a tener en cuenta cuando se analiza el sentido de la Ley, nos referimos al alcance que se ha de dar al adverbio de tiempo **"adelanten"** consignado en los artículos 255 y 256 del C.P.M de 1999, pues tal vocablo sugiere un concepto dinámico, dialéctico y no estático como se pretende al referir que se está señalando es un momento actual y único del proceso como lo es el juicio. No puede la funcionaria dilucidar de forma aislada el mencionado adverbio toda vez que el mismo se está refiriendo es a todas las etapas del proceso, por ello el Legislador se expresa en los descritos artículos en los siguientes términos: "de los procesos penales que se adelanten".

Debe comprender el operador judicial que no es un simple ejecutor de instrucciones impartidas por el Legislador en un Código procesal, como acontecía en el Estado Liberal; en el moderno Estado Social de Derecho el funcionario desarrolla y armoniza la norma con la realidad social, es el garante de la legalidad, debe estar en capacidad de discernir sobre la lógica del esquema procesal, para darle correcta aplicación a los estatutos procesales, concebidos como instrumentos al servicio de la eficacia del derecho sustancial; el proceso penal no es un rito vacío, sino un método dialéctico. Tal entendimiento no puede

20 Rad. 150488. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de Julio de dos mil nueve (2009).
21 Folios 258 a 259
22 Artículo 231-14 Ley 1407 de 2010

compararse como efecto de "perpetuatio jurisdictionis", concepción que tiene otros contenidos, pero que en nada consultan el principio de jerarquía.

Por ello el adverbio "adelanten" que se encuentra precede el término proceso y no la condiciona a un momento específico; adelantar, conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua significa mover, llevar hacia delante, que esté andando, hacia la parte opuesta de otra. Con lo que se quiere expresar un momento anterior y el consecuente posterior, siendo aquél el instante donde se fija la competencia, toda vez que la dinámica a que se alude, viene desde la apertura de investigación y se mantiene a lo largo de todo el proceso, esto es, no corresponde a un solo momento procesal aislado y descontextualizado, en el tiempo, como lo pregona la funcionaria colisionada al reiterar que lo que determina la competencia es la relación momento del juicio y grado del procesado, no la administración de justicia, el principio de legalidad no está sujeto a eventualidades, sino que existe per se desde que se pone en marcha el ejercicio de la acción, obedece y consulta su imperativa presencia a toda una dinámica que se expresa y debe entenderse desde la apertura de investigación hasta que el proceso termine por alguno de los mecanismos dispuestos para ello.

Mal se hace al pretender fraccionar en momentos separados, aislados y asistemáticos el Código Penal Militar, pues el proceso penal corresponde a una serie de pasos ordenados y concatenados, del que depende uno del otro, fijándose límites a partir del principio de preclusión de actos procesales orientados a producir un fin. Agotada la instrucción deviene la calificación y ejecutoriada la acusación procede el juicio, precisando que la acusación es vinculante para efectos del juicio y comporta la observancia del principio de consonancia, no es ella la que determina la competencia del Juzgador como erradamente lo sugiere la Juez Rubio Barrera, toda vez que ésta viene dada es desde la ocurrencia del hecho.

Discrepa la Sala igualmente que se pretenda argüir como causante del cúmulo de procesos y la aparente congestión que refiere la Juez de Inspección de la Policía Nacional, a decisiones razonadas y dispuestas por este Tribunal sobre el tema que una vez más concita la atención del Colegiado, en virtud a que no puede justificar la funcionaria una falla administrativa evidenciada en la supuesta ausencia del número necesario de Jueces de Inspección que regulen la carga laboral, en lo proveído por esta Magistratura. La Corporación se pronuncia en asuntos particulares y concretos con vocación jurisdiccional por lo que no es de su resorte solucionar dificultades de tipo administrativo o de manejo de personal. **(Rad. 156198, septiembre 22 de 2010, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Sala Cuarta de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

COLISIÓN DE JURISDICCIONES

En la Ley 522 /99 pueden invocarla el Fiscal Penal Militar y el Juez de Conocimiento.

"(…) Obsérvese, que en la Jurisdicción Penal Militar a quien corresponde decidir si conoce o no exclusivamente de un proceso penal, en principio, es al juez de Conocimiento y al Fiscal Penal Militar, de ahí que son ellos, quienes dentro del incidente de Colisión resuelven frente a los motivos del que la provoque – de oficio o a, solicitud de parte-. Tanto así, que la norma prevé respecto al Juez de Conocimiento y al Fiscal Penal Militar, que si acepta, asumirá el conocimiento; y en caso contrario, enviará el proceso al Tribunal Superior Militar, o al Fiscal ante esta Corporación o a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para que allí se decida de plano, según sea el caso.

"(…) Por ello, el común denominador en las normas que reglan el trámite del incidente de Colisión, es el papel que en su asunción cumple el juez de conocimiento y el Fiscal Penal Militar; de ahí que el mismo Consejo Superior de la Judicatura así lo puntualiza en precedente, fuente de las decisiones adoptadas en ese sentido, en las que planteo un cambio de postura en su jurisprudencia y doctrina al respecto, para garantizar la intervención de las jurisdicciones interesadas en asumir o rehusar el conocimiento de determinado asunto, advirtiendo incluso a los jueces de Instrucción Penal Militar, sino a aquellos funcionarios enunciados en los artículos 273 y 274 del Código Penal Militar, quienes por mandato legal pueden disponer de la jurisdicción.**"(Rad. 156538, 23 de junio de 2010, MP. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Sala Segunda de decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CONCURSO DE TIPOS

Concurso efectivo entre los delitos de hurto y fabricación, posesión y tráfico de armas, municiones y explosivos.

"Con la limitación que impone el recurso de apelación, la Sala debe referirse específicamente al tema de controversia, que en este caso se concreta a determinar si el delito de fabricación, posesión y tráfico de armas, municiones y explosivos hace parte o se encuentra subsumido dentro del delito de hurto, o si por el contrario es un delito autónomo e independiente y por lo tanto cabría la posibilidad de concursar con el delito de hurto. Si lo primero es cierto, habría que confirmar el fallo de inocencia; si no lo es, habría que condenar a los procesados, si se demuestra que el hecho existió y que de el deben responder los dos incriminados.

En el subjudice, luego de analizar el caso concreto a la luz del haz probatorio, la Sala considera que el tipo penal de hurto agravado si concurre bajo la forma de un concurso material heterogéneo, con el tipo penal de fabricación, posesión

y tráfico de armas, municiones y explosivos, por cuanto el primero se encuentra descrito en el artículo 239 del Código Penal Colombiano, dentro del Capítulo "Delitos contra el patrimonio económico", enunciado así: "El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años…"; es evidente a simple vista, que este tipo penal es de ejecución instantánea, cuyo bien jurídicamente tutelado es el patrimonio económico.

La Sala no comparte la tesis del delito complejo y/o la tesis de la consunción a que hizo alusión el Juez A-quo, por cuanto el tipo penal que se imputó en la resolución de acusación fue el contemplado en el artículo 152 del Código Penal Militar, que preceptúa: "Fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos. El que sin permiso de autoridad competente introduzca al país, saque de éste, fabrique, repare, almacene, conserve, adquiera o suministre a cualquier título, o porte armas de fuego, municiones o explosivos, concurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años…".

Al hacer la comparación entre los dos tipos penales (hurto y fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos), encontramos que son dos tipos penales independientes, que tienden a proteger dos bienes jurídicos completamente diferentes (el patrimonio económico y la seguridad de la Fuerza Pública) y por lo tanto, con estructuras no "subsumibles" el uno dentro del otro; al analizar el verbo rector de la conducta de hurto, el legislador contempló: "El que se apodere de una cosa mueble ajena"; y para el otro, se enunciaron verbos rectores, tales como introducir al país, sacar de éste, fabricar, reparar, almacenar, conservar, adquirir, suministrar y portar armas, municiones o explosivos; de ahí que se de por cumplido el postulado trazado en el artículo 30 del Código Penal Militar, que preceptúa: "Concurso de hechos punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave imponible, aumentada hasta en otro tanto, cualquiera que sea la naturaleza del concurso."

Luego, se concluye que no es de aplicación en el presente caso, la figura del concurso aparente de tipos penales y se descarta la tesis del delito complejo por cuanto éste solo tiene cabida en la medida en que una conducta delictiva forma parte de otra, bien como elemento integrante de ésta o como circunstancia de agravación punitiva[23] . (…).

En efecto de lo expuesto, no comparte la Sala la tesis de que no se ha vulnerado el bien jurídicamente tutelado por el legislador, por cuanto el tipo penal de fabricación, posesión y tráfico de armas, municiones y explosivos es de los denominados de peligro presunto, que así lo ha establecido el legislador dentro de la política criminal del Estado, porque la acción fue idónea para crear

23 Código Penal Militar, Grupo Editorial Leyer, Mario Arboleda Vallejo, comentario al artículo 30 ídem.

un riesgo o provocar el daño; según la doctrina los tipos de peligro presunto o abstracto son aquellos en los cuales la comisión de la acción implica la existencia del peligro, por lo mismo no se necesita para la existencia del hecho punible que se demuestre la existencia del riesgo, pues se considera inherente a la realización de la acción prohibida[24] .

En consecuencia, la conservación del arma tiene implicaciones prácticas consistentes en que como lo sostuvo el Fiscal Penal Militar, estos artefactos pudieron haber ingresado a grupos o utilizados por personas que se dedican a delinquir, o se pudo haber hecho uso de ellas en contra de la humanidad de cualquier militar o de cualquier ciudadano…**" (Rad. 156194, 20 de abril de 2010, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CONCUSIÓN

Presupuesto para que la conducta se realice dentro de la órbita de la relación directa con el servicio. Diferencia entre cargo y función.

"(...) Sabido es que el injusto de Concusión busca proteger la administración pública, labor que dinamiza el servidor público, pero que defrauda cuando abusa de su cargo o función al constreñir, inducir o solicitar a alguien dar o prometer para sí o un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos. En el ámbito de la Fuerza Pública se constituye en presupuesto necesario la verificación del factor subjetivo personal y el objetivo funcional, para determinar el perímetro de competencia de la jurisdicción castrense, postulados que se encuentran acreditados en el caso en estudio al estar demostrado que para el momento del acometimiento fáctico investigado el Institucional Gamboa estaba en servicio activo y ejercía la función de control y vigilancia, condición y calidad con potencialidad intimidante de la cual se vale y abusa, al advertir que las personas requeridas no tenían la factura de compra de la totalidad de zapatos que llevaban, por lo que procede a conducirlos a la Estación y para no incautarles la mercancía y dejarlos continuar hacia Bogotá, constriñe a Jaime Vargas a entregarle diez pares de tenis. (…) el delito de Concusión es de conducta, lo que busca salvaguardar es la administración pública, su buen ejercicio y pulcritud, por manera que el Legislador anticipa su ámbito de protección, frente a comportamientos que socaven el bien jurídico, al punto que basta con el pedimento, la solicitud, el constreñimiento, para entender perfecta la conducta, sin que sean atendibles para la estructuración del punible condiciones personales de la víctima, o el valor del calzado o la factura. El fenómeno de la flagrancia de quien concusiona, es una circunstancia que no forma parte de la estructura del tipo (…)".

24 Jesús Orlando Gómez López, Teoría del Delito pág. 226 Ediciones Doctrina y Ley Bogotá, D.C. Colombia año 2003.

(…) el Institucional G. estaba en servicio activo y ejercía la función de control y vigilancia, condición y calidad con potencialidad intimidante de la cual se vale y abusa, al advertir que las personas requeridas no tenían la factura de compra de la totalidad de zapatos que llevaban, por lo que procede a conducirlos a la Estación y para no incautarles la mercancía y dejarlos continuar hacia Bogotá, constriñe a Jaime Vargas a entregarle diez pares de tenis. **(Rad. 154591, 08 de junio de 2010, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Sala Cuarta de decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL

Alcance. Si se impone de manera general, comprende tanto las penas principales, como las accesorias.

"En extenso se ha querido reproducir este texto jurisprudencial, con el fin de clarificar que frente a delitos culposos, es perfectamente viable la imposición de la pena de inhabilitación o interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas. Así mismo, que cuando se impone como subsidiaria, ella sigue la suerte de la pena principal, salvo que el juez de conocimiento expresamente haya considerado y dispuesto su ejecución.

Ahora bien y frente al caso concreto, debe analizarse que en el delito de peculado culposo, la pena de interdicción de derechos y funciones públicas se impone como pena principal y no como subsidiaria, siguiendo el principio de legalidad de las penas, por estar así prevista en el artículo 182 del Código Penal Militar.

Ello impone analizar el caso desde la comprensión de que las penas pueden ser privativas y no privativas de la libertad. En este sentido, una lectura sistemática de los artículos 71 y 72 del Código Penal Militar, conlleva a afirmar que en términos generales, la condena de ejecución condicional puede recaer sobre todas las penas que se llegaren a imponer en la sentencia, salvo sobre aquellas que expresamente queden exceptuadas de ese beneficio. Si el Juez de conocimiento no hace ninguna salvedad o mención expresa, debe entenderse que la condena de ejecución condicional comprende todas las penas impuestas, tanto las privativas y no privativas de la libertad, sean principales o accesorias. Por el contrario, si el Juez de conocimiento quisiera hacer exigible el cumplimiento de alguna pena, a pesar de concederse el beneficio de la condena de ejecución condicional, debe expresamente manifestarlo en la parte resolutiva, indicando la pena que se excluye del beneficio, es decir, aquella que en su criterio debe hacerse exigible. Así se colige luego de una lectura del artículo 72 del Código Penal Militar, que en su texto reza:

"Artículo 72. Obligaciones. Al otorgar la condena de ejecución condicional, el juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad que considere convenientes". **(Rad. 155129, 29 de junio de 2010, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CULPA

No reside en actos de voluntariedad del sujeto agente, sino en el desvalor objetivo de la acción realizada.

(…) Bajo la preceptiva del Código Penal anterior a la ley 599 de 2000, se estimaba que la imprudencia, negligencia e impericia se constituían en mecanismos generadores de la forma de culpabilidad culposa, fundada de manera exclusiva en criterios subjetivos, contexto que presentaba problemas para efectos de la construcción coherente de una teoría del delito, por ello, la doctrina y la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia[25] , fueron desplazando los criterios de realización del delito culposo hacia aspectos puramente objetivos, situados en la tipicidad, con la introducción y consolidación del concepto de la "infracción al deber objetivo de cuidado", acuñado por Welzel [26].

Bajo el entendido de esta hipótesis de pensamiento, lo esencial de la culpa no reside en actos de voluntariedad del sujeto agente, como se consideraba en la concepción clásica, sino en el desvalor objetivo de la acción por él realizada, siempre y cuando estuviera acompañada del resultado típico, es decir, del desvalor del resultado, por ello, el artículo 23 de la ley 599 de 2000, determinó que la conducta es culposa (...) cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo".

Por ello, la doctrina penal moderna y la jurisprudencia actual, consideran que la infracción al deber de cuidado se satisface con la "teoría de la imputación objetiva", según la cual, un hecho producido por el agente le es jurídicamente atribuible, si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no comprendido por el "riesgo permitido" y dicho peligro se consuma en el resultado concreto. **(Rad. 155792, 27 de agosto de 2010, MP. MY. (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

25 Véase, entre otras, sentencias de 23 de noviembre de 1995, radicación 9476, y 16 de septiembre de 1997, radicación 12655

26 Welzel, Hans, Derecho penal alemán. Parte general, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pág. 187 y ss.

DEBIDO PROCESO

Es inexistente la diligencia de versión libre cuando se permite que persona diferente al juez interrogue.

"(…) Ahora bien, con relación al inconformismo planteado por el togado de que se debe nulitar la actuación por considerar se ha afectado el debido proceso y el derecho a la defensa de sus prohijados Patrulleros E.P.J. y R.S.A., al haberse permitido que la defensa de los demás versionados SI. M.C.J.E. y PT.B.M.M.R. intervinieran en el desarrollo de la diligencia recepcionada a los demás imputados, la Sala encuentra que esta situación a las luces del derecho si bien efectivamente está infringiendo el procedimiento penal militar regulado por el legislador, no conllevaba necesariamente a tener que decretar la nulidad de la actuación penal.

Debemos precisar que la diligencia de versión libre al igual que la indagatoria, brindan una oportunidad a la persona señalada de haber cometido un ilícito para que con la presencia de un defensor de confianza o escogido de oficio, exponga de modo espontáneo y libre acerca de los hechos materia de proceso. La presencia del defensor en dichas actuaciones tiene como fin primordial asegurar la ausencia de presiones o coacciones sobre el versionado o indagado, otorgándole un valioso instrumento para su defensa, sin que sea pertinente que el abogado defensor le formule interrogantes o permita que otro togado representante de los intereses de otro vinculado a la indagación preliminar o investigación formal lo interrogue, pues ha sido clara la Ley en determinar que en estas dos etapas únicamente el juez de instrucción puede interrogar.

Nuestro Código Penal Militar, cuando trata el tema de la indagación preliminar y el procedimiento a seguir, es claro en determinar quiénes pueden intervenir en la indagación preliminar y cuándo se debe tomar versión al imputado con asistencia de su defensor (art. 454 C.P.M.), remitiéndonos a tener en cuenta, por tratarse de una diligencia con la misma finalidad, lo dispuesto en el artículo 500 del Código Penal Militar, que consagra precisamente que solamente el juez podrá dirigirle preguntas al indagado y que el abogado defensor no podrá insinuar las respuestas, pero que si puede objetar las preguntas que no se hayan formulado en forma legal y correcta, sin señalar la normatividad en comento, que otra persona distinta al operador judicial pueda formular o interrogar al versionado o injurado.

La tarea de preguntar o interrogar conduce a que el funcionario judicial avance en la tarea de recopilar información sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos objeto de verificación y la posible participación en ellos de la persona citada, así como los argumentos, explicaciones y datos que el propio imputado o indagado desee suministrar para los fines de la instrucción, sin que ésta diligencia pueda tornarse en oportunidad procesal para la defensa propia o de otro para interrogar, pues precisamente

la actividad de preguntar, interrogar y responder entre el juez, imputado o injurado, es una garantía constitucional a la no autoincriminación, evitando que la libre exposición del que declara pueda verse interferida, distorsionada u obscurecida como consecuencia de preguntas concebidas por su defensor u otro sujeto procesal, ya que con ello se asegura que cuanto diga la persona interrogada sea producto de su libre exposición y ajena a toda influencia externa en cualquier sentido.

Es por lo anterior que no puede permitirse que la participación del abogado defensor dentro de la indagación preliminar o proceso vaya mas allá de su actividad que consiste en la guarda efectiva y constante de los derechos procesales del imputado o indagado a través de intervenciones oportunas tendientes a evitar que el funcionario judicial realice preguntas que puedan constituir presión, amenaza o atropello contra la libre declaración verbal de quien presta la diligencia, o realice actitudes que puedan constituir constreñimiento.

Así las cosas, avizora esta Sala de Decisión que no estamos en presencia de una nulidad como la impetrada por el recurrente, teniendo en cuenta que si bien la irregularidad en que se incurrió es grave por cuanto se transformó las formas propias de recepción de la diligencia de versión libre, es imperioso tener en cuenta para ello los principios que rigen para la declaratoria de la nulidades, por cuanto el acto de versión libre es una mera diligencia que no se ha realizado en una decisión con ejecutoria material sino meramente formal, pues recordemos que el expediente se encuentra surtiendo las pesquisas en la etapa preliminar para establecer si es procedente o no la apertura de formal investigación, existiendo otra medida para subsanar el yerro cometido, como es volver a practicar la diligencia, tornándose esta en inexistente como lo señala el artículo 393 del estatuto castrense, ante la falta de formalidades esenciales en la misma, lo cual acertadamente indicó la señora representante del Ministerio Publico y estamos en total acuerdo, correspondiendo entonces al funcionario judicial reponer dicha diligencia, repitiendo la actuación.

Como bien lo ha mencionado la doctrina, inexistente es lo que no ha nacido, lo que no existe. La inexistencia consiste en la falta de nacimiento a la vida jurídica de un acto o diligencia que se cumplió sin respetar determinadas normas. Por carecer de existencia jurídica el juez o el funcionario ni puede valorar, apreciar o tener en cuenta el acto o diligencia, para ello no necesita dictar providencia que así lo disponga sino que simple y llanamente desconoce su existencia material, contrario al acto nulo que si nace a la vida jurídica y tiene pleno valor hasta tanto no se le declare así, y requiere de providencia que lo declare". **(Rad. 156466, 26 de mayo de 2010, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DEBIDO PROCESO

Observancia formas propias de cada juicio.

"2. De otro lado, se observa que el juzgado de conocimiento no agotó los medios pertinentes y necesarios para lograr la presencia del procesado en la diligencia de acusación y aceptación de cargos, pues aunque le libró un telegrama citándolo para una notificación personal, no se lo requirió de manera directa y expresa, como así se ordenó en el auto del 01 de junio de 2009, a fin de que hiciera presencia en la fecha, hora y lugar indicados para el desarrollo de la audiencia de acusación y aceptación de cargos, con la clara advertencia e indicación de la posibilidad que se le brindaba de poder llegar a un acuerdo con la Fiscalía Penal Militar y el beneficio que ello conllevaba, si así lo considerase pertinente.

Omisión que en mayor parte se hace atribuible a la Fiscalía Penal Militar, puesto que de conformidad con el artículo 579 del Código Penal Militar[27] , es a ella a quien verdaderamente le compete el deber de procurar que por lo menos el procesado tenga conocimiento de la posibilidad de aceptar los cargos, con el fin de que éste pueda acceder al descuento de la pena fijado en la ley o de que al contrario, sea manifiesta su voluntad de no aceptar los cargos.

Realmente se desconoce si el silencio del procesado respecto a la aceptación o rechazo de los cargos, se deba a la falta de interés o motivación en asistir a la diligencia o si en realidad se debió a la negligencia del Fiscal Penal Militar en procurar ese deber legal de reunirse con el procesado y su defensor, con el propósito de acordar si hay posibilidad de aceptar o no los cargos formulados.

La expresión "deberán" conlleva una obligación impositiva de hacer, de efectuar una reunión, o de por lo menos procurarla a toda manera, debiendo quedar constancia de las actividades realizadas, tendientes a dicho fin. En este sentido, surge para los Jueces de conocimiento la obligación de verificar al inicio de la audiencia, que los fiscales hayan dado cumplimiento a este deber, especialmente cuando hay ausencia del acusado.

De conformidad con lo expuesto, aquella omisión de la Fiscalía Penal Militar es a todas luces contraria a la garantía del derecho de defensa que rodea al procesado, siendo por esta otra razón, una causal más para justificar la declaratoria de nulidad que por medio de esta providencia se decretará, pues al no brindarse al procesado aquella posibilidad de acceder a un descuento de pena por medio de la aceptación de cargos, se le cercena su posibilidad de ejercer una verdadera defensa material.

3. Finalmente, de la lectura del acta de la Corte Marcial, se tiene que la juez de conocimiento obvió el pronunciamiento del sentido del fallo, con lo cual socavó la estructura del procedimiento especial señalado para esta clase

27 Modificado por el artículo 1 de la Ley 1058 de 2006

de juzgamiento. De esta manera, su omisión injustificada afecta la validez de la diligencia, pues tenía el deber legal de dar a conocer a los sujetos procesales el sentido de su decisión final, una vez concluido el debate oral". **(Rad. 156129, 29 de junio de 2010, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DELITOS IMPRUDENTES

La intervención posterior de un tercero no desplaza la imputación de la conducta culposa inicial.

(...) 7.1.4. De la relación de riesgo. En precedencia se precisó la posición de garante que ostentaba para el momento de la ocurrencia de los hechos el CP. BM, quien con su actuar se enmarcó dentro de un riesgo jurídicamente desaprobado. Avanzando en el análisis, debemos verificar si este riesgo se concretó en el resultado.

En esta fase de la imputación se requiere la existencia de una causalidad normativa, a partir de una vista en sentido naturalístico, que para el caso sub judice no es otra que la verificación como al efecto está probado que el proyectil que impactó en la humanidad del SLR. JEJ. (q.e.p.d.) y que le cegó la vida, fue el mismo que se percutió del fusil de dotación perteneciente al CP. BME, y otro elemento, y al margen de esa relación naturalística entre acción y resultado, sólo se podrá imputar cuando se de esa relación en el sentido normativo funcional, es decir, si en el resultado muerte del SLR. JEJ, se realizó un riesgo jurídicamente desaprobado de la acción. En este campo, igualmente se han fijado algunos criterios para su determinación, tal como el fin de protección de la norma, que en este caso es el decálogo de seguridad con las armas de fuego, toda vez que esa falta de diligencia en su aplicación se concreto en el resultado típico "homicidio" que el decálogo quería evitar.

De otro lado, resulta importante analizar la hipótesis de que en aquél curso causal y después de evidenciarse un peligro jurídicamente desaprobado, aparezca la intervención culposa de un tercero como lo sería la intención del SLR. BBM, de arrebatarle el fusil al CP. BME, y que en ese preciso instante desde el punto de vista naturalístico se percutió la ojiva que impactó la humanidad del hoy occiso SLR. JEJ. (q.e.p.d.). (…).

Sin embargo, y bajo el esquema de la imputación objetiva, esa intervención culposa del tercero SLR. BBM, no siempre desplaza la relación de riesgo creada por el CP. BME, en otras palabras, no siempre es posible afirmar bajo el esquema de la imputación objetiva que la intervención culposa posterior interrumpe la relación de riesgo. (…).

Ese hecho del forcejeo entre el CP. BM y el SLR. BB no se puede entender como una hecho extraño que haya determinado la producción del resultado, sino por el contrario, éste se generó por su desfasada conducta utilizada para conducir a los soldados a la Base Militar al pretender utilizar la fuerza física en primer término golpeando al SLR. GP, evento antecedido de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado materializado al vulnerar la norma jurídica representada en el decálogo de seguridad con las armas de fuego. Es con este argumento que se comparte la apreciación del ilustre representante del Ministerio Público cuando considera que el procedimiento fue exagerado e innecesario. (…).

Corolario de lo anteriormente señalado, dentro del contexto de la Fuerza Pública, sus integrantes, hombres capacitados y entrenados en el manejo de las armas de fuego como parte integral de su quehacer diario, se les exige el cumplimiento de deberes de seguridad frente a esas armas que como tal implican fuentes de riesgo, de manera que al concretarse el resultado lesivo para la vida que pretendía evitar la norma jurídica del decálogo de seguridad con las armas de fuego, se puede predicar que tal resultado fue la consecuencia de esa vulneración al deber objetivo de cuidado y por tanto, le será imputable aquél resultado, máxime, cuando el CP. BMEG conocía por su formación militar los factores de riesgo que implicaban el manejo de las armas.

Y aquella lamentable muerte del soldado JEJ (q.e.p.d.), no es posible explicarla sólo a partir de la intervención del tercero, SLR. BB cuando pretendía arrebatarle el fusil al CP. BM, pues aquél resultado (muerte) no se puede explicar con independencia de la conducta inicial infractora del deber de cuidado en que incurrió el aquí condenado, y por tal razón esa intervención del tercero no desplaza la imputación. **(Rad. 155596, 30 de junio de 2010, MP. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DERECHO DE DEFENSA

Violación por inactividad del abogado.

"Analizando el caso en concreto, la Sala evidencia la presencia de la causal de nulidad prevista en el artejo 388.3 del Estatuto Procesal Militar, como quiera que si bien es cierto el justiciado al momento que fue vinculado al sumario mediante indagatoria contó con la presencia de un abogado, al parecer, según se lee, designado por él, con el que se entendía se garantizaría en adelante y para todo el proceso, la defensa técnica del encartado, también lo es que este jamás volvió a comparecer al expediente, en las subsiguientes etapas procesales, esto es, sumarial y calificatoria, haciéndolo solo hasta la etapa del juicio.

Obsérvese que cuando se resolvió la situación jurídica provisional del PT. M.R, se le citó al prenombrado defensor para notificarlo de dicha determinación, por intermedio de un funcionario de la SIJIN de la MEVAL, que se dirigió a la dirección por el togado suministrada en la diligencia de descargos rendida por su apoderado, y sin embargo no compareció, razón por la cual no se enteró de la decisión adversa que se había decretado en contra del sumariado.

Como tampoco se enteró del auto que clausuró el ciclo instructivo, del que ordenó correr traslado para la presentación de los alegatos precalificatorios, ni del que calificó el mérito sumarial, habiendo sido este adverso a los intereses de su patrocinado, a pesar de habérsele citado en debida forma, porque para todos los efectos se le requirió, sin éxito, con los oficios 1002/201107 y 0412/011008.

Dígase, que solo se tuvo conocimiento del defensor cuando, encontrándose el proceso en la etapa del juicio, el juez de primer grado lo citó, por intermedio de funcionarios de la SIJIN MEVAL, para notificarle el contenido del auto que fijó fecha para la celebración de la audiencia de corte marcial, quienes se dirigieron hasta la dirección por él aportada en el único momento procesal que tuvo (indagatoria), y fue entonces cuando el abogado presentó memorial indicando que renunciaba a la representación judicial del PT. J.J.M.R. y aclaró que "el poder que en su momento me fuera otorgado, se limitaba exclusivamente a la diligencia de indagatoria…" y que "desde la fecha en que se realizó dicha actividad judicial no ha tenido contacto alguno con el procesado referido."

Como se aprecia, la ausencia del apoderado al proceso, no fue una estrategia pasiva – defensiva, sino el resultado de entender equivocadamente que su designación como defensor era únicamente para la indagatoria, es decir, que sólo se limitaba a cumplir con un formalismo al aceptar el cargo, lo cual por supuesto, hizo nugatoria las posibilidades de defensa del procesado, y de contera, comprometió realmente el derecho de defensa del justiciado.

El dimitido abogado, fue claro en el referido memorial, en señalar que su actividad como defensor la entendió exclusivamente para la diligencia de indagatoria, lo cual resulta inconcebible, porque como se dijo, se aprestó para cumplir con un formalismo, que era el de asegurar que el por indagar estuviera asistido de un defensor, y a partir de lo cual se desentendió de las obligaciones que eran inherentes al nombramiento que como defensor se le hizo en la diligencia de descargos.**" (Rad. 155939, 7 de septiembre de 2010, MP. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DESERCIÓN

El ingrediente normativo de proximidad de rebeldes o sediciosos.

(...) El artículo 129 del Código Penal Militar es uno de aquellos tipos penales que contiene elementos normativos que buscan un modelo más inequívoco del injusto punible, pues van más allá de la mera descripción de los hechos, aquellas expresiones se han entendido como ingredientes normativos del tipo penal. Y en ese orden de ideas conveniente resulta precisar este ingrediente normativo a partir del concepto de rebelión[28] y de sedición[29] plasmados en la norma penal ordinaria Ley 599 de 2000, bajo tal contexto normativo entendemos que rebeldes o sediciosos son aquellas personas que mediante el alzamiento de las armas atacan el régimen legítimo que constitucionalmente se encuentra vigente. Y bajo el caso sub judice tenemos que el Batallón de Infantería No. 36 "CAZADORES" había desplegado al pelotón "HURACÁN 5" aquel 9 de febrero de 2007 para desarrollar operaciones de registro y control militar de área en pro de ubicar la Sexta Compañía de Milicias de las ONT-FARC, tal como se desprende del Radiograma No. 0738-DIV6-BR12-BICAZ- S3-OP-375 expedido por el Segundo Comandante del Batallón de Infantería No. 36 "CAZADORES"[30] .

En cuanto a la maniobra de registro y control militar de área se deduce que se estaba en búsqueda de aquella compañía de milicias de las ONT-FARC, y bajo tal presupuesto aceptable resulta predicar que aquellos integran el grupo de personas que el artículo 129 señala como rebeldes o sediciosos. Sin embargo, el ingrediente normativo exige el adjetivo de la proximidad, entendiendo ésta que aquellos subversivos distan poco de las propias tropas, que tendrán un encuentro inmediato y directo, circunstancia ésta que no es viable predicar de la situación fáctica evidenciada en el momento en que el procesado SLC. TGW decidió evadirse, recuérdese que en aquellos momentos se encontraban realizando dentro de las maniobras de control un retén militar y no acciones propias y dirigidas para sostener un encuentro próximo o inmediato con los referidos rebeldes…**" (Rad. 156317, 27 de abril de 2010, MP. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DESERCIÓN

Reiteración del momento consumativo. Efectos de la fecha de novedad fiscal sobre la condición de militar en servicio activo.

"Para resolver la temática planteada con ocasión a la impugnación, la Sala resolverá los siguientes problemas: i) el proceso ejecutivo y momento

28 "Artículo 467 Rebelión.- Los que mediante el empleo de armas pretendan derrocar al gobierno nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional vigente, incurrirán en prisión …"

29 Artículo 468 Sedición.- Los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes, incurrirán en prisión…."

30 Radiograma CO. fl.6.

consumativo del delito de Deserción y, ii) los efectos de la fecha de novedad fiscal y de la orden administrativa que retira del servicio activo a un militar y su trascendencia en el ámbito penal castrense.

i) el proceso ejecutivo y momento consumativo del delito de Deserción:

Ha establecido el Legislador Penal Militar de 1999 en la Ley 522, así como la en Ley 1407 de 2010, que para la verificación del delito de Deserción se requiere que el Soldado se ausente, sin permiso, del lugar donde presta servicio militar obligatorio por más de cinco días consecutivos. Ha precisado el Tribunal que dicho injusto es de mera conducta y para la confrontación del ingrediente objetivo del tipo "más de cinco días", se debe agotar formal y materialmente el término dispuesto, esto es, haber iniciado el día sexto, máxime si se tiene en cuenta que el Legislador se refiere al agotamiento de "días" y no de horas como erradamente lo concibe la representante del Ministerio Público impugnante, vale decir, sólo hasta cuando se agoten las veinticuatro horas del día de ausencia y el vencimiento de las veinticuatro horas del quinto día, esto es, estar en el sexto aún dentro del primer minuto o segundo, permite colegir que se ha realizado el injusto contra el servicio. Al respecto ha señalado esta Sala de Decisión:

(...) EL PROCESO EJECUTIVO DEL DELITO DE DESERCIÓN. Verificación del ingrediente normativo "más de 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 (…)". (Subraya la Sala)

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 (…)"[31] .

ii) los efectos de la fecha de novedad fiscal y de la orden administrativa que retira del servicio activo a un militar y su trascendencia en el ámbito penal castrense.

Resulta oportuno señalar que: "los actos administrativos tienen la capacidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva en beneficio o a cargo de una persona, o permiten aplicar a esta una situación jurídica objetiva"[32] . Son precisamente estos los efectos que acontecen cuando un militar o policial es dado de alta o retirado del servicio, por licenciamiento, concepto jurídico o sanidad, mediante una orden administrativa de personal, lo que nos permite afirmar que la condición de militar o policial en servicio activo se mantiene desde que es dado de alta o ingresa al escalafón, hasta cuando se produce la comunicación del acto administrativo que le retira del servicio activo.

Este nuevo examen de la temática tratada lleva a la Sala a recoger el criterio que se venía esbozando respecto a que era la novedad fiscal la que retiraba jurídicamente del servicio activo[33] , razonamiento que se reconsidera y hoy demanda determinar que la condición militar o policial se mantiene hasta que se produzca el acto administrativo (orden administrativa de personal) que le separa formal y materialmente del servicio activo, vale decir, debe precisarse que unos son los efectos de la fecha de novedad fiscal de vocación presupuestal y otros bien diferentes los producidos por el acto administrativo "O.A.P." de tendencia personal y funcional, que fija la calidad militar o policial como el momento desde y hasta cuando es destinatario de la norma penal militar. Dicho de otra manera, aquellos son eminentemente patrimoniales, meramente presupuestales, en el entendido que buscan sacar de nómina o partidas presupuestales al destinatario y, éstos corresponden al instante en que material y objetivamente se deja de ostentar la condición personal como lo es el ser militar o policial. Lo planteado resulta por demás obvio de cara a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, pero pareciera ser desatendido por la mala costumbre de la administración al no producir un sólo acto administrativo en el cual debe converger objetivamente la novedad personal y la consecuente fiscal, amén que de aquella debe depender ésta, es decir, ha de confluir en una sola disposición legal el retiro del individuo de la institución y su consiguiente e inmediata clausura de nómina o de partidas presupuestales.

31 Rad. 154849, 06 de febrero de 2009, MP. TC. Camilo Andrés Suárez Aldana
32 Derecho Administrativo Colombiano. Eustorgio Sarria. Pág. 69
33 Rad. 156201, MP. TC. Jacqueline Rubio Barrera, Bogotá, D.C., 24 de noviembre de 2009

Corolario, debe quedar claro que en el entendimiento del Tribunal Superior Militar lo que determina la condición de militar o policial en servicio activo es la fecha de la orden administrativa y no la novedad fiscal, con lo que se recoge el discernimiento señalado en la providencia citada en precedencia y se fija un nuevo criterio que consulta una línea pacífica de la Corporación como pasa a mencionarse:

"(…) Ahora, si bien es cierto la Orden Administrativa de Personal No. 1665 del 25 de octubre de 2009 del Comando Ejército, allegada al expediente, dispone el retiro del servicio activo del SLR. H.P.M. con novedad fiscal 8 de agosto de 2009, no puede ser considerada esta última fecha como la pérdida de su calidad de militar, pues se estaría desconociendo los términos de ejecutoria y efectos legales de un acto administrativo, sin que ello pueda confundirse con la figura de "novedad fiscal", la cual es exclusivo para asuntos de nomina o prestaciones, sumado a que ello no puede suprimir, modificar o anular efectos ya producidos durante ese lapso, como es la consumación de una presunta conducta delictiva Militar. En otros términos, el retiro efectivo del miembro de la Fuerzas Militares sólo rige a partir de la ejecutoria del acto administrativo que dispone su retiro, que para el caso en estudio es el momento de la ejecutoria de la Orden Administrativa No. 1665 del 27 de octubre de 2009. (Subraya la Sala). (…).

Posterior a esto y conforme a lo arriba anotado, la Sala quiere perpetuar para no ser excluida la parte de la determinación de la novedad fiscal, el rehúso, de tomar como fecha de retiro de la Fuerza Pública la fecha de la novedad fiscal pues contemplamos que la calidad de ser militar deberá determinarse o perderse en el momento en que quede ejecutoriado y que cobre firmeza el acto administrativo, pues es claro que la novedad fiscal es entendida como efectos patrimoniales, o sea, suma de dinero que deja de percibir un miembro por un tiempo estipulado (…)" [34].

Establecido que la novedad fiscal se produce el mismo 05 de septiembre de 2009 pero la orden administrativa de personal No. 1896 está calendada quince (15) de diciembre de dos mil nueve (2009), ha de afirmarse que la condición de militar en servicio activo del Soldado Regular M. A. J. E. se mantuvo hasta esta fecha (15-DIC-09), con lo que se quiere indicar que para el 05 de septiembre de 2005, el hoy procesado era militar en servicio activo y en consecuencia destinatario de la norma penal militar dispuesta en el artículo 128 de la Ley 522 de 1999, lo que conlleva a que se prosiga el ejercicio de la acción penal por dicho injusto"**.(Rad. 156545, 02 de noviembre de 2010, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Sala Cuarta de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

34 Sala Tercera de Decisión, Rad. 156477. MP. TC. Pedro Gabriel Palacios Osma. Bogotá, D.C. Junio 29 de 2010

DESERCIÓN

La Calidad de militar se pierde con la ejecutoria del acto administrativo que dispone el retiro y no con la novedad fiscal.

(…) Ahora, si bien es cierto la Orden Administrativa de Personal No. 1665 del 25 de octubre de 2009 del Comando Ejército, allegada al expediente, dispone el retiro del servicio activo del SLR. HRPM con novedad fiscal 8 de agosto de 2009, no puede ser considerada esta última fecha como la pérdida de su calidad de militar, pues se estaría desconociendo los términos de ejecutoria y efectos legales de un acto administrativo, sin que ello pueda confundirse con la figura de "novedad fiscal", la cual es exclusivo para asuntos de nomina o prestacional, sumado a que ello no puede suprimir, modificar o anular efectos ya producidos durante ese lapso, como es la consumación de una presunta conducta delictiva militar.

En otros términos, el retiro efectivo del miembro de la Fuerzas Militares sólo rige a partir de la ejecutoria del acto administrativo que dispone su retiro, que para el caso en estudio es el momento de la ejecutoria de la Orden Administrativa No. 1665 del 27 de octubre de 2009. (…).

Posterior a esto y conforme a lo arriba anotado, la Sala quiere perpetuar para no ser excluida la parte de la determinación de la novedad fiscal, el rehúso, de tomar como fecha de retiro de la Fuerza Pública la fecha de la novedad fiscal pues contemplamos que la calidad de ser militar deberá determinarse o perderse en el momento en que quede ejecutoriado y que cobre firmeza el acto administrativo, pues es claro que la novedad fiscal es entendida como efectos patrimoniales, o sea, suma de dinero que deja de percibir un miembro por un tiempo estipulado**". (Rad. 156477, 29 de junio de 2010, MP. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

EL PRINCIPIO DE CONFIANZA

Constituye un límite en la imputación de responsabilidad en el delito imprudente.

(...) En cuanto a la modalidad culposa como se entiende en la moderna teoría del delito, para su estructuración se establecen elementos normativos a saber: i) un sujeto activo, ii) una acción infractora del deber objetivo de cuidado, iii) la realización de un resultado y iv) un nexo de determinación evidenciado entre la trasgresión del deber objetivo de cuidado y el resultado típico. Nótese que en esta moderna concepción del delito en cuanto hace referencia a la modalidad culposa, lo esencial de la culpa no reside en actos de voluntariedad del sujeto

agente, superando así aquellas tendencias ontologicistas que enlazaban la acción y el resultado con exclusivo apoyo en las conocidas teorías de la causalidad[35] . (…).

Con el anterior marco conceptual, se abordará el tema de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, para ello, la doctrina ha establecido el instituto del riesgo permitido, el instituto del principio de confianza, el instituto de las acciones a propio riesgo y el instituto de la prohibición de regreso, para el caso sub judice, esta Sala de Decisión entrará a resolver a partir de los contenidos del instituto del riesgo permitido y el principio de confianza.

En otros términos, hoy, para poder imputar un resultado a una persona, como producto de su acción, debe haber un vínculo naturalístico (causalidad) y un vínculo normativo (imputación objetiva), para llegar a esta sencilla propuesta, la doctrina a caminado por: i) La teoría de la equivalencia de las condiciones, donde el concepto de causalidad es natural y todas las condiciones tienen idéntica y equivalente calidad causal, teoría que fue limitada para evitar llegar al infinito, por los postulados de la conditio sine qua non, bajo la cual, si mentalmente se suprime una acción y desaparece el resultado, ella es la causa del resultado, el otro postulado limitante, es el de la condición adecuada, creadora de un criterio valorativo con base en la experiencia naturalística que determinada acción produce siempre determinado resultado. ii) Posteriormente, surgió la teoría de la causalidad adecuada donde se desarrolla un criterio valorativo de experiencia pero científica; Luego apareció la iii) Teoría de la relevancia de las condiciones o causalidad jurídica relevante, la cual parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero señalando que no todas las condiciones que intervienen son jurídicamente relevantes, implementando así un criterio normativo, es decir, que sólo serían causal del resultado aquellas causas jurídicamente relevantes. Y por último, a grandes rasgos, apareció iv) La teoría de la imputación objetiva, donde pasa por teorías naturalistas de causalidad para llegar a teorías normativas de causalidad, y es así, que hoy en la moderna teoría del delito se señala que la simple causalidad no basta para la imputación jurídica del resultado. (…).

6.3- Sobre el principio de confianza, retomando el marco teórico de la imputación objetiva, para determinar si un peligro se encuentra o no prohibido, se deben tener presentes los Institutos tales como i) el riesgo permitido, ii) el principio de confianza, iii) la prohibición de regreso iv) y las acciones a propio riesgo.

Desarrollado en antelación el instituto del riesgo permitido, adicionalmente abordaremos el principio de confianza, del cual se sabe que tratándose de asunción de competencias por organización, en principio se responde sólo por

35 Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 29000, M.P. Doctor Julio Enrique Socha Salamanca, 18 de junio de 2008.

aquellas conductas que están dentro del ámbito de dicha competencia, y en tal sentido, no es un rol normal controlar los riesgos que generen terceros, es así, que el principio de confianza nace del postulado de la auto responsabilidad, es decir, en las relaciones sociales la lesividad de determinadas conductas no dependen sólo de la persona que la realiza, sino también de otras personas que participan e interactúan, y en el campo del tráfico jurídico la doctrina a señalado: (...).

Para concluir, la Sala de Decisión señalará que el principio de confianza es un instituto o criterio de imputación que sirve para determinar los deberes de cuidado que tienen que ver con terceras personas operando como límite objetivo o normativo de la responsabilidad por imprudencia, en otras palabras, el principio de confianza implica, que aquél que se comporta de acuerdo a su rol y dentro de su riesgo permitido, no tiene que contar que con su conducta pueda presentar un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro, por ello, se considera que el comportamiento del procesado PT. TSLD se adecuó dentro del riesgo permitido del tráfico automotor y bajo el principio de confianza que otras personas, como los peatones se comportaran de acuerdo a las reglas del tráfico social, es por ello, que el lamentable resultado de la muerte de quien en vida respondía a JEMO (q.e.p.d.) no se le puede imputar al procesado, pues, éste ocurrió por la defraudación de las expectativas de la propia víctima tal como se señaló en precedencia…**" (Rad. 156227, 16 de septiembre de 2010, MP. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

EL SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE DESERCIÓN

El acto administrativo que da de alta al soldado lo vincula con el servicio militar obligatorio.

(...) Otorgada la incorporación al servicio militar como soldado al expedirse el Acto Administrativo, Orden del Día No. 050, se entiende la calidad de militar y a partir de tal reconocimiento se generan todos los derechos y obligaciones, que enmarcan la organización militar, la cual contiene su régimen legal propio y para su preservación en igual sentido posee a su régimen disciplinario y penal. En ese orden de ideas una vez expedido el acto administrativo la calidad de militar se reconoce con presunción de legalidad y no es la justicia penal militar la llamada desconocer tal calidad. Razón por la cual, no es viable predicar una mala incorporación como causal de atipicidad suponiendo que el sujeto activo no tiene el requisito normativo de la legal incorporación. (…)**. (Rad. 155858, 18 de marzo de 2010, MP. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

EL TESTIMONIO

El haberse ordenado de manera general en el auto de apertura, impide invocar su nulidad.

(...) 7.1. El planteamiento del apelante se traduce en sugerir, que el hecho de practicar una prueba testimonial sin que previamente ésta se haya ordenado en una providencia específica, genera causal de nulidad. Frente a tal planteamiento se debe iniciar por reconocer que en el Procedimiento Penal Militar para decretar algunas pruebas que requiere determinada concreción en su práctica, se exige la existencia de auto previo a su diligencia que así lo ordena, tal es el caso de la Inspección Judicial o del dictamen pericial, pruebas que por sus características requieren que con debida antelación se precisen detalles de su trámite como sería la designación de peritos y los puntos sobre los cuales girará su experticia. Y es en esta clase de pruebas, donde debe anteceder la orden puntual para su práctica.

Sin embargo, pruebas como el testimonio, que por su naturaleza no exigen de ninguna especificidad para su trámite y desarrollo, no requieren necesariamente de una providencia judicial que individualmente fije u ordene su práctica, pues tal exigencia ya no es mandatoria en el Ordenamiento Penal Militar como tampoco es mandatoria en el Ordenamiento Procesal Penal regulado por la Ley 600 de 2000. **(Rad. 156677, 6 de octubre de 2010, MP. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO

Debe ponderar la actuación teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar que median.

"Queda entonces concebido que medió una defensa pero imaginaria o putativa, que recibiría el tratamiento como error de prohibición indirecto, pero lo que sigue es examinar si ese error pudo ser objeto de superación, o por el contrario las circunstancias lo hacían invencible, teniendo como referente lo esbozado por Eugenio Raúl Zaffaronni en su obra "Derecho Penal-Parte General", en cuanto a que "La naturaleza de límite de culpabilidad del problema de la vencibilidad o evitabilidad del error importa que la estimación tenga lugar siempre en función de las condiciones personales del agente y no conforme a una pretendida objetividad, que acude a otro o a una figura de imaginación. La exigibilidad siempre es a una persona concreta, pero en una situación y circunstancia también concreta"[36] ,

36 Derecho Penal Parte General, Eugenio Rafael Zaffaronni, Editorial Ediar- Buenos Aires Argentina, página 696.

Así las cosas, primero, la patrulla a la que pertenecía el Procesado se encontraba bajo un ambiente operacional en el que era altamente factible el enfrentamiento con miembros de un grupo subversivo; segundo, el personal militar tenía interiorizada la presencia cercana del "enemigo"; tercero el área donde ocurrieron los acontecimientos que dieron lugar a la muerte del Soldado AE tenía vegetación espesa; cuarto, el procesado se encontraba prestando el servicio de centinela, lo que implicaba una misión de seguridad del personal militar; quinto, los sentidos le permitieron percibir al Procesado el acercamiento hacia él de una silueta que portaba un arma larga, y sexto, la presencia del enemigo, al Soldado centinela le generaba probabilidad de hacer uso del arma.

En este sentido, valga la pena aclarar de paso que si bien la instrucción general acerca del uso de las armas de fuego lo era a órdenes del Comandante, en el caso del centinela, si este es puesto para la seguridad, y se le empodera con un arma de fuego, es claro que pueda hacerlo sin esperar la autorización de su superior, pues si fuere lo contrario no podría conjurar ninguna amenaza o agresión, puesto que el centinela cumple una misión precisa de seguridad, pero como en providencia pasada esta misma Sala con ponencia de quien hace ahora las mismas veces predicó que: "(…) debe entenderse que el centinela condicionado por las consignas que se le hayan impartido, no puede actuar sino en forma razonable y proporcionada con su arma de fuego, de tal forma que no puede considerarse como una regla, el que pueda disparar siempre contra un objetivo que le merece extrañeza, sino que debe ser reflexivo antes de actuar".

Esta reflexión en el caso de un centinela debe ocupar un espacio dentro de su actuación de defensa, pues debe atender a una labor propia de la Fuerza Pública, que como tal, debe estar permeada de un mínimo de ponderación aún en los eventos más graves. En este sentido, teniendo como referente las circunstancias que en párrafo anterior se expusieron y que por supuesto eran esenciales, aunque también propias del ambiente operacional, el centinela CS podía tomar algunas medidas a fin de verificar lo que para él era una agresión actualizada.

Es así como debía mediar en él unos instantes de observación, de tal forma que le hubiera podido permitir aprehender otros elementos para su discernimiento a fin de considerar si se trataba en efecto de un "enemigo" o no; concomitante a ello ante el avistamiento de una silueta con un arma larga, la toma de una posición defensiva para evitar ser un objetivo fácil de abatir, le habría facilitado lo anterior, la protección de su vida y una mejor reacción; y finalmente ante el conocimiento que tenía de la capacidad de la patrulla a la que pertenecía y la circunstancia de que se encontraba en un lugar cercano, llamar la atención para que sus compañeros y superiores pudieran verificar y reaccionar, como por ejemplo mediante voces o un disparo "al aire". Pero lo ocurrido fue que en forma inmediata la única reacción del centinela fue disparar contra ese blanco por él percibido, olvidándose que mínimamente algo podía hacer para

diferenciar al enemigo, sumándose a ello que la silueta se desplazaba por el "trillo", según se desprende de los testimonios recibidos, lo que ameritaba más nivel de evaluación.**" (Rad. 156179, 20 de mayo de 2010, MP. CN. (R). JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Sala Primera de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ERROR VENCIBLE

No puede olvidarse que para evaluar como verificada la conciencia de antijuridicidad basta que para su estructuración que el procesado haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta. Diferencia entre el error vencible e invencible.

"(…) Debe recordar la Sala al instructor que el error de prohibición se da cuando el autor conoce las circunstancias del tipo, pero no extrae de ellas conclusión referida a prohibición legal, esto es, cree que su conducta es permitida. Lo que lo hace invencible corresponde a que el contexto donde tiene lugar el episodio fáctico, las circunstancias temporo espaciales y modales, son de tal entidad que en términos razonables no le permiten salir del error.

Cuando en un ámbito o rol se desarrolla una conducta que se determina por conocimiento especial, un sujeto sabe que está sometido a normas o procedimientos, ha de verificarse si para el momento de la conducta tal comprensión, tal entrenamiento, de cara al contexto fáctico, exigían y hacían posible que se agotara un protocolo antes de reaccionar. En el entendimiento de la Sala dichos postulados se constatan y de haberlos observado Hernández lo habrían sacado del error, lo que nos lleva a predicar que el procesado pudo haber obrado dentro de un error vencible de prohibición, situación que lleva a invocar el inciso segundo del numeral tercero del artículo 35 del Estatuto Penal Militar…" **(Rad. 151612, 15 de abril de 2010, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA. Sala Cuarta de decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ESTRICTO CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL

Procedencia cuando se observan las normas del D.I.H.

(...) Así las cosas, la persona que realiza actividades propias de combatiente, así no lo hagan durante las 24 horas del día, mantienen ese status y como tal son un blanco legítimo de ataque siempre y cuando no se haga con perfidia.

En un conflicto interno pueden ser partes contendientes:

a) Fuerzas Armadas del Estado y Unidades Militares disidentes.
b) Fuerzas Armadas del Estado y grupos de civiles armados.
c) Grupos de civiles armados que luchan entre sí.

El cumplimiento del Art. 3º es exigible a todo el que sea parte contendiente, con independencia de su nivel de organización y de que ejerza o no, control territorial.

En términos de derecho de la guerra, la Sala tiene en cuenta que las Fuerzas Armadas de un Estado, o de una parte en conflicto, están integradas por todas las Unidades organizadas incluyendo su personal, que estén bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados.

A todos los combatientes se les exige diferenciarse de la población civil mediante el uso del uniforme, sin embargo, cuando las situaciones de combate inusuales le impiden hacerlo, no por ello pierden su estatuto de combatientes, siempre y cuando porten sus armas a la vista. Según el derecho de los conflictos armados los civiles deben ser protegidos de ataques y solo pierden dicha protección cuando participan directamente en las hostilidades.

Tomando como referencia el marco legal planteado por el a-quo, basado en el derecho de la guerra (parte del DIH) como normatividad aplicable a los conflictos armados internos con la subversión, grupos ilegales o sujetos que actúen de manera contraria a la ley, encontramos que indiscutiblemente la persona que resultó muerta el día de autos, al estar actuando en contravía de los lineamientos constitucionales y legales, aunado al hecho de que desatendió o hizo caso omiso a la "proclama" efectuada por el CS. GHA, procediendo a accionar su arma de fuego en contra de las tropas militares, adquirió de esta manera la calidad de "objetivo militar", pues los uniformados ante la agresión mediante fuego que provenía de dichos sujetos, se vieron en la imperiosa obligación de disparar sus armas, quienes portaban material de guerra de uso privativo de las Fuerzas Militares, como consta en autos.

Es de anotar que los sujetos agresores, portaban armas de fuego de largo alcance, con las cuales atacaron las tropas militares, quienes reaccionaron haciendo uso del material bélico que portaban.

Es indubitable que el ataque se hizo contra un objetivo militar, pues se trataba de un grupo ilegal armado que inició la ofensiva en respuesta a la proclama militar, y recíprocamente los integrantes de la contraguerrilla "AGUERRIDO UNO" les respondieron.

En el presente caso, tal y como consta en autos, las tropas militares al mando del SV. RDJD, se encontraban en cumplimiento de la orden de operaciones "MAJESTAD", que tenía como MISION: (...) reorientar las maniobras operacionales sobre las áreas base del bloque magdalena medio de las FARC, para lograr la reducción y neutralización de su capacidad armada y de finanzas, contribuyendo al objetivo final del comando del ejército, "doblegar la voluntad de lucha de las organizaciones terroristas a través de su derrota militar forzando a su desmovilización". (…).

Por ende, el CS. GHA dio de baja a HP, en virtud al cumplimiento del deber legal que le asistía en razón a la misión constitucional encomendada a la Fuerza Pública." **(Rad. 155946, 29 de julio de 2010, MP. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PÚBLICO

Antijuridicidad material en caso de adulteración de un registro de vuelo.

(...)7.5. Sobre la falsedad inocua, como una alteración intrascendente, es decir, que no es suficiente que la conducta falsaria encaje formalmente en alguna de las variantes típicas hay que exigir una antijuricidad material, en el sentido que el dato alterado alcance suficiente entidad como para causar daño o poner en peligro la seguridad jurídica en el ámbito a que el documento, por su naturaleza y características este destinado a proyectarse; es decir, no habrá delito cuando los intereses que proteja la tipificación de la falsedad no haya sufrido riesgo alguno.

Se equivoca el apelante al pretender presentar que el único daño desde el punto de vista jurídico es el daño real para dejar sin valor el daño potencial, ello contraría el artículo 9 del Código Penal Militar[37] y 11 del Ordenamiento Penal Ordinario[38] , pues desde un plano naturalístico busca presentar que no hay daño por el hecho de regresar el dinero y predicar que no existió detrimento en el patrimonio del Estado, sin embargo, recuérdese que el bien jurídico protegido en este punible no es el patrimonio, sino la fe pública, y adicionalmente, la vulneración al bien jurídico se puede manifestar tanto como de lesión, como de peligro.

No se trata de una lesividad estática, sino, de una potencial capacidad de causar daño generada a partir de la realización de ciertos actos que contienen una

37 Artículo 9 Código Penal Militar "Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico protegido por la ley".
38 Artículo 11 Código Penal "Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley".

específica significación social en ese tráfico jurídico, es decir, que ese registro de vuelo contiene como medio de prueba un alto grado de credibilidad dentro del sistema de información que administra el record de horas de los pilotos y los efectos de los mismos como sería entre otros, la generación de un pago por prima de vuelo.

Recuérdese que el Registro de vuelo tiene las calidades de un documento y por ende de él también se predican las tres funciones básicas, acuñadas por la doctrina, como i) La Función de garantía: Que supere la recognosiblidad en el documento a la persona que se imputa la declaración documentada, ii) Función de perpetuación: En virtud del cual el documento permite la fijación en el tiempo de una declaración sobre un soporte perdurable y iii) Función probatoria: Por la que el documento está determinado y es idóneo para constituir medio de prueba. (…).

Adicionalmente, resulta conveniente precisar que la información de las horas totales de vuelo de un piloto militar se extrae del sistema de información implementado en la Fuerza Aérea, el cual a su vez se alimenta de la información contenida en los documentos denominados "registros de vuelo". Consecuente con ello, al momento de mutar la verdad en el "registro de vuelo" como consecuencia de su nueva elaboración con contenidos diferentes, se genera daño, tanto en la confianza de la fe pública que la comunidad tiene frente al sistema de información que entrega la Fuerza Aérea Colombiana, e igualmente causa daño potencial cuando a partir de esa información faltante a la verdad, se construyen autonomías de vuelo en los pilotos porque supuestamente reúnen entre otros requisitos las horas de vuelo necesarias para ser tripulante de uno u otro equipo de vuelo, y más allá de ello, se encuentra el riesgo potencial de daño a la vida y aeronaves que comanda aquél piloto a quien se le entrega una autonomía basada en una experiencia de horas de vuelo que resulta insuficiente por ser contraria a la verdad.

El daño se traduce también en que ese registro de vuelo tiene igualmente la facultad de servir de medio de prueba en cuanto a la acreditación en la experiencia de un piloto militar a partir del reconocimiento de las horas voladas, por ello, se considera que ese daño se traduce en el descrédito de la calidad del piloto, en virtud que el medio de prueba que soporta su experiencia a partir de las horas voladas, contiene unas apariencias contrarias a la verdad y por ello se puede afirmar que se lesiona el carácter de medio de prueba atribuible al documento denominado registro de vuelo, y de tal vulneración se desprenden igualmente circunstancias de incertidumbre en el tráfico jurídico dentro del marco del sistema de información de horas de vuelo de la Fuerza Aérea. Quedan así evidenciadas las lesiones causadas al ordenamiento jurídico por el comportamiento del CT. CVG, lo que se traduce en la antijuridicidad material que reclama el apelante. (…)**" (Rad. 152599, 19 de julio de 2010, MP. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

FALSO TESTIMONIO

Su no relación con el servicio.

"(…) Como se advierte, el testimonio es una de las más importantes fuentes de información para el funcionario tanto en las investigaciones judiciales como administrativas y disciplinarias, pues a través de este medio de prueba es posible dar cuenta directa de los hechos jurídicamente relevantes, es decir, establecer sobre cuales debe obtenerse el nivel de conocimiento jurídico para decidir, a partir del análisis de la conducta denunciada o puesta bajo conocimiento de la Autoridad penal o administrativa competente, según sea el caso.

Y es en este tópico, donde se concita la atención de este análisis para señalar que cuando un miembro de la Fuerza Pública declara dentro de una investigación, lo hace como cualquier ciudadano, es decir, cumpliendo el deber que le asiste de dar fe ante las autoridades competentes sobre un hecho que se investiga.

Y en tal circunstancia, no se encuentra una relación directa y próxima con el Servicio articulada al fuero o privilegio de jurisdicción, en su conceptualización no solo da alcance a la actividad meramente operacional o ligada en estricto sensu al porte de armas, sino también a actividades logísticas y administrativas, como bien se ha señalado en precedente de esta Corporación, respaldado en jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Por lo tanto, la obligación que tenía el señor SV. MATB en calidad de testigo de dar fe sobre unos hechos que se investigaban, la cumplió como cualquier ciudadano y no por la relación próxima y directa con la función militar que le era propia como Suboficial del Cuerpo Logístico / Especialidad de Transportes de las Fuerzas Militares, en donde deriva que tampoco se da una relación inescindible con el Servicio.

"(…..) Como bien se pronuncia el precedente de esta Corporación, la actuación penal surtida con ocasión del presunto punible de Falso Testimonio dentro del proceso penal de la referencia, deberá pasar al conocimiento de la Justicia Ordinaria por conducto de la primera Instancia. (…)." **(Rad. 156560, 13 de agosto de 2010, MP. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN, Sala Segunda de decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

FAVORABILIDAD FRENTE AL GRADO JURISDICCIONAL DE LA CONSULTA.

Su observancia como principio rector conlleva a que la corporación se inhiba de conocer de las consultas al desaparecer el grado jurisdiccional en la Ley 1407 de 2010.

"(…) Conforme las voces de los numerales 1 y 2 del artículo 367 de la Ley 522 de 1999 procede el grado jurisdiccional de consulta contra las sentencias absolutorias y los autos que decreten la cesación de procedimiento, a contrario dicho instituto desapareció en la Ley 1407 de 2010 "Nuevo Código Penal Militar" que fuera promulgado en el Diario oficial Número 47.804 y vigente desde el 17 de agosto próximo pasado.

En situaciones como la que hoy nos ocupa resulta imperioso referir el surgimiento de fenómenos que manan derivados del tránsito y vigencia de leyes, tales como el de la plena validez que cobra el principio constitucional de favorabilidad[39] dispuesto en el artículo 29 de la Carta Política, que en lo pertinente reza:

"(…) En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable (…)"

Sobre la temática en comento consagra la reciente Ley Penal Militar en su artejo 8º la favorabilidad, al ordenar: "En materia penal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para los que estén condenados". Postulado que se ratifica en la norma sustancial dispuesta en el inciso segundo del canon 177 de la misma Codificación, al prever: "(…) La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aún cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

Al confrontar lo señalado en el numeral segundo del artículo 367 de la Ley 522 de 1999, con la voluntad legislativa expresada en la Ley 1407 de 2010 resulta ser ésta más favorable al procesado como quiera que el reciente estatuto proscribiera la consulta para situaciones como la que nos ocupa.

Ahora bien, el Código Penal Militar, vigente desde el 17 de agosto de 2010, según diario oficial No. 47.804 establece en su artículo 177 que:

39 Ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia Rad. 2300, febrero 6 de 2006, MP. Alfredo Gómez Quintero: (...) Pero si se quisiera ahondar en mayores razones téngase en cuenta que al haberse invocado la aplicación de la postrer legislación bajo la teleología de la favorabilidad, para ello -conforme lo ha señalado insistentemente esta Sala en el último año- además, desde luego, de la sucesión de leyes en el tiempo más el tránsito o la coexistencia de legislaciones, deben cumplirse básicamente tres condiciones: (i) que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones, (ii) que respecto de aquéllas se prediquen similares presupuestos fáctico-procesales, y (iii) que con la aplicación favorable de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable…."(Subraya la sala).

"Ningún miembro de la Fuerza Pública podrá ser investigado o juzgado sino conforme a la ley penal procesal vigente, con observancia de las formas propias de cada juicio.

"La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a restrictiva o desfavorable" (se resalta).

Realizadas las precedentes consideraciones en el caso concreto han de efectuarse las siguientes precisiones:

Siendo la Ley 1407 de 2010, favorable a los intereses de las investigadas, por cuanto no consigna este grado jurisdiccional, se impone la aplicación inmediata del principio de favorabilidad, el cual constituye elemento fundamental del debido proceso en materia penal, el cual no puede ignorarse en ninguna circunstancia[40] , máxime cuando el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales[41] .

En este caso, no queda duda en que habrá de procederse de conformidad con lo estatuido en la disposición legal vigente, pues no se puede desconocer así sea de manera hipotética, que se correría el riesgo si la decisión se consultara, de que la asumida por la Corte les resultara desfavorable a los intereses de las investigadas (…)"[42]

En este orden de ideas, al ser más favorable lo prescrito en la nueva legislación dispuesta en la ley 1407 de 2010, que lo señalado en la Ley 522 de 1999, normatividad vigente para el momento del acometimiento fáctico investigado y que concebía la consulta, se aplicará aquella en el caso en estudio, ya que proceder en caso contrario generaría el eventual peligro de desconocer los alcances del principio que se invoca si la decisión fuese desafortunada para el procesado.

En consecuencia, es imperioso que la Corporación manifieste bajo esta consideración que no es viable entrar a pronunciarse sobre la consulta planteada por improcedente, por lo que la Sala se inhibirá de revisar el interlocutorio antes citado. **(Rad. 156456, octubre 27 de 2010, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Sala Cuarta de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

40 Sentencia C-200/02
41 Sentencia C-252/01, C-922/01
42 Sala de Casación Penal, Rad. 34872 MP. Julio Enrique Socha Salamanca, Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de dos mil diez (2010)

FAVORABILIDAD PENAL

Por virtud del principio de favorabilidad, se debe aplicar la Ley 1407 de 2010 que eliminó el grado jurisdiccional de la consulta.

"Estando el proceso pendiente de turno para decidir, es sancionada la Ley 1407 del 17 de agosto de 2010, "por la cual se expide el Código Penal Militar", publicada en el diario oficial No. 47804 de la misma fecha. Efectuado el estudio del nuevo Código, se observa que por sustracción de materia, la consulta ha sido eliminada, pues ninguno de sus artículos la consagra. De esta forma y luego de comparar los dos regímenes, se encuentra que el nuevo Código es más favorable a los intereses de los procesados, pues una vez en firme la sentencia absolutoria y ante la inactividad de los sujetos procesales, ya no es procedente el grado jurisdiccional de la consulta, situación que impide que se pueda llegar a una eventual revocatoria o condena, luego de la revisión del proceso por el Ad-quem.

Desde esta perspectiva, la Ley nueva deberá aplicarse retroactivamente para cobijar hechos sucedidos con anterioridad a su vigencia, teniendo en cuenta que su regulación resulta más favorable para los procesados. Así, se da plena concreción a la garantía prevista en el inciso 3º del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, que señala: "En materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable."

Postulado claramente aplicable al caso concreto, teniendo en cuenta que al eliminar la consulta, la Ley nueva o posterior resulta más favorable, por lo que debe privilegiarse frente a la aplicación de la Ley 522 de 1999, respecto del trámite de la consulta. Mucho más si se destaca que la Ley 1407 de 2010, actualmente vigente, por los menos en sus Libros Y y II, recoge como principio fundamental, el de favorabilidad, consagrado en el artículo 8.

Sobre el tema de la favorabilidad, ha sido prolífica la jurisprudencia, pero en especial, es de destacar el reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a través del cual y prefiriendo la aplicación de la Ley 1407 de 2010, se inhibió de desatar una consulta. Así lo motivó la Corte (Rad. 34872 del 20 de octubre de 2010, MP. Julio Enrique Socha Salamanca).

Frente al tema de la eliminación de la consulta, debe acotarse que el Juez Penal Militar adquiere una mayor autonomía en sus decisiones, pero también una mayor responsabilidad, en tanto su decisión se convierte en ley del proceso, pues ya no va a ser objeto del escrutinio por parte del superior, en los casos en que se obligaba a surtir dicho trámite. Responsabilidad que puede llegar a ser compartida por el Ministerio Público y Fiscalía Penal Militar, en casos de una eventual inercia frente a situaciones manifiestas o contrarias a la ley". **(Rad. 156607, 29 de octubre de 2010, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

FAVORECIMIENTO DE LA FUGA MODALIDAD CULPOSA

Cuando en las conductas imprudentes hay ausencia de uno de sus componentes subjetivos, se predica atipicidad de la conducta.

"(…) Así las cosas, y teniendo en cuenta que en el tipo comisivo imprudente o el tipo injusto de las conductas culposas, se conjuga un atentado contra los valores éticos sociales y uno contra los bienes jurídicos, donde el primero es la descripción típica en la que debe contar con dos aspectos relacionados con lo subjetivo de la acción imprudente: la cognoscibilidad del riesgo y el cuidado debido; y en el segundo exige la causación de un resultado como desvalor. Tenemos que sobre la cognoscibilidad del riesgo que el implicado no pudo prever, debemos señalar que, de acuerdo a sus consideraciones individuales no tuvo la capacidad o posibilidad de conocer la amenaza que por su conducta de entregar las llaves representó para el bien jurídico que protege la eficaz y recta impartición de justicia y por lo tanto de prever el resultado de acuerdo con ese conocimiento.

En resumen, al no encontrase el implicado en posibilidad de representarse el riesgo que su conducta implicaba para el bien jurídico ajeno, como fue el de entregar las llaves al señor ST. Q, en virtud a la confianza emanada de subalterno a superior aunado a la imposibilidad natural de cumplir con todas sus funciones en el mismo instante, no es viable predicar su tipicidad. **(Rad. 156349, 31 de agosto de 2010, MP. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

FINES DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Cuando la finalidad este encaminada a proteger a la comunidad, dentro de ésta se encuentra implícita la comunidad militar

(…) Frente al segundo fin, esto es, protección a la comunidad, la Sala considera que el procesado si puede poner en riesgo la comunidad, por las siguientes razones:

Empezaremos por señalar que dentro de esta comunidad, se enmarca igualmente la comunidad militar y que nada garantiza que el comportamiento asumido por el suboficial no vuelva a repetirse, desde otro ámbito laboral o personal.

Y por qué esta apreciación, por cuanto el procesado dada la función que realizaba como suboficial de abastecimiento, aprovechando como lo señaló la Instructora la confianza que sus superiores habían depositado en él, tomó

dinero que había sido destinado para alimentar a la tropa que se encontraba en operaciones militares, lo utilizó en provecho suyo para invertirlos según su propio dicho en la Financiera AGROFIN y poder obtener un préstamo de dinero ($120.0000.000), realizando esta maniobra desde el mes de enero hasta junio de 2009, con lo que se constata que fue una conducta repetitiva del militar, sin que se descarte que pueda quebrantar nuevamente el ordenamiento penal militar.

Comportamiento que resulta desde todo punto de vista reprochable y no únicamente por ser servidor Público, además por ser integrante de la Fuerza Pública ya que ostenta el grado de Cabo Primero, por esta razón conoce que la función constitucional está encaminada a satisfacer los fines del Estado, entre estos defender la soberanía nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica, los cuales se vieron afectados pues de no haber sido advertida esta conducta, se pregunta la Sala ¿Cuánto dinero más, destinado para la alimentación de personal militar, habría tomado el suboficial?.

Y es que estos haberes correspondían al suministro de alimentos de la Unidad Militar que según acta 1783, comprendía pelotones ARCANO 1, ARCANO 2, BATALLLADOR 1, BATALLADOR 2, CRONOS 1 CRONOS 2, ELITE PELOTON SEGURIDAD, para un total de 256 hombres, quienes se encontraban desarrollando operaciones militares, las cuales como se señaló anteriormente estaban encaminadas a cumplir la misión constitucional.

Actuar que atenta contra la credibilidad que goza el Ejercito Nacional frente a la ciudadanía, pues obsérvese que se trata de una cantidad considerable, $58.170.093.00; además esa credibilidad puede ser mancillada al interior de la Fuerza Pública, por lo que bajo el principio de proporcionalidad no puede ser admitido que una conducta tan reprochable, sea beneficiada con la libertad provisional.

En otros términos, es claro que el procesado CP. PU durante su desempeño como Suboficial de Abastecimiento, desconoció sus deberes y obligaciones adquiridas con la Institución Castrense desde el mismo instante que es dado de alta como suboficial y servidor público y en el que juró cumplir a cabalidad durante el acto de posesión, dando prelación a sus intereses personales al utilizar los dineros destinados para el abastecimiento, en actitud que menoscaba sus principios éticos, carente de moral por el sólo deseo de ganarse unos dineros sin esfuerzo, colocando presuntamente en riesgo no sólo la operación militar sino la vida de los 256 hombres que dependían de él para ser abastecidos.**(Rad. 156646, 31 de agosto de 2010, MP. TC PEDRO GRABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

FUERO MILITAR

Alcance - diferencias conceptuales.

"(…) En relación a este último elemento ha de analizarse si el delito cometido el 19 de junio de 2004 y endilgado al procesado tiene un nexo o no directo y próximo con el servicio que constitucional y legalmente se le asigna a la función policial repetimos, para el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica; surgiendo así del examen de cada una de las etapas fácticas en que se desarrollaron los hechos y los medios de prueba allegados e incorporados al paginario, que el empleo de la fuerza física del enjuiciado hacía su homólogo nació de un acto del servicio, al desprenderse que cuando éste se encontraba realizando primer turno de vigilancia en compañía del lesionado y del SI. H.S.J.E. en el vehículo policial panel de siglas 001, luego de dejar a una persona aprehendida en la sala de retenidos de la estación de policía Girardot, disponiéndose a salir nuevamente a proseguir con la labor policial de vigilancia, el Agente C.Q.G. al momento de abordar de nuevo el rodante se cayó causándose un golpe en la cabeza y laceraciones en los codos, señalando como culpable de ello al conductor del rodante G.R. por arrancar intempestivamente el vehículo, circunstancia por la que se dirigió a la guardia de la unidad policial para consignar en el libro de población la novedad ocurrida, donde igualmente se presentó el procesado y luego de un cruce de palabras entre estos resultó lesionado C.Q.G, ameritándole dichas lesiones una incapacidad médico legal definitiva de treinta y cinco (35) días sin secuelas.

El anterior recuento demuestra claramente que la conducta ilícita endilgada a G.R. se desarrolló en razón a la actividad que éste estaba cumpliendo como conductor del vehículo en que se movilizaba junto con el lesionado y su superior H.S., naciendo precisamente de un acto del servicio, pues al momento de resultar lesionado C.Q.G. y desplazarse a realizar la anotación de lo anteriormente acontecido, no estaba ausente de su función policial, por el contrario, desarrollaba la actividad de vigilancia de primer turno, pues su presencia en la unidad policial fue precisamente al atender un caso de un retenido en dicho turno de servicio, surgiendo la conducta desarrollada de un acto del servicio como vimos, ya que el golpe que recibió fue lo que lo condujo a dirigirse a la guardia de la estación de Policía Girardot a dejar constancia de lo sucedido a donde también se dirigió el procesado ante el reproche de su homólogo y donde se presentó el insuceso donde resultó lesionado el ofendido.

La Sala encuentra luego de la pormenorizada valoración efectuada a los medios probatorios incorporados al plenario especialmente los de carácter testimonial, que no le asiste razón al señor Representante del Ministerio Público ni a la apelante en argumentar que la conducta desarrollada por el procesado el día 19 de junio de 2004 fue en una riña entre éste y su compañero C.Q., ni mucho

menos que las lesiones producidas a éste último se causaron bajo la causal de la legítima defensa, pues atendiendo los precedentes jurisprudenciales citados, nunca existió esa mutua voluntariedad entre G. y C. para que se presentara una contienda y se causaran daño, ni que G. se tuviera que defender contra injusta agresión actual o inminente de parte del lesionado, ya que el recuento fáctico que se desprende del material probatorio es claro en demostrar con certeza plena, que el procesado fue quien siguió a su homólogo a la guardia momentos después que éste se había caído del rodante, y que debido a la anotación que estaba realizando C. en la minuta de población, se presentó una discusión entre estos, hasta el punto que G. agredió inicialmente a C. y que al reaccionar éste lanzándole un palo de trapero, G. de nuevo arremetió contra él volviéndolo a golpear en momentos que a ambos los sostenían sus compañeros; hechos plenamente corroborados por los policiales R.G.E.J. y H.S.J.E., quienes al unísono en forma circunstanciada, precisa y coherente relataron tal acontecimiento en similares términos a los señalados por el ofendido, sin que de dichos relatos se avizore que las lesiones fueron provocadas por culpa exclusiva de la víctima como lo refirió la recurrente, no quedando duda alguna que las mismas se cometieron a título de dolo como adecuadamente lo fundamentó el señor juez de primera instancia". **(Rad. 154465, 20 de junio de 2010, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Aplicación del principio de Favorabilidad, con la entrada en vigencia del Nuevo Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010.

(…) En tal virtud, no puede evitarse aquí la aplicación del principio constitucional de Favorabilidad, pues prima la aplicación de Ley 1407 del 17 de Agosto de 2010 "Por la cual se expide el Código Penal Militar" que no consigna este grado jurisdiccional, que evidentemente resulta más favorable a los intereses del procesado – señor PT. JAGA-, sin que con ello se desvirtué el principio de Legalidad que también es de raigambre constitucional; Favorabilidad que se predica no solamente frente a normas sustanciales, sino incluso a normas procedimentales que tienen efectos sustanciales (…).

Por lo tanto, de la aplicación del precepto constitucional contenido en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 que privilegia que "(…) En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicara de preferencia a la restrictiva o desfavorable. (…)", contemplado también como principio rector del Derecho Penal, hace que del aquilataje sopesado de los pesos y contrapesos que implica el equilibrar los principios que gobiernan el proceso, prima ostensiblemente el de Favorabilidad, que además hace parte esencial del Derecho Fundamental del Debido Proceso, y que por ende, a las voces del artículo 85 Constitucional es de aplicación inmediata, cuando estipula

"Son de aplicación inmediata los derechos consagradas en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17,18, 19, 20, 21, 23, 24, 26 27,28 ,29 ,30 ,31, 33, 34 ,37 y 40".

Por ello, aquí se subordina el alinderar la regla general de la Ley Penal que establece que esta rige hacia el futuro, vale decir, para las conductas cometidas durante su vigencia, excepcionándola mediante su aplicación ultractiva o retroactiva; es decir, más allá de su vigencia en el tiempo o a hechos ocurridos antes de entrar en vigor, respectivamente, en el entendido que en ambos eventos, se reporta un beneficio a los intereses del procesado.

Así las cosas, la Sala atendiendo que la ley 1407 de 2010 no consagra el grado jurisdiccional de Consulta y siendo esta sistemática mas providencial al procesado, da luz verde a la aplicación del Principio de Favorabilidad como lo ha aquilatado la Honorable Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento vertido en precedencia, por lo que se declarara Inhibida para desatar en el caso sub-examine el grado jurisdiccional de Consulta (…). **(Rad. 155483, 22 de octubre de 2010, MP. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Sala Segunda de decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

HOMICIDIO

Requisitos de la causal de justificación, ejercicio legítimo de un cargo público.

(...) En la ponderación de esta causal es importante señalar que el deber cumplido por el policial sea de rango mayor al deber infringido, es decir, la captura en flagrancia de un delincuente supera la transgresión a la violación de domicilio. La anterior ponderación, en el caso sub judice, resultaría en que, el deber de evitar la consumación de un delito contra el patrimonio económico, resulta inferior a la vulneración del derecho a la vida del sujeto que perpetra el hurto, y en ese escenario, no prosperaría la causal de estricto cumplimiento de un deber.

Esta última ponderación, es como erróneamente parece entenderlo el A-quo cuando señaló que el PT. PR se encontraba cumpliendo una orden del Comandante de Estación confundiendo la misión de vigilancia en la finca con el ejercicio legítimo de su rol policial al momento de advertir el atraco y usar su arma.

Ahora bien, el deber legal en sentido estricto no es causar la muerte a quien se encuentre perpetrando delitos, en estricto sentido sería capturarlo para someterlo a la justicia, de allí que lo que se entra a valorar en estos hechos es el mecanismo que utilizó el procesado para imponer la autoridad y la vigencia de la ley, y es precisamente aquí donde surge la verificación, si el actuar fue legítimo o no conforme al cargo policial que desempeñaba el procesado en

ese momento. Esta consideración, es la que conlleva a esta Sala de Decisión a precisar la estructuración de la causal de justificación del ejercicio legítimo de un cargo público como la excluyente de la responsabilidad.

Antes de señalar los requisitos que estructuran esta causal, necesario es precisar que ella se trata de una causa específica y particular, pues en términos generales, quien ejerce un cargo público se presume lo ejerce conforme a derecho, luego, obra en estricto cumplimiento de un deber legal y también podría obrar en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente. (…).

Los Instrumentos Internacionales referidos y bajo los cuales se valora la licitud o no del uso del arma por parte del policial en la neutralización del delito que estaban consumando los sujetos, fijan entre otros los siguientes principios: considerar como legítimo el uso de la fuerza en los eventos en que sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas[43] . Y en cuanto a la necesidad de usar la fuerza y las armas requeridas para el cumplimiento de la misión, serán autorizadas en cuanto otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto[44] .

Son estos los elementos que dan contenido al precepto normativo de la causal de justificación invocada, del legítimo ejercicio de un cargo público, es decir, que el policial PT. PR en ejercicio de su función policial usa su arma de dotación para neutralizar la consumación de un delito, tal uso debe realizarse dentro del marco de los anteriores principios, y de ser así, se puede predicar que el ejercicio de su función policial fue legítima.

Por último, quiere esta Sala de Decisión para mayor ilustración, traer un ejemplo del profesor Fernando Velásquez donde se precisa la existencia del legítimo ejercicio de un cargo público como causal de justificación que extingue la responsabilidad: (...) Ahora bien, las hipótesis en las que puede presentarse esta situación abarcan una gama en extremo variada, por lo que –a título meramente ilustrativo- procede mencionar algunos ejemplos: el policía se ve obligado a disparar sobre los asaltantes bancarios cuando estos, al notar la presencia de la autoridad, abren fuego, y resulta muerto uno de los delincuentes en la refriega; (…) en estos casos, pues, el autor actúa en legítimo ejercicio de un cargo público”[45] .

Planteadas así las cosas, esta Sala de Decisión, reconoce, que el actuar del PT. PRJP, la noche del 21 de septiembre de 2007, cuando al accionar su arma de dotación causó la muerte de LFBZ (q.e.p.d.), está amparada en una causal de justificación, al obrar en legítimo ejercicio de un cargo público, bajo los parámetros del Código de Conducta para Funcionarios de Hacer Cumplir la Ley y

43 Artículo 3º Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley.
44 Principios Básicos sobre el empleo de la Fuerza y las Armas de Fuego por Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, art. 4º.
45 VELÁSQUEZ Fernando, Manual de Derecho Penal, Parte General, tercera edición corregida y actaulizada, Librería Jurídica Comlibros, Medellín Colombia 2007, pag. 378.

Principios Básicos del Uso de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, y que de tal contenido es viable predicar la causal descrita en el artículo 34 numeral tercero de la Ley Penal Militar…" **(Rad. 155882, 31 de mayo de 2010, MP. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

HOMICIDIO

En un escenario de conflicto interno, el miembro de la Fuerza Pública actúa en cumplimiento de un deber legal.

"Así las cosas si se trataba de obtener la neutralización de los miembros del grupo subversivo, y si algunos de ellos al emprender la huida dispararon hacia el personal militar, no solamente por salvaguardar la vida misma de los uniformados, sino que esencialmente por tratarse de un escenario propio de conflicto interno al tenor del Protocolo II, el personal militar bien podía hacer uso de la fuerza con fundamento en su mediata misión constitucional que le ha sido impuesta. En este caso todo indica que además de atenderse dicha previsión Constitucional, la circunstancia de haber utilizado las armas de fuego en dirección a los miembros de ese grupo subversivo, obedeció además a la salvaguarda de sus derechos propios de protección a la vida y la de sus compañeros, habiendo inclusive en principio mediado la voluntad de aprehenderlos, lo que no fue factible precisamente por la respuesta con armas de fuego[46] . (…).

En conclusión, y atendiendo también al concepto del representante del Ministerio Público ante esta Instancia, en razón a que el personal militar se vio compelido por la existencia del deber jurídico que les asistía, a actuar con el fin de cumplir ese deber de conjurar la amenaza que afectaba el orden público, se confirmará la decisión del Juez Instructor, precisándose que lo es por la presencia de la causal de ausencia de responsabilidad, de cumplimiento de un deber legal, consagrada en el art. 34 numeral 1° del Código Penal Militar". **(Rad. 156000, 10 de mayo de 2010, MP. CN. (R). JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Sala Primera de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

HOMICIDIO CULPOSO

El exceso de velocidad en la conducción de automotores, incrementa la fuente de riesgo.

"Desde esta óptica, la conducta del incriminado merece reproche penal, pues se considera que el SI. G.G.H.M. vulneró el deber objetivo de cuidado que le era exigible, pues como lo manifestó en su injurada y así lo dijeron los testigos

46 Corte Constitucional, Sentencia C-177 del 14 de febrero de 2001. MP. Dr. Fabio Morón Díaz.

presenciales del hecho, se desplazaba a exceso de velocidad, por lo que el desvalor de resultado se concretó en el hecho de tránsito, por falta de previsión del resultado previsible, debido a que como se vio, el policial inobservó las normas del Código Nacional de Tránsito automotor, con lo cual seguramente se hubiera evitado el hecho que desembocó con la muerte del menor.

Considérese que el SI. G.G.H.M., por su calidad de miembro de la Policía Nacional, era un hombre destinado a proteger a las personas en su vida, bienes, derechos y demás libertades públicas y que con antelación tenía el conocimiento de que como conductor de una motocicleta policial, era poseedor de una fuente de riesgo que debía controlar, conduciendo dentro de los cánones permitidos, esto es, hacerlo dentro los límites de velocidad permitidos por el Código Nacional de tránsito, que para el caso específico y atendiendo que se trataba de una zona residencial, donde normalmente los niños juegan en la vía, se debe atender al contenido del artículo 74, que preceptúa: "Los conductores deben reducir la velocidad a treinta (30) kilómetros por hora en los siguientes casos: en lugar de concentración de personas y en zonas residenciales, en zonas escolares, cuando se reduzcan las condiciones de visibilidad, cuando las señales de tránsito así lo ordenen, en proximidad a una intersección." (Negrillas de la Sala).

Así pues, si se tiene en cuenta que la conducción de motocicletas genera un riesgo, el hecho de transitar por fuera de los límites legales de velocidad, eleva el riesgo permitido, lo que permite imputar el resultado al autor de la conducta.

Y no es posible argüir que era necesario que transitara a una velocidad mayor a la permitida, fundamentado en que llevaba la urgencia de acudir prontamente al llamado de auxilio de su superior, porque al ponderar los derechos en conflicto, no resulta posible sacrificar el derecho a la vida en aras de salvaguardar el derecho a la propiedad, teniendo en cuenta que el apoyo que iban a brindar era respecto de un caso de un hurto menor.

Ahora bien, que aparte del exceso de velocidad, el conductor de la motocicleta policial iba distraído, mirando hacia un lado de la calle, por donde caminaban unos jóvenes haciendo uso de unos zancos. Y fue precisamente por este descuido, que no vio que adelante suyo había un infante tratando de cruzar la calle y cuando se presentó el impacto, no tuvo tiempo de reaccionar por el exceso de velocidad a que viajaba. Estas circunstancias fueron las realmente relevantes en la causación del resultado, y superan ampliamente el descuido de los padres del niño, pues frente a la distracción y exceso de velocidad del procesado, cualquier persona ubicada en el mismo lugar en que se encontraba el niño, hubiera sido atropellada de la misma forma en que lo fue la víctima en el presente proceso.

Por ello, no puede aceptarse la tesis de la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor o de la culpa exclusiva de la víctima, debido a que el acontecimiento era previsible y evitable desde todo punto de vista, si el sujeto activo de la conducta hubiese controlado la fuente de riesgo". **(Rad. 156285, 13 de septiembre de 2010, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

HOMICIDIO EN DESARROLLO DE OPERACIONES MILITARES

Marco jurídico.

(…) La doctrina militar, así como las normas que regulan las operaciones armadas, nos enseñan que existen muchos tipos de operaciones militares, sin embargo, desde el punto de vista legal existen dos tipos generales de operaciones que puede ejecutar la fuerza armada, a) Operaciones en escenarios de hostilidades, dirigidas contra un objetivo militar debidamente identificado, relacionadas necesariamente con un grupo armado organizado, en las que el uso de la fuerza puede ser el primer recurso y cuyo planeamiento se adecua a las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario o Derecho de la Guerra (DIH), y b) Operaciones para el mantenimiento de la seguridad, que hace referencia a todas las operaciones que no están dirigidas contra un objetivo militar específico, en las que el uso de la fuerza debe ser la última opción, cuyo planeamiento se adecua, tanto a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DD.HH); cómo a las de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Esta distinción es básica y obligatoria, en tanto que para el juzgamiento de tales conductas, las circunstancias de tiempo, lugar y modo de ocurrencia que deben ser valoradas para la realización de la imputación fáctica y jurídica, así como el juicio de responsabilidad, para el primer evento, - a) operaciones en escenarios de hostilidades -, dentro del marco del Derecho Internacional Humanitario (DIH), aplicable a los conflictos armados, contenido básicamente en el denominado derecho de Ginebra y derecho de la Haya, el primero atañe fundamentalmente a la protección de víctimas militares o civiles de guerra, personas fuera de combate, heridos, náufragos, prisioneros de guerra y personas que no participan en la guerra; el segundo, sobre reglamentación de los métodos, medios de combate y conducción de las operaciones militares, básicamente; debiéndose señalar que para conflictos los conflictos armados sin carácter internacional, es aplicable el protocolo II, que completa el artículo 3 común de los cuatro convenios de Ginebra, en concordancia con el derecho interno (Constitución Política, Código Penal).

En tanto que para el segundo evento, - b) Operaciones para el mantenimiento de la seguridad -, debe valorarse dentro del marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DDHH), como en el marco de los Derechos Fundamentales, según sea el caso, por tanto, el juicio de responsabilidad debe realizarse bien a la luz de los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico interno bajo el denominado bloque de constitucionalidad, o conforme al derecho interno, en concordancia con las normas contenidas en el Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución No. 34/169 del 17 de Diciembre de 1.979, y, los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, el 27 de Agosto al 7 de Septiembre de 1.990. **(Rad. 156498, 27 de mayo de 2010, MP. MY. (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

HURTO

Estudio dogmático - Elementos estructurales de la conducta punible.

(…) De la descripción normativa del delito de hurto se infiere que son varios los elementos esenciales o tipificantes: i) la conducta representada en el verbo rector, "se apodere"; b) el objeto material sobre el cual recae la conducta, "una cosa mueble"; c) la ajenidad del bien mueble, y, d) el propósito de provecho patrimonial personal o de terceros.

El hurto es la forma más común de atentar contra el patrimonio individual o colectivo, conducta que puede ejecutar cualquier persona con capacidad para ser sujeto de la acción reprochada punitivamente, ilicitud que tiene como esencia la acción física de apoderamiento de un bien mueble ajeno, debiéndose destacar como el actual Código Penal sustituyó el verbo sustraer, que era la esencia del hurto, por el verbo rector de apoderarse, con una clara aplicación del criterio moderno que se le asigna a tal expresión.

El apoderamiento de un bien implica el quebrantamiento de la custodia ajena que se sustituye por la propia o por la de un tercero, que se da por la remoción de la cosa, con su desplazamiento, con su aprehensión física así permanezca en el nivel en el que el dueño podría ejercer su vigilancia y custodia.

Cosa mueble, es el objeto material sobre el cual recae la acción de apoderamiento, concepto civil inserto en la definición, hace relación a la calidad del bien, que conforme al artículo 662 del Código Civil, se deriva de su

propia naturaleza en tanto que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellos así mismos o por fuerzas externas.

La expresión cosa ajena, es susceptible de tomarse de dos formas: una positiva (la cosa debe tener dueño) y una negativa (el que se apodera no debe tener ningún derecho sobre el bien), lo cual significa que la cosa objeto de la acción ilícita no puede ser propia, no debe ser una cosa perdida y no puede ser de aquellas que no teniendo dueño pueden adquirirse por ocupación, es decir, no puede ser un bien mostrenco.

El propósito de obtener provecho para sí o para otro, es la fórmula con la que se designa el dolo especial que se requiere para que se constituya el hurto, elemento intencional que no se constituye únicamente con la voluntad de aprehender físicamente la cosa, sino la de obtener un beneficio, una utilidad, una ganancia, por lo cual, el dolo específico del hurto consiste en la intención de procurarse un placer, un goce, un beneficio cualquiera con la usurpación de la cosa ajena, ya que aquí no puede entenderse por lucro únicamente el enriquecimiento efectivo, sino además, cualquier provecho o satisfacción procurados así mismo. **(Rad. 156221, 24 de Mayo de 2010, MP. MY. (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

IMPUTACIÓN OBJETIVA

Principio de confianza y culpa exclusiva de la víctima.

"En tales condiciones no es posible exigirle al procesado, quien es un hombre normal, que piense en todas las infinitas consecuencias de su actuar, pues no podría desarrollar ninguna actividad y se perdería el fin de la vida; cuando D.R. toma todas las precauciones para realizar el giro e ir en auxilio de sus compañeros atacados, confía en que los demás conductores prudentes, al observar el vehículo realizando la maniobra (permitida) y estando libre toda la autopista (como se encuentra demostrado) frenaran o redujeran la velocidad y cambiaran de carril, evitando hechos funestos como el ocurrido la noche de autos.

El fallo apelado, lo entiende como un fenómeno lineal con un autor y una víctima a la que se causa un daño, sin ver y analizar la totalidad del hecho. Sin tener en cuenta la teoría de la imputación objetiva, a partir de la diferenciación de un momento ex ante (creación de un riesgo relevante) y otro ex post (realización de ese riesgo), precisamente en el resultado producido constituye una de las vías más adecuadas para traducir en tesis dogmáticas, las consideraciones victimológicas, pues, reiterase, una vez más, el análisis del comportamiento de

la víctima puede revelar la inexistencia de un injusto típico (de la conducta), o la imposibilidad de imputar el resultado, concretamente producido a esa conducta antijurídica, ante la constelación de factores criminógenos que la hicieron posible.

En las circunstancias concretas no le era exigible comportarse de otro modo, porque el hecho de realizar la U en reversa solo incrementaba de modo insignificante el riesgo, imprudencia insignificante o levísima, la creación de un peligro que rebase sólo por poco el límite de la relevancia fundamenta por tanto un peligro insignificante en las actividades socialmente reconocidas.

En el caso propuesto, se demostró en forma irrefutable que la ubicación del vehículo de la policía, no fue en concreto la causa del accidente, porque si el conductor de la motocicleta hubiera respetado todas las normas de tránsito: como no consumir bebidas alcohólicas si iba a conducir, transitar por el carril derecho, no llevar al menor en la parte de adelante, lo que obstaculizaba tanto la visibilidad como la maniobrabilidad del vehículo, con toda seguridad el accidente no se hubiera presentado." **(Rad. 155897, 30 de julio de 2010, MP. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

IMPUTACIÓN OBJETIVA

Su desarrollo y evolución en el ámbito de la Jurisdicción Penal Militar.

"Ante Los argumentos expuestos la Sala, en principio, considera oportuno efectuar las siguientes precisiones, para con base en ello entrar a decidir el asunto objeto de impugnación. Temáticas como las planteadas ya han sido resueltas por la Corporación y en particular por esta Sala bajo la atinada aplicación de la imputación objetiva, la que como se ha señalado ha de ser concebida desde el tipo objetivo y su desvalor de acción y el tipo subjetivo con el consecuente desvalor de resultado, lo que se expresa en necesarios juicios de imputación del comportamiento y de resultados.

El punto de partida concita la verificación de la creación de un riesgo y su concreción en el resultado, lo que sugiere recordar que la aplicación del criterio de imputación meramente naturalística, como lo propone la recurrente, se halla superado en el moderno derecho penal, por lo que la simple causalidad no basta para la imputación del resultado, ya que a más de ello, ha de verificarse el vínculo de imputación normativa. En el caso particular de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, sabido es que la doctrina y profundos desarrollos jurisprudenciales han entendido que ha de analizarse desde las categorías del riesgo permitido, el principio de confianza, las acciones a propio riesgo y la prohibición de regreso.

En cuanto hace al riesgo permitido, necesario para el desarrollo y evolución de la sociedad, concibe la realización de determinadas actividades en el tráfico social que son asumidas a partir del rol que se cumple, fijándose el límite de forma normativa al ser expresado por la Constitución, la ley, el reglamento, etc. En consecuencia, al mantenerse dentro de lo permitido se impide la imputación del tipo objetivo. En el contexto de lo expresado para el desarrollo de delitos imprudentes, la génesis del marco de responsabilidad se deriva igualmente en el deber objetivo de cuidado, categoría de la cual en el recurso se hace referencia sin precisar su estructura ni determinar normativamente cuál es el deber que se defrauda o vulnera. No puede olvidarse que aquél está determinado en la verificación de la conducta razonable y prudente, es decir, actuar con la prudencia exigible y concebible en el tráfico social. Así, el deber objetivo de cuidado no lo deduce el juez a partir de su opinión o convicción, sino de criterios normados en reglamentos.

Expuesto lo anterior, se entrará a verificar si el procesado Agente MU al dejar el radio de comunicaciones en el carro y otros elementos, vulneró el deber de cuidado, si su actuar formaba parte del riesgo permitido, o si a contrario lo incrementó de forma jurídicamente desaprobada. Para responder este interrogante ha de señalar la Sala que comparte la línea argumentativa expuesta por la Procuraduría y el A quo al referir que la conducta dolosa de terceros no puede ser endilgada al procesado en cuanto que éste no transgredió el deber de cuidado, ni puede endilgársele un incremento de riesgo al dejar en su vehículo con llave y debajo de un asiento los elementos que fueran hurtados. Tal y como lo ha enseñado la doctrina y en precedente acápite se ha expuesto, pueden existir fenómenos nexo causales atípicos.

Resulta totalmente equivocado construir un juicio de imputación a partir de un nexo causal naturalísticamente entendido y desestimando el alcance de lo normativo, pues se olvida que al estacionar un carro en la calle con llave y seguros, y no en un parqueadero, no se está plenamente defraudando la regla de tránsito, ya que el ámbito de protección legal dispuesto en los artículos 75 y 76 de la Ley 769 de 2002, "Código Nacional de Tránsito" permite el parqueo de autos en zonas urbanas, pero limitándolo en determinados sectores, restricción que busca garantizar la movilidad vehicular, pero no evitar el comportamiento doloso del sujeto agente del delito de hurto, menos aún la protección del patrimonio o de la administración pública. Lo que ha de verificarse es si el presunto comportamiento imprudente puede ser entendido como una dejación de la esfera de control, esto es, si el proceder generó el resultado lesivo, o si a contrario se obró con prudencia, presupuesto para afirmar que de todas maneras se habría producido el resultado lesivo.

Imponer el gravamen en la víctima de hurto, respecto a que es su exclusiva culpa por dejar un vehículo en la calle, es invertir los valores que identifican a la sociedad y desconocer la responsabilidad que por vía del artículo 2 Constitucional le incumbe a las autoridades de la República.

Para ahondar en razones resulta oportuno citar lo juiciosamente esbozado en Providencia proferida en el Radicado 152638 con Ponencia del TC. Fabio Enrique Araque Vargas, quien sobre la temática en comento instruyó:

"(…) Para encontrar la respuesta, conveniente resulta señalar que en la sociedad actual, se acepta poner en riesgo determinados bienes, siempre y cuando se encuentren dentro de límites fijados, y si la conducta está dentro de ellos, se predica que tal comportamiento está dentro del riesgo permitido, también, para abordar el concepto de la causalidad.

El estudio del derecho penal, en su desarrollo ha enfrentado discusiones sobre el tratamiento de aquellos delitos que implican la omisión, o aquellos resultados típicos obtenidos de la no ejecución de determinada conducta; y la problemática constituida en cuando se podía señalar que aquella omisión estaba causalmente unida al resultado. (…).

Y por último, a grandes rasgos, apareció iv) La teoría de la imputación objetiva, donde pasa por teorías naturalistas de causalidad para llegar a teorías normativas de causalidad, y es así, que hoy en la moderna teoría del delito se señala que la simple causalidad no basta para la imputación jurídica del resultado.

Bajo el precedente planteamiento, naturalmente la conducta de estacionar el vehículo frente al restaurante de donde posteriormente fuera hurtado, indiscutiblemente encuentra una relación causal pero de contenido naturalístico y tal como se anotó, se debe encontrar si la mencionada conducta contiene una relación causal pero de contenido normativo.

Y es precisamente ello, lo que implica abordar el tema, bajo los lineamientos de la teoría de la imputación objetiva, la cual de manera general posee requisitos tales como, la de (¡)existir entre el sujeto y el bien una posición de garante, (¡¡) establecer si el sujeto con su conducta de parquear el vehículo frente al restaurante y vigilarlo a través de la ventana, creó un riesgo jurídicamente desaprobado, o en otros términos, si con su conducta defraudó las expectativas según el rol que desempeñaba en ese momento; y por último, si a partir de aquél riesgo, (¡¡¡) se puede predicar la relación con el resultado. (…).

Ahora bien, es claro que en la relación de los hombres y los bienes en sociedad implica asumir determinados riesgos, de lo contrario, la interacción social sería imposible. Esos riesgos a que nos referimos, la doctrina ha buscado sus fuentes para determinar cuándo son permitidos y cuándo se han incrementado, desbordado o sencillamente son riesgos no permitidos. Para ello, se acude i) al ordenamiento jurídico, ii) la costumbre o las reglas de la vida y iii) a un juicio comparativo entre la conducta del hombre medio y el sujeto agente.

Así las cosas, y adentrándonos en la valoración de la situación fáctica frente a los anteriores presupuestos, tenemos en primer término, que el ordenamiento jurídico no puede contener todas las hipótesis de riesgo no permitido y luego entrar a prohibir cada una de ellas, respecto de la prohibición de estacionar un vehículo en la vía pública es una restricción sólo en determinados lugares, y no es menos cierto que dicha prohibición busca salvaguardar la movilidad o el flujo vehicular, no se puede entender que el fin de protección de tal norma prohibitiva es la salvaguarda del patrimonio económico o la protección de los bienes de la administración. Es decir, si el resultado producido no es de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado, no le es imputable a quien ha originado el riesgo jurídicamente desaprobado.

En segundo lugar, frente a la costumbre o a la experiencia, se tiene que en la ciudad de Bogotá, se ha convertido en una actividad riesgosa permitida y aceptada socialmente parquear en la vía pública, riesgosa frente a la preservación del patrimonio económico, pero no, frente a la movilidad y tránsito vehicular. (…).

Desarrollados los tres elementos anteriores, estos fundamentos conllevan a esta Sala de Decisión a señalar, que a partir de la premisa de parquear el vehículo frente al restaurante es una conducta que implica un riesgo jurídicamente aprobado[47].

Son estas precisiones doctrinarias las que conllevan a esta Sala de Decisión a conceptuar, que si bien, parquear el vehículo frente al restaurante contiene un riesgo, no es dable predicar que tal conducta desplegada por el SI. Q. C. O es una conducta constitutiva de riesgo no permitido, o conducta que incrementó el riesgo permitido, En tal sentido la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

(...) Respecto de este criterio, que en la práctica, porque de cualquier manera constituye una violación de normas que obligan a actuar u omitir para evitar un resultado típico, es el único que permite imputar la conducta o el resultado a una persona, porque los otros lo que hacen es excluir la imputación, ha sido abordado por la Sala Penal de la Corte en distintos pronunciamientos y en uno de ellos precisó: “En casos como el analizado, la imputación jurídica –u objetiva- existe si con su comportamiento el autor despliega una actividad riesgosa; va más allá del riesgo jurídicamente permitido o aprobado, con lo cual entra al terreno de lo jurídicamente desaprobado; y produce un resultado lesivo, siempre que exista un vínculo causal entre los tres factores. Dicho de otra forma, a la asunción de la actividad peligrosa debe seguir la superación del riesgo legalmente admitido y a éste, en perfecta ilación el suceso fatal.”

47 Claudia López Díaz, Introducción a la Imputación Objetiva, Ed. Universidad Externado de Colombia.

"Dentro del mismo marco, la imputación jurídica no existe, o desaparece, si aún en desarrollo de una labor peligrosa, el autor no trasciende el riesgo jurídicamente admitido, o no produce el resultado ofensivo,…" [48]

Las anteriores consideraciones dogmáticas, aterrizadas a la conducta del PT. QC, llevan a esta Sala de Decisión a señalar que su conducta de parquear el vehículo frente al restaurante donde normalmente toma los alimentos el personal de la DIJIN, y que el mismo estuvo la mayor parte del tiempo vigilado a través de la ventana, se constituye en un riesgo pero que está jurídicamente permitido. Y en ese orden de ideas, no resulta procedente realizar la imputación jurídica del resultado de acuerdo a los postulados de la teoría de la imputación objetiva.

7.2.2. Respecto de la previsibilidad, que se le puede atribuir al procesado, como elemento de la culpa, es decir, la previsibilidad que se puede exigir al PT. QC, sobre el posible hurto que se podría presentar al parquear el vehículo frente al restaurante mientras consumía sus alimentos, es necesario demarcar el criterio de la previsibilidad, pues en el mundo de relación todo es previsible, y conlleva al peligro de imputar todo resultado que tuviera origen en una conducta ilícita.

Los problemas de la tipicidad frente al contenido causal, fue encontrando, en el marco de la teoría de la imputación objetiva, un instrumento conocido como el fin de protección de la norma, para con él, superar las teorías de la casualidad adecuada, así lo precisó la Doctrina:

(...) Ante la falta de resultados prácticos de la "teoría de la causalidad relevante" de Mezguer, el mejor criterio era el del "fin de protección de la norma", especialmente en el ámbito del delito imprudente (…) este criterio resulta con claridad que el problema del tipo no era un problema causal, sino una cuestión relacionada con la interpretación teleológica de los tipos penales y la determinación de su alcance (…)." [49]

(...) Acude a un punto de vista práctico, el topos de la "previsibilidad objetiva" facilitaba la imputación versarista de resultados. Es decir, era un criterio demasiado extenso, elástico o indefinido que encerraba el peligro de que su utilización por parte de la jurisprudencia conducía o podía conducir a que se imputara todo resultado que tuviera su origen en una conducta ilícita…"[50]

48 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 16636, M.P. Doctor Álvaro Pérez Pinzón, 20 de mayo de 2003.
49 FEIJÓO Bernardo, Resultado Lesivo e Imprudencia, Universidad Externado de Colombia, 2003, pag. 190
50 Ob. Cit. Pg. 191|

De los dos elementos anteriores, se infiere el criterio normativo que contribuye a determinar el cuidado objetivo lesivo, es decir, no sólo la posibilidad de conocer el resultado, sino también, debe concurrir la valoración normativa.

De manera pues, que no toda acción de la que sea objetivamente previsible que se derive un resultado delictivo, supone una infracción del cuidado objetivamente debido. En él, las modernas sociedades industrializadas no resulta razonable prohibir toda acción que implique una cierta probabilidad o posibilidad de lesión. De lo contrario, tendría que omitirse toda acción en la esfera social. Welzel

completa por ello, el criterio intelectual de la "previsibilidad objetiva"[51] con un criterio normativo, para determinar el cuidado objetivamente debido.

Colorario de lo anterior, el criterio del fin de protección de la norma, no se materializa en el mandato prohibitivo de parquear en vía pública que vulneró el PT. QCO, y señalar que aquella prohibición normativa también cubre eventos que atentan contra la propiedad de los bienes de la administración, es acudir a fenómenos de resultados concausales, los cuales no están aceptados en la dogmática de la imputación objetiva, pues como se señaló para ello se creó como límite la figura de la previsibilidad objetiva.

Planteadas así las cosas, en el sentido que no toda acción de la que sea objetivamente previsible que se derive un resultado delictivo supone una infracción del cuidado objetivamente debido, es decir no siempre que se estacione el vehículo frente a aquél restaurante con el fin de consumir los alimentos de medio día, es una conducta infractora del cuidado debido. (…)"[52]

51 Ob. Cit. Pag. 98.

52 Tribunal Superior Militar Mayo 28 de 2010.MP: TC Fabio Araque. Constituyéndose la ponencia en salvamento de voto, en donde agregó: "En otros términos, hoy, para poder imputar un resultado a una persona, como producto de su acción, debe haber un vínculo naturalístico (causalidad) y un vínculo normativo (imputación objetiva), para llegar a esta sencilla propuesta la doctrina a caminado por: i) La teoría de la equivalencia de las condiciones, donde el concepto de causalidad es natural y todas las condiciones tienen idéntica y equivalente calidad causal, teoría que fue limitada para evitar llegar al infinito por los postulados de la conditio sine qua non, bajo la cual, si mentalmente se suprime una acción y desaparece el resultado, ella es la causa del resultado, el otro postulado limitante, es el de la condición adecuada, creadora de un criterio valorativo con base en la experiencia naturalística que determinada acción produce siempre determinado resultado. ii) Posteriormente, surgió la teoría de la causalidad adecuada donde se desarrolla un criterio valorativo de experiencia pero científica; Luego apareció la iii) Teoría de la relevancia de las condiciones o causalidad jurídica relevante, la cual parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero señalando que no todas las condiciones que intervienen son jurídicamente relevantes, implementando así un criterio normativo, es decir, que sólo serían causal del resultado aquellas causas jurídicamente relevantes".

Bajo esta argumentación, como lo señala el A quo, no puede explicarse el resultado a partir de la conducta del Agente M. dado que no incrementó el riesgo ni superó el permitido, no fue descuidado o imprudente, es decir, no vulneró el deber de cuidado que le era exigible, sino que, como se ha anotado, actuó dentro del marco de protección de la norma, ya que se comportó en la situación concreta como una persona consciente y cuidadosa lo habría hecho. En consecuencia, insistimos, que al no haberse actuado imprudentemente, no puede imputarse el resultado. Al respecto resulta oportuno citar algunos apartes de lo que enseña el profesor Claus Roxin:

"(…) La imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se haya realizado precisamente el riesgo no permitido creado por el autor. Por eso está excluida la imputación, en primer lugar, si, aunque el autor haya creado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado se produce, no como efecto de plasmación de ese peligro, sino como conexión causal del mismo."[53]

Por su parte el Profesor Feijóo, señala:

"(…) La falta de cuidado o diligencia debe abarcar la producción del resultado típico para poder imputar éste a título de imprudencia. Por tanto, al igual que no se imputa el resultado al dolo (es decir como parte integrante del injusto doloso) si existe una "desviación con respecto a lo representado", no se puede imputar el resultado a la infracción del deber de cuidado si existe una desviación del mismo tipo (desviación con respecto al descuido). (…).

Lo que interesa a efectos jurídico- penales es el "fin de protección de la norma de cuidado" penalmente relevante, no de una regla general de cuidado que carezca de naturaleza penal. Aunque, desde luego, no se niega que esta pueda ser de gran ayuda para determinar cuál es el alcance del deber de cuidado, esta cuestión no tiene que resolverse directamente en el ámbito de la imputación del resultado, sino que tiene que ver con la previa concreción del deber de cuidado. (…) Si el resultado, tal y como se ha producido, sólo se puede explicar teniendo en cuenta factores de riesgo que el autor ni conocía ni tenía el deber de conocer el resultado no será imputable a esa persona aunque el comportamiento imprudente haya condicionado el resultado. (…)"[54] . **(Rad 153880, 31 de agosto de 2010, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA. Sala Cuarta de decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

53 Derecho Penal parte General Pág. 373. N 11- 59. Editorial Civitas.

54 Resultado Lesivo e imprudencia. Estudios sobre los límites de responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado. Bernardo Feijóo. Editorial JM Bosch. Universidad Externado de Colombia. Pág. 351 a 354.

IMPUTACIÓN OBJETIVA.
Precisión conceptual.

"En evidente yerro cae la Juez de Conocimiento cuando concibe el criterio de imputación en el nexo meramente naturalístico, ya que este per se no explica el delito, a más de ello, ha de verificarse el vínculo de imputación normativa. La doctrina y profundos desarrollos jurisprudenciales han entendido que la teoría de la imputación objetiva ha de analizarse desde las categorías del riesgo permitido, el principio de confianza, las acciones a propio riesgo y la prohibición de regreso; de igual forma en los criterios de imputación objetiva, no puede olvidarse que se ha de analizar la creación de un riesgo y su concreción en el resultado y consecuente con ello el resultado lesivo se imputa a quien crea el peligro desaprobado y no a quien lo padece, esto es, la víctima que no crea el riesgo y no domina el curso causal, concepto que confunde el fallador primario.

En el caso particular se ha de precisar que quien genera el riesgo jurídicamente desaprobado es el hoy sumariado y no la víctima, como erradamente lo concibe la A quo. El Cabo PG jamás creó peligro alguno, en ningún tiempo amenazó ni enfrentó al Soldado por vías de hecho, es más, tal y como se aprecia en las imágenes de la inspección, entre aquél y éste había una significativa distancia, se hallaban a altura diferente respecto del terreno, siendo más ventajosa la posición del bajo banderas, el Suboficial estaba de brazos cruzados al momento en que A carga el fusil, no existió forcejeo alguno. En consecuencia, P. no sólo no generó el riesgo sino que jamás tuvo el control del curso causal de la acción, quien lo posee es exclusivamente el SLR. A. Una valoración similar expuso con atino la Fiscalía Militar no sólo en acusación sino en juicio, por lo que sorprende que tal apreciación la hubiese desatendido la Juez de Instancia.

Sin mayor esfuerzo la prueba obrante señala al Soldado A.B.A como la persona que a título de autor doloso creó un riesgo y lo concretó en el resultado lesivo, vale decir, con su conducta generó el peligro para los bienes jurídicos disciplina, pilar fundamental de la organización militar, y vida e integridad personal riesgo que se concreta en el efecto Ataque al Superior y Lesiones Personales de que fue víctima el Cabo PG. El encausado para el momento de los hechos prestaba el servicio de centinela debiendo portar el "cartucho de la vida", obsérvese que para hacer el disparo tuvo que tomar su fusil que lo tenía al lado, quitar dicha cápsula, desasegurar, cargar el arma, colocar el dedo en el gatillo, apuntar (lo que ya encierra una amenaza) y disparar; lo que permite inferir que se desarrolló el comportamiento con conocimiento del hecho punible y voluntad final de acción, produciéndose un resultado que no fue mucho más nefasto por la habilidad del C3. P, pero que verifica la existencia del dolo ímpetu. Con lo que se quiere significar que con el acto de cargar el fusil y apuntar hacia el Suboficial ya se había configurado el delito de Ataque al Superior y el vínculo de conexidad consecuencial conlleva a la estructuración dolosa del injusto de Lesiones Personales.

Tal y como se ha señalado es A. quien tiene el control del curso causal, es él quien con su conducta realiza el desvalor de acción y de resultado, por lo que no se puede confundir que la reacción del Cabo P. orientada instintivamente a proteger su vida, que se encontraba amenazada de forma efectiva, se deba interpretar como culpa exclusiva de la víctima, un despropósito de tal magnitud sólo suscita nuestra censura, pensar así sería soslayar toda una evolución de la teoría del delito y, por sólo citar un efecto, dejar sin sustento hipótesis de ausencia de responsabilidad como la legítima defensa." **(Rad. 156300, 20 de septiembre de 2010, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUAREZ ALDANA. Sala Cuarta de decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

INDEMNIZACIÓN INTEGRAL

Su cumplimiento verifica la causal de improseguibilidad de la acción.

"El manido argumento respecto a que esta es una jurisdicción especial, que como tal se rige por procedimiento específico y al no consagrar un instituto es inaplicable, a más que su naturaleza implica ser ajena a cualquier otra codificación es desafortunado, choca con la dinámica del derecho penal moderno, además de excluir el modelo de éste en un estado social de derecho, afrenta su estructura sistemática, desconoce que aquel forma parte de la convivencia pacífica a través de la solución efectiva de conflictos. Implica abandonar principios orientadores como son el de integración, igualdad, favorabilidad y lo señalado en los artículos 198 y 203 del Digesto Punitivo Castrense.

(…) Bajo las anteriores citas, el principio de integración aboga por la realización de justicia material, por la vigencia del derecho penal moderno, por encontrar el punto de solución adecuado al conflicto propuesto dando la posibilidad de utilizar institutos diversos, incluso de naturaleza sustantiva y adjetiva civil, postulados aplicables en la medida en que la estructura procesal, el ámbito funcional y de competencia lo permitan, esto es, que cada uno de los funcionarios que detentan el ejercicio de la acción penal lo puedan realizar.

La dinámica social ha llevado a la prevalencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, los que encuentran un punto de salida en la Ley 640 de 2001, así, en el caso sub examine no puede perderse de vista que el procesado asistió a la audiencia e indemnizó integralmente, lo que sugiere un reconocimiento claro acerca de la necesidad y la justicia inmersas en el acto de reparación integral. No puede considerarse que tal actuación haya afectado a la víctima, a contrario, implica consecuencias favorables en la medida en que se verá satisfecho a plenitud el restablecimiento del derecho.

En resumen de la jurisprudencia transcrita esta Corte extrae la conclusión de que la indemnización de los perjuicios materiales producidos por el ilícito es una institución ajustada al sistema jurídico Colombiano, especialmente a su carta

fundamental de derechos, y que en esos términos aquella tiene repercusiones claras en el ideal de justicia que pretende alcanzar el constituyente en su artículo 2º.

El Contenido del artículo 38 del Código de Procedimiento Penal Ordinario, dispone que la acción penal se extingue por Indemnización Integral y en los demás casos contemplados por la ley, expresión ésta, que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-899 del 7 de Octubre del 2003 MP. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

La codificación castrense en su artículo 42 establece aquellos delitos que admiten que la acción penal se extinga cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado, como quedó demostrado en el presente caso, donde el acusado resarció los perjuicios cancelando a la madre del menor lesionado, la suma de UN MILLÓN DE PESOS, quedando ésta conforme con el resarcimiento pecuniario. **(Rad. 156406, 10 de agosto de 2010, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Sala Cuarta de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

INIMPUTABILIDAD

Asunto Judicial, no pericial.

"Es indiscutible que el estado de inimputabilidad es un asunto judicial, que declara el funcionario jurídico y no el perito forense, y las conclusiones de este constituyen tan solo una parte del estudio que debe realizar aquél para adoptar tal decisión.

Como se pudo apreciar, el fiscal penal militar del caso desechó la experticia psiquiátrica porque en su sentir, el fundamento de la conclusión, fue fruto solo de la lectura del proceso y la entrevista clínica del experticiado, sin la realización de exámenes clínicos especializados de neurología, lo cual dijo era necesario, conforme a la información que sobre el particular encontró en una página web, razón por la que le dio poca solidez para con base en ella determinar la inimputabilidad.

No obstante lo anterior, y aún cuando, como se dijo, el fiscal podía declarar o no el estado de inimputabilidad, lo cierto es que, para la Sala, los argumentos que esbozó dicho funcionario no tienen la virtualidad para desmoronar el concepto psiquiátrico que concluyó en el trastorno mental transitorio y por esta vía desconocer la calidad de inimputable, habida cuenta que, de un lado, dicho dictamen se fundamentó entre otras cosas, en pruebas clínicas, percepción directa y análisis del material probatorio, y además, no solo fue ampliado y

confirmado en aspectos puntuales sobre las razones en que se fundó, tal como lo dispone el artículo 419 del C.P.M., sino que además no fue objetado por ninguno de los sujetos procesales.

Amén de lo anterior, no tuvo en cuenta que la experticia aclaró que la amnesia global transitoria que determinó padeció el examinado no solo tiene una duración de horas, como lo tomó el fiscal, sino que excepcionalmente puede durar días, lo cual no fue visto o por lo menos considerado, y ello es de suma importancia, si se analiza también que conforme al extracto de hoja de vida del suboficial, se sabe que su calidad de miembro de la fuerza pública la tuvo hasta el 8 de septiembre de 2006, es decir, por cerca de cuarenta días a partir del día de la ausencia.

Con base en lo anterior, y dándole el valor probatorio que tiene la experticia psiquiátrica, por la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos y la idoneidad del perito, conforme lo dispuesto en el canon 426 del Código Penal Militar, para este Colegiado la calidad de inimputable del suboficial retirado, trae como consecuencia que el rito que se debe observar es el de la Corte Marcial, como acertadamente lo postuló la Procuradora ante este Tribunal, y no el de procedimiento especial reglado por la Ley 1058 de 2006." **(Rad. 155579, 29 de septiembre de 2010, MP. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

INUTILIZACIÓN VOLUNTARIA

Requisitos para su configuración.

"(…) debemos indicar que el tipo penal descrito en el artículo 135 del Código Penal Militar, exige para su configuración el cumplimiento de ciertos requisitos como son un sujeto activo calificado que se trata de un miembro activo de la Fuerza Pública, que se encuentre incurso en alguno de los dos verbos descritos en la norma que son lesionarse o inutilizarse, con un fin que es eludir el cumplimiento de sus deberes militares o policiales o para obtener su retiro o reconocimiento de una prestación.

Este tipo penal al no admitir la responsabilidad a título de culpa, exige la demostración de la conducta del procesado que debe ser a título de dolo, es decir, que debe existir plena certeza sobre la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del injurado, (…).

Es así como la Sala teniendo en cuenta el anterior referente jurisprudencial, una vez examinado con detenimiento el acerbo probatorio que compone el presente paginario, encuentra que si bien de primera mano conforme al informe rendido por el Cabo Primero H.D.W., podría pensarse que el soldado lesionado

B.P.D. al portar el fusil entregado para la prestación del servicio de centinela sin el cartucho de la vida, dejando un proyectil en el recámara, intencionalmente se propinó el disparo que le causó la lesión, no es menos cierto que de acuerdo a la versión rendida por el procesado y la declaración rendida por el mencionado suboficial, únicas atestaciones recepcionadas, son unísonos en manifestar que la lesión causada en el órgano de la prensión del investigado fue producto de un insuceso accidental, al no lograrse establecer lo contrario, en que la lesión se presentó por voluntad y querer de B.P. de lesionarse o inutilizarse para eludir el cumplimiento de sus deberes militares o para obtener su retiro de la institución armada o reconocimiento de prestación social alguna por tal hecho". **(Rad. 156471, 24 de mayo de 2010, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

INVESTIGACIÓN INTEGRAL

Sólo puede darse por afectada cuando se dejan de practicar pruebas que con trascendencia, favorecen al procesado.

"Podría entonces pensarse, que la debilidad que presenta el caudal probatorio, haría imperiosa la aplicación del Principio de Investigación Integral en prevalencia del Principio del In Dubio Pro Reo, lo cual no es procedente, pues se desconocería la limitante de la acción del Estado que reposa en la garantía del Debido Proceso; pues como bien lo ha señalado la Honorable Corte Suprema de Justicia, la investigación Integral solo puede darse por afectada cuando se dejan de practicar pruebas que con trascendencia favorecen al procesado y no cuando las practicadas resultan insuficientes o ilegales por causa atribuible solo a la desidia del poder judicial del Estado, que dada su significancia desequilibraría su confrontación procesal con los derechos del procesado, y de cantera haría nugatorio la posibilidad de reconocer el principio del In Dubio Pro reo, y por ende el de enarbolar sobre tal garantía una Sentencia Absolutoria.

"(…) Colorario de lo expuesto en precedencia, se deberá confirmar lo dispuesto en el Numeral Primero de la Sentencia adiada 19 de Enero de 2010, mediante la cual el Juzgado Militar Once de Brigada Absolvió al señor SS. JEEB por el delito de Favorecimiento de la Fuga en la modalidad Culposa; toda vez que del contexto de lo examinado nos ubica dentro de los presupuestos del principio del In Dubio Pro Reo; puesto que para proferir una decisión final que agote el tramite propio de las instancias, es imperioso que reine plena certeza de la comisión del ilícito". **(Rad. 156396, 30 de septiembre de 2010, MP. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Sala Segunda de decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

JURISPRUDENCIA

Produce efectos vinculantes para los administradores de justicia.

"Así las cosas, es imperioso comenzar por destacar que si bien como lo indicó la defensa, los jueces, conforme lo prevé el artículo 230 Superior, en su actividad judicial solo están sometidos al imperio de la ley, siendo la jurisprudencia un criterio auxiliar de interpretación, también lo es que dicho contenido debe ser interpretado de manera armónica con otros preceptos también superiores, y otros de orden legal, que le adscriben a la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, como una de sus funciones, la de unificar la jurisprudencia nacional en procura de la seguridad jurídica y la materialización de la igualdad frente a la ley y al trato de los ciudadanos por parte de la autoridades judiciales.

La unificación de la jurisprudencia es entonces, la definición de cuál es la manera en que los jueces debemos de interpretar determinadas disposiciones, tal como así lo dejó dicho el máximo órgano guardián de la integridad y supremacía de la Constitución, en la sentencia T-688 de 2003. (…).

"Así las cosas, para este Colegiado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en la que se apoyó el a quo, para realizar su análisis de pertinencia y conducencia de las pruebas pedidas por la defensa, resulta acertado, si se mira que la misma corresponde a un criterio reiterado y pacífico que sobre el tema ha desarrollado la alta Corporación, habiendo sido dicho criterio, solo un medio, como se indicó, de apoyo, habida cuenta que el juzgador realizó un análisis también probatorio y fáctico para adoptar su determinación. **(Rad. 156064, 10 de agosto de 2010, MP. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

LA SEGURIDAD DE LA FUERZA PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO.

El principio de lesividad.

(...) Planteadas así las cosas, el cuestionamiento sería, un soldado profesional con 4 años de trayectoria en su vida militar, debidamente entrenado tanto física, sicológica y militarmente para el empleo de las armas, y a quien en consecuencia de tal preparación se le ha dotado de material de guerra, por el hecho de poseer dos granadas de mano adicionales a su asignación normal de armamento coloca en peligro la existencia o seguridad de la Fuerza Pública?. Hipótesis que dentro de la dogmática del delito debe ser resuelta por vía de los contenidos de la

antijuridicidad material y así determinar en concreto si esa específica conducta puso realmente en peligro el bien jurídico protegido en la norma penal militar descrita en el artículo 152 [55].

Ahora bien, bajo el entendido que el delito de Fabricación, Posesión y Tráfico de Armas, Municiones y Explosivos, es un tipo penal de peligro abstracto, implica que él tiene una presunción de peligro, pero ello no puede ser una presunción Juris et de Jure, sino que es una presunción Iuris Tantum, es decir, que esta última, admite prueba en contrario, de allí que se debe valorar si la conducta tiene realmente la potencialidad para crear un riesgo efectivo al bien jurídico tutelado[56] . (…).

En el tipo penal de peligro abstracto se tiene la necesidad de inferir un desvalor de acción frente a conductas creadoras de riesgos, y no esperar a que en un determinado momento se presente el daño. (…).

Corolario de lo anterior, si se ha construido una imputación a partir del verbo rector conservar, implica diferenciar el peligro que representan la tenencia de aquellas armas sin autorización frente al peligro que pudiere representar para la seguridad de la Fuerza Pública la tenencia de armas similares o iguales en daño pero que están debidamente autorizadas por ser de su carga básica de dotación como soldado profesional del Ejército Colombiano.

Para tal medición, del peligro concreto frente al bien jurídico tutelado, se debe recordar que la potencialidad dañina que encierra la conducta que se juzga realizable se ha de hacer a partir de consideraciones que involucran, no el acto mismo, sino, su autor[57] , es decir, es la conducta que pueda desplegar con esos elementos el SLP. CREL. (…).

Es en esta hipótesis, desde la cual la Sala considera que la lesión al bien jurídico no es efectiva por tratarse que la conservación de las granadas era ejercida por un militar activo, en su rol de soldado profesional y que en el mismo momento, tenía en posesión otras armas con igual o superior capacidad de daño, luego la lesión al bien jurídico no es el acto mismo de poseer dos granadas

55 Código Penal Militar, CAPITULO V. DE LA FABRICACIÓN, POSESIÓN Y TRÁFICO DE ARMAS, MUNICIONES Y EXPLOSIVOS. ARTÍCULO 152. FABRICACIÓN, POSESIÓN Y TRÁFICO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO, MUNICIONES Y EXPLOSIVOS. <Ley derogada por la Ley 1407 de 2010. Ver Art. 628 sobre su vigencia> El que sin permiso de autoridad competente introduzca al país, saque de éste, fabrique, repare, almacene, conserve, adquiera o suministre a cualquier título, o porte armas de fuego, municiones o explosivos, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años.
Si las armas, municiones o explosivos son de uso privativo de la Fuerza Pública, la pena será de prisión de tres (3) a diez (10) años.
La pena señalada en los incisos anteriores, se aumentará hasta en otro tanto si las conductas allí descritas se realizan a favor de rebeldes, sediciosos o grupos de delincuencia organizada.

56 Ver Rad. 21064, M.P. Doctor Sigifredo Espinosa Pérez, 15 de septiembre de 2004
57 Ver Rad. 21064, Corte Suprema de Justicia, M.P. Doctor Sigifredo Espinosa Pérez, 15 de septiembre de 2004.

de mano, sino como ya se dijo, en el contexto del militar, se debe considerar la posible realización del daño por parte del soldado quien posee tanto armas autorizadas, como dos granadas sin permiso alguno…" **(Rad.- 155935, 28 de septiembre de 2010, MP. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

LESIONES PERSONALES – FAVORABILIDAD

Modificación condena delito doloso a culposo no afecta congruencia.

(…) De este modo, la congruencia emerge entre dos aspectos, el fallo o sentencia que emite un Juez de Conocimiento y las pretensiones de los sujetos procesales, para el caso en estudio, de los cargos formulados por la Fiscalía consignados en la Resolución de Acusación, debiendo existir entre las dos una correlación o igualdad en sus pronunciamientos[58] ; a contrario sensu, se estaría ante una vulneración del derecho de defensa y por ende del debido proceso, en caso que el Juez de Instancia se pronuncie sobre aspecto no contemplados en la acusación, pues de plano se le impide a los sujetos procesales ejercer un verdadero y efectivo derecho de controversia en las diferentes etapas procesales, para ser sorprendido al momento del fallo.

Con lo anterior se quiere destacar, que el Principio de Congruencia delimita al Juez la vía a utilizar para poder proferir un fallo o sentencia, y por ende restringe su poder discrecional. En otros términos, debe existir concurrencia o adecuación entre la acusación de la Fiscalía y la decisión judicial proferida en la sentencia; pues si el fallo no es concurrente con la petición de la Fiscalía, y decide más allá de lo solicitado o menos de lo que fuere solicitado e incluso de aspecto no reclamados, es claro que estamos ante una actuación arbitraria del Juez, y que de plano conlleva a la declaratoria de nulidad.

No obstante, cuando la decisión es en beneficio del procesado y se ajusta a ley, a pesar de no ser objeto de la acusación formulada por la Fiscalía, no atenta contra el Principio de Congruencia, en la medida que bajo los parámetros de la proporcionalidad éste debe ceder, ante el de favorabilidad y legalidad; lo que permite afirmar que no hay vulneración al principio de congruencia cuando se apela a la interpretación benévola como último y legítimo criterio hermenéutico.**(Rad. 156052 del 30 de Junio de 2010. MP. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión)**

♦ ♦ ♦ ♦

58 Una de las constantes del proceso penal en Colombia es la exigencia de correlación entre acusación y sentencia. Esto significa que, en todo caso, la sentencia debe tener como fundamento el hecho histórico investigado durante el proceso y que ha sido concretado en la acusación. En otros términos: la acusación cumple la función primordial de delimitar el objeto de la relación jurídica, puesto que la sentencia como acto que concluye el proceso, debe proferirse en correspondencia con los hechos que motivaron la acusación y los imputados a quienes se formuló el pliego de cargos. (BERNAL, Jaime y MONTEALEGRE, Eduardo. El Proceso Penal. 3ª ed. Bogotá: Universidad externado de Colombia, 1995. 488 p.) .

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. FINES

Un adecuado test de proporcionalidad sugiere la verificación, no solo de aspectos de contenido formal, sino la material naturaleza del bien jurídico tutelado en el ámbito penal militar y los criterios de prevención general de la pena.

i) La naturaleza del bien jurídico en material penal militar.

Ajenos a la discusión sobre si la norma penal militar es objetiva de valoración, subjetiva de determinación o si el Legislador de 1999 optó por una tesis ecléctica, lo cierto es, de cara al postulado Constitucional, que el Derecho Penal Colombiano procura la protección de bienes jurídicos, que pueden buscar la tutela de intereses particulares y concretos o, bienes jurídicos con vocación institucional u organizacional que resguardan el amparo del beneficio general. Por ello la sistemática y coherencia del derecho punitivo moderno sugiere que el bien jurídico cumpla una función social, lo que no se supedita a concepciones temporo espaciales o modales, **sino a la eficacia de quien está llamado a dinamizarlo cuando ostenta un cargo y cumple determinada función en sociedad.**

El bien jurídico en materia penal militar tutela el interés general orientado a la institucionalidad, organización, estructura, cohesión, servicio, disciplina y beneficio de la Fuerza Pública. No se concibe un estamento militar sin el amparo de un derecho penal que resguarde tan caros intereses, lo que sugiere frente al menoscabo del bien jurídico de contenido institucional se haga ostensible la respuesta de afectación a la organización.

Decantando el concepto, el servicio busca garantizar el cumplimiento de actividades propias de la Fuerza Pública, sin las cuales no es posible alcanzar los cometidos Constitucionales que definen la razón de ser del Estamento Castrense o de Policía en una sociedad, por ello sus efectos se proyectan efectivizando la actividad o menguándola. Una noción de bien jurídico con dimensión práctico social, depende de la función del Derecho Penal Militar en la comunidad, si la configuración social se basa en bienes jurídicos, la norma penal debe apuntar a su protección. Requiere la colectividad, para garantizar la vigencia impoluta de su Fuerza Pública, contar con un sistema penal que conciba con un plus de protección la naturaleza del bien jurídico.

ii) El concepto servicio que se busca proteger por medio de la descripción comportamental dispuesta en el artículo 126 del Código Penal Militar.

En rigor dogmático el delito de Abandono del Servicio se concibe como un injusto de mera conducta, se contrae al incumplimiento de deberes propios del cargo que demandan la presencia continua frente al servicio. Dicho reato no se sanciona por el solo desvalor de acción, sino porque la finalidad es la protección

del bien jurídico servicio, en el cual se concreta el desvalor de resultado. Este tipo penal busca proteger el servicio, entendido como la multiplicidad de tareas que realiza la Fuerza Pública para alcanzar los cometidos Constitucionales dispuestos en el canon 217.

Esta norma que debe ser interpretada de forma sistemática con los artículos 2 y 6 Superior, lo que sugiere una posición de garantía por Institución y Organización en quienes fungen como militares para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, derechos y libertades, orientando toda su actividad de instrucción y entrenamiento, logístico administrativa, de servicios de guarnición, de régimen interno, operacional, etc., a la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Presupuestos de tal magnitud hacen que se llene de contenido el concepto servicio que se pretende proteger por vía de lo consagrado en el Título II del Código Penal Militar.

Por manera que el servicio no puede ser visto como un concepto aislado, alejado de la realidad social, ni con lectura sesgada o restringida que apunte solo a la consideración de bienes que disciplinen o cohesionen la Fuerza Pública a su interior, sino que el doble contenido de la norma penal militar es de tal naturaleza que **busca la protección ínter sistemática de la Fuerza Pública y la sociedad.**

Entendido que el servicio pretende alcanzar los fines que determinan la razón de ser de la Fuerza Pública, es concebible que un bien de tal naturaleza tenga vocación institucional y organizacional. Por ello el artículo 126 del Digesto Punitivo Castrense, por demás excesivo y generoso en el ingrediente normativo del tipo "diez días de ausencia", concibe que al superar el término, esto es, once (11) días, se está incurso en el delito, con lo que efectivamente se afecta por la dejación de deberes propios del cargo la organización militar, la efectividad del servicio; ya que la función que cumplía quien se ausenta, conforme a tablas de organización y equipo, "T.O.E.", dinámica, tareas y misión de determinada unidad militar, para el caso el Batallón de Contraguerrillas No. 128 de la Brigada Móvil No. 23, debe ser cubierta por otro integrante que no estaba previsto para ello, duplicando esfuerzo y menguando la eficacia del servicio.

iii) El criterio de prevención general de la pena y los fines de la medida de aseguramiento en este tipo de delitos.

Con la entrada en vigencia de las Leyes 522 de 1999 y 600 de 2000, se escuchan las primeras voces que propendían porque se atendiera lo establecido en institutos propios de la jurisdicción ordinaria que hacían más rigurosos los requisitos para imponer una medida de aseguramiento, los cuales debían ser invocados o incorporados en la jurisdicción penal militar por vía de integración o como consecuencia del principio de favorabilidad. (…).

Posteriormente la Corte Suprema de Justicia ha efectuado diversos pronunciamientos sobre los fines de la medida de aseguramiento en materia penal destacando que efectivamente en esta jurisdicción no se pueden desconocer, pero de igual forma se debe revisar la naturaleza del bien jurídico y el criterio de prevención general. La existencia de un marco de limitación normativa se hace imperativa cuando se trata de delitos contra el servicio conforme las voces del artículo 529.2 y 71.3, ya que la afectación del servicio genera el impacto no en una persona particular y concreta sino en toda una organización militar o policial."[59] . **(Auto, julio 16/02. M. P. Dr. Jorge Córdoba Poveda).**

Es claro que los fines concebidos para la medida de aseguramiento deben tenerse en cuenta en esta jurisdicción, pero también lo es, como acertadamente lo señala el Ministerio Público ante este Tribunal, que cuando se trate de conductas de especial relevancia para le existencia de la Fuerza Pública en el test de proporcionalidad debe ponderarse la naturaleza del bien jurídico y el principio de prevención general de la pena, lo que conlleva a afirmar que al disponerlo el Legislador no está desatendiendo postulados constitucionales, a contrario, interesan al Constituyente cuando se trata de su Estamento Militar, siendo la medida de aseguramiento, para punibles como el que nos ocupa necesaria, razonable y proporcional. **(Rad. 156602, agosto 3 de 2010, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Sala Cuarta de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA

Fines Constitucionales.

(…) Bajo ese entendimiento, basta examinar algunos postulados constitucionales que fijan las finalidades admisibles para optar por la detención preventiva, es así que el artículo 250 Superior, al sistematizar las acciones que debe adoptar la Fiscalía en la persecución del delito, le impone la de asegurar la comparencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal, correspondiendo a una medida de carácter preventivo y no sancionatorio, por lo cual no requieren de juicio previo, solo buscan asegurar los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse.

Igualmente, de manera tácita, como se colige del numeral cuarto del artículo superior citado, otro de los fines de la detención preventiva, es la necesidad de afianzar la preservación de la prueba, como quiera que fija como función de la Fiscalía velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso, luego si a este ente acusatorio le compete velar por la seguridad

59 Rad. 22.188, M.P. Alfredo Gómez Quintero, Abril 21 de 2004

de los testigos y de sus testimonios, modalidad de prueba reconocida por los ordenamientos procesales, es susceptible y admisible que para cumplir tal objetivo decrete las medidas de aseguramiento que considere pertinentes, para evitar que se pueda ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción.

Por último, la protección de la comunidad en aras de impedir la continuación de la actividad delictual, puede forjarse como fin propio de la detención preventiva a partir del mandato del artículo 1 superior, según el cual, el Estado colombiano se encuentra fundado en la prevalencia del interés general, convergente con el precepto determinado en el artículo 2 de la misma norma, que establece como fin esencial del Estado, asegurar la convivencia pacífica de la comunidad, por tanto, la detención persigue como fin impedirle al imputado la continuación de su actividad delictual que afecte la comunidad en la que se desenvuelve. **(Rad. 156427, 07 de abril de 2010, MP. MY .(R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

NULIDAD

Se transgrede el principio al debido proceso, cuando no se resuelve el recurso primario y se concede el de apelación.

"Es imperioso referirnos, que en un estado social de derecho como el nuestro, el debido proceso debe observarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, las situaciones de controversia que surjan de cualquier tipo de proceso requieren de una regulación jurídica previa que limite los poderes del Estado y establezcan el respeto de los derechos y obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna actuación de las autoridades dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley o los reglamentos.

"La omisión de parte del A-Quo al no resolver el recurso primariamente interpuesto contra la providencia del 22 de febrero de 2010, de acuerdo a las ritualidades procesales (art 357 C.P.M.) y no conceder ante esta Corporación la apelación, para luego si dar aplicabilidad al artículo 231 del Código castrense, trasgrede el principio del debido proceso y preclusión de la etapas procesales, términos y etapas que no pueden pretermitirse como ocurrió en el sub-litem, pues al desatender el instructor la reposición y omitir el envío del expediente para que resolver el de alzada finiquitando anticipadamente el proceso penal, nos lleva a los siguientes planteamientos: ¿Qué ocurrió con la situación jurídica en forma provisional del encartado?, ¿quedó en firme?.

Es diáfano que ésta no quedó en firme y que lo que hizo el instructor fue tomar una decisión de fondo por una causal de atipicidad inexistente. **(Rad. 156546, 14 de julio de 2010, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PARTE CIVIL

Improcedencia de vinculación como tercero civilmente responsable y llamamiento en garantía al Director General de la Policía Nacional.

"(…) Con relación al segundo requerimiento del abogado de la parte civil de vincular como tercero civilmente responsable y se llame en garantía a la Nación-Ministerio de Defensa–Policía Nacional a través del Director General de la institución policial como representante de la misma, si bien como lo indicaremos más adelante es improcedente en este caso, debemos hacer algunas precisiones respecto a estas dos figuras que han sido interpuestas e interpretadas erróneamente tanto por el A-Quo como por el representante de la parte civil, sin tener en cuenta lo previsto por la ley para su aplicabilidad, que conforme al principio de integración (art. 18 C.P.M.), nos remite a lo dispuesto en el ordenamiento civil y penal ordinario, (…)

Es claro que la realización del hecho punible generalmente apareja la producción de un daño patrimonial o extrapatrimonial, que permite dentro de la acción penal el ejercicio de la acción civil ante la necesidad de indemnizar el daño causado por el delito, previéndose en forma particular la oportunidad y modo de intervención de los sujetos procesales, competencias, atribuciones y facultades, y en aquellas materias que no se hallan expresamente reguladas en el proceso penal se puede acudir a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil o a otros ordenamientos procesales con el propósito de llenar sus vacíos, lo cual sólo es viable siempre y cuando no se opongan a la naturaleza y finalidad del procedimiento penal.

Con base a dicha remisión, es que con miras a salvaguardar los derechos de la persona que ha sido perjudicada con el delito, se origina la acción civil y a su vez si encuentra que hay lugar para responsabilizar por el hecho del daño a un tercero, podrá solicitar la vinculación de quien sin ser autor o haber participado en la comisión del hecho punible tenga la obligación de indemnizar los perjuicios conforme al Código Civil.

Nótese que la posibilidad de vincular dentro del proceso penal al tercero civilmente responsable debe ser por la vía de la denominada responsabilidad indirecta, y por medio de una nueva demanda que debe cumplir con los mismos

requisitos que la demanda de parte civil, donde además de aportarse pruebas para que proceda la vinculación, debe fundamentarse las razones por las que se debe realizar tal vinculación y la obligación del tercero de reparar, acción que únicamente es procedente en el proceso penal cuando se trata de una persona natural o jurídica privada, la cual a su vez puede llamar en garantía a personas de su misma naturaleza (art.71 Ley 600 de 2000), pero nunca se puede llamar en garantía dentro del proceso penal o civil al representante de una entidad del Estado.

En este último evento, sobre la posible responsabilidad patrimonial de una entidad del Estado por la comisión de un hecho punible por parte de uno de sus agentes, que es en sí lo que indica el apelante, dicho llamamiento en garantía únicamente se puede realizar a través de la jurisdicción contenciosa (art. 217 C.C.A), que es la encargada de regular los asuntos del Estado y las entidades que lo representan, ya que conforme a la ley 678 de 2001 para que sea procedente por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo deben cumplirse los requisitos y condiciones que sobre la materia establecen los arts. 55, 56 y 57 del Código de Procedimiento Civil, pues aceptar lo contrario sería tomar el lugar de otras jurisdicciones contraviniendo la Constitución y la Ley.

La propia Corte Constitucional frente al tema de responsabilidad del Estado por el daño antijurídico causado por sus agentes en cumplimiento de sus funciones ha venido indicando que esta controversia corresponde dirimirla al juez administrativo, (…).

Así las cosas, como quiera que en el presente evento no es procedente la vinculación como tercero civilmente responsable del señor Director General de la Policía Nacional, por tratarse de una entidad del Estado, cuya litis debe regirse por las normas del Código Contencioso Administrativo, pues el Estado responde ante la jurisdicción contenciosa, por cuanto las leyes comunes en cuanto al régimen de responsabilidad civil someten es a las personas naturales y jurídicas privadas conforme a las reglas generales que dispone el Código Civil, la Sala habrá de confirmar la providencia apelada, no por las razones expuestas por el A-Quo, sino por las consideraciones señaladas en esta providencia, al ser improcedente vincular dentro del presente proceso penal al señor Director General de la Policía Nacional como tercero civilmente responsable, evento que en ningún momento reparó el juez de instrucción, limitándose únicamente a realizar fundamentaciones imprecisas e innecesarias, sin estudiar a profundidad las figuras que se le ponían a consideración, por lo que se insta a que en futuras ocasiones estudie y analice con suma precaución las situaciones a dirimir y que en realidad competan a esta jurisdicción Castrense". **(Rad. 156485, 9 de julio de 2010, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO CULPOSO

La pérdida o extravió del elemento debe generar un grado de lesividad de forma tal que su ausencia sea de fácil percepción.

" (…) La anterior conceptualización es necesaria con el fin de adentrarnos en el bien jurídico en sí que el legislador quiso proteger al erigir la conducta culposa del peculado, y esa materialización que se produce originada en una acción, la acción del procesado, que resulta ser una hipótesis de conducta punible. En este sentido, el bien jurídico de la administración pública previsto por el legislador –se insiste- impone una juiciosa actitud del servidor público o de quienes tangan a su cargo la clase de bienes que el tipo penal describe, pero ello se percibe cuanto se tintura ese cuidado, en el descuido que se tuvo para con el bien, en este caso la cámara fotográfica digital con la que se ayudaba el Oficial procesado en sus labores en la Policía Antinarcóticos.

Escuetamente, se recaba, el mismo Oficial se limitó a dar cuenta de que en un momento alguno perdió el control de ese elemento, e informó a su Superior que así había ocurrido; pero no puede considerarse que esa sucinta verificación fáctica lograda, en que está fincada la conducta, y que cuestiona en su concepto el Representante del Ministerio Público ante esta Instancia, lo haya sido de un grado tal, de relevancia, o que haya trascendido a un punto tal, que la magnitud del bien jurídico y el objeto del mismo hayan tenido un alcance o una altura que se hubiere notado con facilidad, y que hubiere perturbado o trastocado de alguna forma la administración que ese bien jurídico, y ese objeto hayan sentido un remesón dando origen a un debilitamiento o erosión del mismo, en consideración al bien materia de pérdida o extravío. (…). En este sentido como lo expresa EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, (…), aduce que: "La criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto. Puesto que es imposible demostrar la razonabilidad de la pena, las agencias jurídicas deben constatar, al menos, que el costo de derechos de la suspensión del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de la lesión que haya provocado (…) con este principio no se legitima la pena como retribución, pero sigue siendo una intervención selectiva del poder que se limita a suspender el conflicto sin resolverlo. Simplemente se afirma que dado que, el derecho penal debe escoger entre irracionalidades, para impedir el paso de las de mayor contenido, no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota de máxima irracionalidad, por la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado"[60] . (…).

En relación al grado de lesividad frente a la consecuencia jurídica de la sentencia condenatoria, es necesario precisar que el peso que conlleva esta clase de decisión para el procesado que envuelve la aplicación de una pena

60 Derecho Penal General. Editorial Ediar, página 123, Buenos Aires – Argentina, 2000.

compleja, con consecuencias legales en su condición de servidor público, y en su categoría de miembro de la Policía Nacional –uniformado-, frente al daño mínimo que ya se ha dejado esbozado, no encuentra asidero porque no resultaría de una ponderación equilibrada, y por el contrario, un desbalance en disfavor del procesado que debe soportar la decisión. En resumen, el que repose una condena por un delito contra la administración pública al Oficial procesado, no guardaría correspondencia con esa mínima lesividad del bien jurídico, a la que igualmente se refirió la Corte Constitucional en la Sentencia C-988 de 2006 al anotar que en el Estado de derecho, a la sanción penal solo debe llegarse cuando se ha producido una grave afectación de un bien jurídico, mediante un comportamiento merecedor de reproche penal y siempre y cuando la pena resulte estrictamente necesaria. Es que –agrega la Sala- no sería nada más injusto que la punición de una conducta que no causa daño alguno, o que éste es insignificante, en cuanto el desvalor de resultado no es de la relevancia que amerita la persecución penal. **(Rad. 156211, 30 de junio de 2010, MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Sala Primera de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO CULPOSO

Deber de cuidado con las armas de fuego de dotación oficial.

"Nótese además, que el procesado no supo en qué momento se le cayó el arma de dotación, pues fue cuando al poner la mano sobre la chapuza y al tocarse en la cintura, que apreció que su revólver había desaparecido, razón por la cual tuvo que regresarse a buscarlo por el mismo lugar donde había transitado, sin resultados positivos. De ello se infiere, que el procesado fue descuidado con ese apreciable bien que el Estado le entregó para su propia seguridad y la de los demás. No era necesario que el procesado transitara con una mano sobre el arma y con la otra conduciendo la motocicleta, porque aun cuando ello es imposible y hasta prohibido, y sin desconocerse que la actividad de transito implica de por si un riesgo o un peligro, el procesado ha podido llevar a cabo otras medidas que hicieran posible ese control requerido para impedir que el arma se cayera o que cuando ello ocurriera por lo menos se diera cuenta del momento exacto para proceder a su pronta recuperación.

Tampoco puede exculparse la conducta bajo la simple afirmación de que la Policía Nacional no dotó al policial de la chapuza reglamentaria, puesto que en principio ello sería aceptar, como se afirma que lo fue, que la causa principal del hecho radicó en el uso de un elemento no autorizado por los reglamentos institucionales. Bien se sabe por la Sala, que esta clase de elementos –chapuza- se consigue libremente en cualquier tienda militar y que el Estado nunca lo proporciona como elemento de dotación, siendo obligación del policial adquirirlo. (…).

Por todo lo anterior y teniendo en cuenta el precedente trascrito en la parte inicial de estas consideraciones, se comprende que no es posible reconocer que el procesado actuó bajo una fuerza extraña de la naturaleza o ajena a la acción humana, pues lo que dio origen al resultado lesivo fue el comportamiento descuidado que se concretó en una infracción al deber objetivo de cuidado. Existe pues un nexo de determinación entre este comportamiento y el resultado producido, que conllevó a afectar o lesionar seriamente el bien jurídicamente tutelado de la administración pública." **(Rad. 156185, 28 de abril de 2010, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO CULPOSO

Antijuridicidad material

"Estas afirmaciones conducen a la aceptación parcial del recurso de apelación, en cuanto se ataca la antijuridicidad material de la conducta, aunque no precisamente porque el procesado haya repuesto los elementos hurtados, caso en el cual ello constituiría una circunstancia de atenuación punitiva, prevista en el artículo 401 del Código Penal ordinario, sino más bien porque conforme al principio de lesividad, se considera que estamos en presencia de un peculado inocuo, habida consideración de que a diferencia de tipos como la concusión, el cohecho, la celebración indebida de contratos, el tráfico de influencias, que protegen el bien jurídico de la administración pública, concretado en estos delitos en la protección de la función pública[61] , el peculado culposo tiende a la protección del mismo bien jurídico, pero enrutado hacía la preservación de los bienes de propiedad del Estado o de particulares sometidos a su custodia.

Desde este punto de vista podríamos afirmar, que en el caso presente, los bienes que en el reporte inicial aparecen como extraviados, no causaron ninguna afrenta al bien jurídico de la administración pública, puesto que ni siquiera la investigación se encaminó a establecer el perjuicio que trajo para la prestación del servicio policial, la ausencia de los elementos extraviados.

Dígase en consecuencia, que no hay una seria afectación y ni siquiera puesta en peligro del bien jurídico, atendiendo que el delito de peculado culposo es de resultado, no pudiéndose acudir a esta figura delictual para censurar otros posibles resultados, que en el caso concreto no se dieron, como la perdida de armamento y ni siquiera para reprochar la pérdida de confianza de parte de la comunidad, luego de tenerse noticia que una instalación policial fue objeto de hurto, aspectos para los cuales no se creó el tipo penal del peculado culposo (finalidad de la norma).

61 Que puede ser afectada por comportamientos que atacan la honestidad, la eficiencia, la legalidad o la lealtad, casos en los cuales puede resultar irrelevante el valor del bien objeto de la infracción, porque lo que se sanciona es la moralidad del servidor público.

Así, lejos de compartirse el concepto del Ministerio Público, debe recordarse que no solo basta predicarse la tipicidad objetiva y subjetiva de la conducta, sino que también resulta necesario acometer el análisis de la antijuridicidad, que no puede limitarse a la búsqueda de las simples contradicciones entre la conducta y la norma penal (antijuridicidad formal), sino que requiere un análisis complejo sobre la real afectación al bien jurídico tutelado (antijuridicidad material), teniendo en cuenta que en un Estado Social y democrático de derecho como el nuestro, el bien jurídico se erige como fundamento y como límite del derecho punitivo estatal.(…).

Resultaría pues desproporcionado, en este caso especifico, imponer una condena de tipo penal por una conducta que en realidad no causó ninguna ofensa al bien jurídico tutelado de la administración pública, pues pese a demostrarse un comportamiento culposo, el resultado causado fue mínimo como para reprimir penalmente la conducta, siendo del caso que el reproche debe estar a cargo del derecho disciplinario". **(Rad. 156357, 31 de agosto de 2010, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO CULPOSO

Ámbito de protección de la norma frente al reintegro de lo extraviado, perdido o dañado.

"(…) es respetable la posición de la apelante, respecto a que habiendo sido reparado el daño causado por su defendido, reintegrando un radio de iguales características, dejó de existir el elemento de la antijuricidad material, planteamiento que no es de aceptación por parte de la Sala ya que este elemento estructural del tipo penal se presenta no solo con la afectación del bien jurídico tutelado sino por lo menos su puesta en peligro, por lo que ha de tenerse en claro cuál es el ámbito de protección de la norma, esto es, si protege el patrimonio del Estado, o a contrario sensu, lo que protege es la función desarrollada.

Con lo anterior se quiere destacar, que lo que se busca proteger con el delito de peculado culposo es el cumplimiento de la finalidad que desarrolla la administración pública a través de sus órganos, en procura de la satisfacción de los intereses colectivos y en el interés de la defensa de los bienes patrimoniales que pertenecen al Estado, entonces la lesión al bien jurídico tutelado se encuentra traducida en la perturbación, alteración, obstaculización a ese cabal desarrollo, por tal motivo el hecho que quien tenga bajo su cuidado y custodia unos elementos y los deje perder por negligencia o descuido, pone en peligro ese bien jurídico, independiente del valor patrimonial que se tenga, puesto que la conducta presenta una amplitud tal, que puede tipificarse tanto respecto de los más insignificantes valores, como de otros de gran trascendencia.

El contenido de las reglas de cuidado conocidas legalmente ya sea por Reglamento o por Ley, son las que usualmente se conocen como Reglas Técnicas admitidas y por ello se dice que la norma de cuidado penal persigue evitar la producción de aquellas lesiones del bien jurídico que "ex ante", el sujeto tenía la posibilidad de prever y es por eso que en el caso objeto de estudio el deber objetivo de cuidado que debía tener el procesado abarcaba esas reglas de cuidado para con el radio que tenía bajo su custodia". **(Rad. 156506, 28 de julio de 2010, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO CULPOSO Y ARRESTO FRENTE A LA LEY 1407 DE 2010.

Su ausencia en la descripción normativa dispuesta en Nuevo Código Penal Militar, no es expresión de descriminalización, ni de inaplicación.

(...) El referido canon 36 dispone que en adelante en materia penal militar las penas a imponer son prisión y multa, lo que podría sugerir que el arresto desapareció, afirmación que no puede efectuarse de forma categórica, si se tiene en cuenta que la temática de tan compleja textura debe encontrar explicación en la sistemática que debe observarse para interpretar el fenómeno de sucesión de leyes en el tiempo. De otra parte, relevante resulta ser la inquietud que surge sobre el efecto que produce que esta normatividad no incorporó el delito de Peculado Culposo.

En principio la Sala se ocupará de la ausencia del tipo penal de Peculado Culposo en la Ley 1407 de 2010, y al respecto debe indicar que la no presencia de dicho punible en el plexo normativo prescrito en el nuevo Código Penal Militar no puede ser entendida como expresión de una política criminal que haya pretendido descriminalizar el comportamiento, a contrario, su aplicación por principio de remisión al Código Penal común (Ley 599 de 2000), destaca la voluntad del Legislador por ser más riguroso en el tratamiento de dicha entidad delictiva. Si de política criminal se trata obsérvese como este injusto se ha encontrado recogido en los artículos 137 del Decreto 100 de 1980, 195 del Decreto 2550 de 1988, 182 de la Ley 522 de 1999 "Código Penal Militar", estatutos que referían la sanción en pena de arresto y que fijaban como mínimo imponible seis meses, aún con el incremento dispuesto por la Ley 190 de 1995.

La voluntad del Legislador de seguir reprimiendo el Peculado Culposo se hace efectiva en el artículo 400 del C.P. que no sólo prevé el comportamiento sino que dispone como pena prisión de (1) uno a tres (3) años. Con lo que se expresa el empeño de mantener este delito y de no descriminalizar la conducta, sino de tratarla con mayor rigor, dada la trascendencia y vocación institucional y organizacional del bien jurídico llamado a proteger.

Una interpretación sistemática de los artículos 7, 177 y 628 de la Ley 1407 de 2010 nos permite inferir que la Ley 522 no ha sido expresamente derogada, lo que sugiere la presencia del fenómeno de tránsito de leyes y vigencia sucesiva de normas. Obsérvese que tanto la ley 522 de 1999 como el nuevo Código en cita, prevén un canon de remisión o reenvío sobre delitos comunes, el cual destaca que la jurisdicción penal militar conoce de punibles comunes cuando se cometan en relación directa con el servicio, manifestación establecida en los artejos 195 L.522/99 y 171 L.1407/10; y que conforme a las actas de las comisiones redactoras encontraron innecesario transcribir textualmente toda la compilación contenida en el Código Penal común o normas que lo adicionen o complementen, al Código Penal Militar, por lo que crearon para tal propósito, que consulta el alcance del fuero militar como se dispuso en la sentencia C-878 de 2000, la norma de remisión[62] .

En conclusión, al considerar que el arresto para hechos cometidos en vigencia de la Ley 522 de 1999 puede ser invocado, por favorabilidad ultractiva, se aplicará al caso en estudio la sanción dispuesta en el artículo 182 ídem.**"(Rad. 156428, 14 de octubre de 2010, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Sala Cuarta de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PENA ACCESORIA DE SEPARACIÓN ABSOLUTA DE LA FUERZA PÚBLICA.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2010, debe aplicarse el principio de favorabilidad penal.

"Por lo expuesto se confirmará la sentencia apelada, excepto en lo que tiene que ver con la imposición de la pena accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública, que de oficio se revocará con fundamento en el principio de favorabilidad penal, previsto en el artículo 8 de la Ley 1407 de 2010 y teniendo en cuenta que la citada Ley solo consagra dicha pena accesoria para los delitos que no atenten contra el servicio y cuando la pena impuesta sea superior a los dos años de prisión.

En el caso concreto, se observa que aunque la condena impuesta no hace relación con alguno de los delitos que atentan contra el servicio, la pena a imponer sí es menor a los dos años y en consecuencia, el procesado tendría derecho a continuar al servicio de la Fuerza Pública. Esta nueva disposición, por ser más favorable al procesado, debe aplicarse de manera retroactiva, partiendo de la consideración de que la Ley 1407 de 2010, a la fecha de la presente providencia se encuentra vigente, por lo menos en lo que respecta a los Libros I y II que consagran la parte general y especial del actual código Penal Militar."[63] .

62 Cfr sentencia de casación No 23132 del 1º de julio de 2005.

63 Proceso No 30182, M.P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS, 8 de septiembre de 2008.

Como presupuestos básicos para la aplicación del principio de favorabilidad, se han señalado los siguientes[64] : i) La sucesión de dos o más leyes en el tiempo; ii) la regulación de un mismo supuesto de hecho, pero que conlleva a consecuencias jurídicas distintas; y iii) la permisibilidad de una disposición respecto de la otra. Presupuestos que en el caso presente conforme se expuso, han quedando plenamente satisfechos, razón por la cual es procedente privilegiar el contenido de la Ley 1407 de 2010 sobre la Ley 522 de 1999, específicamente en cuanto a la pena accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública, que consagra una regulación que es más favorable a los intereses del procesado". **(Rad. 156563, 27 de octubre de 2010, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PENAS ACCESORIAS. SEPARACIÓN ABSOLUTA

Conforme al artículo 51 de la Ley 1407 del 17 agosto 2010, por favorabilidad, supresión de la pena de separación absoluta de la Fuerza Pública.

(…) En Tanto que a la fecha en que se produce esta decisión, ya se encuentra en vigencia la ley 1407 del 17 de Agosto de 2.010, de oficio se entrará a verificar la viabilidad de revocar las penas accesorias, en aplicación del principio de favorabilidad.

De conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 29 de la Constitución Política, "En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.", consagrado además como principio rector del derecho penal y como tal, de la ley punitiva castrense[65] , principio que además hace parte esencial del derecho fundamental del debido proceso, por ende de aplicación inmediata, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 Superior.

Este principio rector del derecho punitivo, constituye una excepción a la norma general según la cual las leyes rigen hacia el futuro, tiene su génesis en la máxima latina "favoralia amplianda sunt, odiosa restringenda", que traduce literalmente, "lo favorable debe ampliarse y lo odioso debe restringirse" y solo opera, como lo tiene reconocido la jurisprudencia penal[66] y constitucional[67] , cuando se presenta sucesión de leyes en el tiempo con identidad de regulación, pero también, frente a la coexistencia de legislaciones que se ocupan de regular el mismo supuesto de hecho.

64 CSJ, Casación Penal, providencias del 08 de abril de 2008, MP., Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán, Augusto J., expediente 25306 y 19 de julio 19 de 2005, Exp. 23910.
65 Artículo 11 ley 522 de 1.999, artículo 8 de la ley 1407 de 2010.
66 Ver entre otras Providencias: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 14868, sentencia del 11 de Agosto de 2.004, MP: DR. EDGAR LOMBANA TRUJILLO.- Radicado 17358, sentencia del 28 de Noviembre de 2.002, MP: DR. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO.
67 Entre otras: Corte Constitucional sentencia C-581 del 6 de Junio de 2001, MP: DR. JAIME ARAUJO RENTERIA. C-708 del 6 de Julio de 2.005, MP: DR. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA.

Ahora bien, por regla general la ley penal rige hacia el futuro, vale decir, para las conductas cometidas durante su vigencia, no obstante, en virtud del principio de favorabilidad es posible excepcionar este postulado mediante su aplicación retroactiva o ultractiva. En el primer evento, la ley es aplicada a hechos ocurridos antes de entrar en vigor, mientras que en el segundo, su aplicación va más allá de su vigencia en el tiempo, bajo la consideración en ambos casos, que ello reporte un tratamiento menos gravoso para el sujeto pasivo de la acción penal, vale decir, que sea más benéfico para su situación.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la ley 1407 del 17 de Agosto de 2.010, "En materia penal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para los condenados.", principio consagrado de manera

idéntica en el artículo 11 de la ley 522 de 1.999, normas que ostentan la condición de "principios y reglas fundamentales" en ambas sistemáticas y por tanto prevalecen sobre las demás y como tal deben tenerse como fundamento de interpretación, según se dispone en el artículo 19 de las dos leyes.

No obstante, en la aplicación del principio de favorabilidad, que como se dijo arriba, solo es procedente cuando se presenta sucesión de leyes en el tiempo con identidad de regulación, o, frente a la coexistencia de legislaciones que se ocupan de regular el mismo supuesto de hecho, se requiere que los institutos o disposiciones jurídicas estén codificadas en las dos legislaciones, que encarnen similares presupuestos fáctico – procesales, y, que con la aplicación de alguna de ellas, no se resquebraje la estructura del proceso dentro del cual se hace valer.

En el asunto sometido a examen de la Sala, tenemos que en el artículo 60 de la ley 522 de 1.999, que regula la imposición de las penas accesorias a la pena principal de prisión, en relación a la separación absoluta de la fuerza pública e interdicción de derechos y funciones públicas.

Aplicados los presupuestos reseñados por la Corte al caso bajo examen, se tiene que la primera condición se cumple cabalmente, en tanto que el instituto, disposición o figura jurídica de la regulación de las penas accesorias a la pena principal de prisión, se encuentra reglado tanto en la Ley 522 de 1.999 como en la 1407 de 2010, resultando más benigna o favorable la regulada en esta última, como quiera que contiene una salvedad respecto de los delitos contra con el servicio y en aquellos en que la pena impuesta no sea superior a dos (2) años de prisión, como en el caso bajo estudio.

Sucede lo mismo, en el segundo postulado, en tanto que respecto de ambas estipulaciones se predican similares presupuestos fáctico-procesales, en efecto, en ambas legislaciones el subtema de la regulación a las que se refiere,

es únicamente el de las penas accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas, cuando la pena principal impuesta es de prisión, luego, se trata del mismo momento procesal en ambas legislaciones.

Finalmente de cara al último de los postulados, la aplicación favorable de la disposición contendida en la ley 1407 de 2.010, en relación con las penas accesorias a la pena principal de prisión, en nada resquebraja el sistema procesal de la ley 522 de 1999, en tanto que solo se trata de la eliminación de estas condenas anexas a la principal de privación de la libertad, sin que su aplicación impida la ejecución de la restrictiva de la libertad.

Así las cosas, por favorabilidad se dará aplicación a la excepción consagrada en el artículo 51 de la ley 1407 de 2.010 y como quiera que la pena de prisión impuesta por el A – Quo es de ocho (8) meses de prisión, quantum muy inferior al propuesto en la citada normativa, se revocará parcialmente lo dispuesto en el numeral primero de la sentencia condenatoria impugnada, respecto de las penas accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas. **(Rad. 155961, 22 de Octubre de 2010, MP. MY. (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PERSONA AUSENTE EN CORTE MARCIAL LEY 1058 DE 2006

Para su declaratoria solo se requiere haber notificado el auto que fijó fecha y hora para la audiencia.

(…) Ahora bien, dispone el 579 del Código Penal Militar, dispuesto por la ley 1058 de 2006 que llegados el día y la hora, el Juez de Conocimiento instalará la audiencia de corte marcial, hará las advertencias al sindicado, si está presente, luego de lo cual, de declararse culpable, el Juez procederá a anunciar el sentido del fallo y dictará sentencia para los cargos aceptados dentro de los dos (2) días siguientes, pero si se declara inocente o se ha abstenido de expresarlo o de comparecer, una vez agotados los medios para lograr su presencia en la diligencia, (...) se surtirán los trámites propios de la audiencia de corte marcial con la presencia de un profesional del derecho, previamente designado por el ausente, o nombrado con tal propósito por el Juez.", luego, no precisa el procedimiento que debe observar el Juez para declararlo ausente, sino que remite a la actuación propia de la audiencia de Corte Marcial, prevista en el Código.

Dispone el artículo 568 del Código Penal Militar, que cumplidas las formalidades de instalación de la audiencia, designación de defensores, si el procesado no se halla presente, (...) el presidente declarará ausente a quienes figuren en la resolución de acusación cuya comparecencia no se haya obtenido, y si tampoco comparece el defensor que ha venido actuando, hará los respectivos nombramientos de defensores de oficio, les dará posesión y con ellos se continuará el juicio.", luego, cuando la ley 1058 de 2.006, que reformó el artículo 579 del Código Penal Militar, refiere que una vez agotados los medios para lograr su presencia a la diligencia, sin que ello hubiere sido posible, no son otros que los trámites previos a la realización de la Audiencia de Corte Marcial, es decir, la notificación en legal forma del auto que fija fecha y hora para la audiencia, por ello, el numeral segundo del artículo 340 del Código Penal Militar, incluye dentro de los autos de sustanciación que deber ser notificados, el que fija fecha y hora para la realización de la audiencia. (…).

Valorada la actuación procesal realizada por la señora Juez de Conocimiento de Primera Instancia, previa a la realización de la Audiencia de Corte Marcial, la sala encuentra que se produjo el auto mediante el cual se fijaba fecha y hora para la realización de la vista pública, providencia de sustanciación que fue notificada conforme al procedimiento fijado en la ley, como se dejó sentado en precedencia, luego, como el procesado no se presentó a la audiencia, necesariamente, la señora Juez debía declararlo persona ausente y continuar la audiencia con la asistencia del Abogado que venía actuando, como efectivamente ocurrió, según se dejó sentado en el acta que recogió lo actuado en esa audiencia[68] , que aparece suscrita por el ilustre apelante, sin que se hiciera necesario realizar nuevamente el trámite que refiere el ilustre jurista en la impugnación.

Ahora bien, la Sala considera prudente hacer una precisión en relación con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en la que funda su posición el ilustre defensor, efectivamente lo expuesto por esa Alta Corporación es aplicable a los procesos que se adelantan en esta jurisdicción especial, pero, ella hace referencia a la vinculación supletoria por vía de la declaratoria de persona ausente, conforme al procedimiento previsto en el artículo 493 del Código Penal Militar, actuación que debe surtirse en la etapa de instrucción cuando no ha sido posible la comparecencia de quien va a ser vinculado a la investigación, para ser escuchado en indagatoria, pero no para quien durante la etapa de instrucción fue escuchado en indagatoria y no comparece al juicio, como quiera que ya está legalmente vinculado y ostenta la calidad de procesado, por ello, las diligencias que deben adelantarse para lograr la comparecencia al juicio, referidas en la norma procesal, no son otras que las de notificación del auto que fija fecha y hora para su realización. **(Rad. 156409, 30 de junio de 2010, MP. MY (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

68 Folios 339 – 351 c.o. No. 1.

PREVARICATO POR OMISIÓN

Elementos para su configuración.

"Prevaricar, en términos generales, es faltar maliciosamente a los deberes que impone un cargo público o una profesión o, de acuerdo con la etimología de la palabra, desviarse intencionalmente de la línea recta que deben seguir los profesionales y empleados.

Los elementos del prevaricato por omisión son:

1. Que el sujeto activo sea servidor público, y
2. Que omita, rehúse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones.

La omisión debe ser intencional, dirigida a rehusar, omitir, retardar o denegar un acto propio de sus funciones, y por tanto se consuma en el instante en que el servidor público estando obligado a ejecutar determinado acto, propio de sus funciones, se abstiene de hacerlo.

No es necesario acreditar perjuicio, porque el prevaricato no es delito de lesión, sino de peligro; no se sanciona por el daño que cause o pueda causar, sino por la ilicitud intrínseca de la conducta del funcionario, aunque a la postre resulte inocua.

El prevaricato por omisión acrimina el incumplimiento de un determinado acto, es decir, un no hacer en cierto término legalmente prefijado, lo que implica que el servidor público desconoce, a través del comportamiento negativo, un deber legal de acción que emana de su competencia funcional; el tipo penal en cuestión, describe cuatro maneras de conducta omisiva, a saber: el incumplimiento definitivo del acto que tenía que realizar (omitir), su realización pero por fuera del plazo establecido (retardar); la negativa de llevarlo a cabo (rehusar) y no concediéndolo (denegar).

Con esta conducta se lesiona el bien jurídico de la administración pública en su correcto funcionamiento, pues el servidor público al omitir intencionalmente un acto propio de sus funciones, falta a su deber de servicio para con el Estado y la comunidad.

Entonces, se repite, no basta la omisión, es necesario que el funcionario sepa que obra contra la ley o lo que ella manda y quiera contrariar la norma. Se prevarica con malicia comprobada." **(Rad. 155938, 25 de agosto de 2010, MP. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS PENAS

Es imperativo la imposición en la sentencia de penas tanto principales como accesorias.

(…) Conducta que originó que la Juzgadora Primaria, lo encontrara responsable del delito de Homicidio Culposo, descrito en el artículo 109 de la Ley 599 de 2000, mandato legal que también prescribe: "(…) Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando medios motorizados o arma de fuego, se impondrá igualmente la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas y la privación del derecho a la tenencia y porte de arma, respectivamente, de tres (3) a cinco (5) años".

Coligiéndose del artículo precedente que fue voluntad del legislador contemplar esta prohibición como pena principal y no accesoria, por lo tanto su imposición no está supeditada a al libre albedrío del operador jurídico, sino es imperativa su aplicación, so pena de atentar contra el principio de legalidad de las penas, contemplado en el artículo 29 de la Norma Superior: "(…) Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio…"

Resulta preciso recordar que el artículo 230 Superior demandan que los funcionarios judiciales en sus decisiones deben ceñirse al imperio de la ley, lo que en el presente caso fue desacatado por el Juez Séptimo de Instancia, vulnerando se repite, el principio de legalidad de las penas, omisión que debe ser corregida por esta Instancia. **(Rad. 156096, 30 de julio de 2010, MP. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PROCEDIMIENTO ESPECIAL

El sentido del fallo debe anunciarse siempre, no sólo cuando el procesado se declare culpable.

"(…) De acuerdo a lo anterior, se puede decir que el debido proceso constituye una garantía inquebrantable de todo acto en el que se pretenda legítimamente imponer sanciones, cargas o castigos, ligándose a la búsqueda del orden justo, constituyendo un límite al abuso del poder que pueda llegar a presentar en la recta administración de justicia, desplegándose de ello, el de sancionar a los propios funcionarios por las infracciones que comentan a lo largo del proceso, es así que se considera un principio no sólo para una obligación exigida a los juicios criminales sino de la actuación administrativa del Estado .

Después de hacer referencia a lo que es el debido proceso, la Sala analizará como en la Corte Marcial se vulneró flagrantemente el derecho de defensa de los sujetos procesales, pues es claro que este derecho lo que busca es asegurar la efectiva realización de los principios procesales, principios que imponen a

los órganos judiciales el deber de evitar desequilibrios en la posición procesal de ambas partes, e impedir que las limitaciones de alguna de las partes puedan desembocar en una situación de indefensión prohibida.

Obsérvese que el 24 de marzo de 2010 durante la realización de la Corte Marcial adelantada en contra del AR. SS, el abogado defensor solicita de manera respetuosa que sea anunciado el sentido del fallo como lo dispone la norma Penal Militar en su proverbio 579 de la ley 1058 del 2006, que reza: "(…) el juez concederá el uso de la palabra por una sola vez a las partes en el orden señalado en el artículo 572 de esta ley. Agotadas las intervenciones, el Juez declarara que el debate ha terminado, anunciará el sentido del fallo, adoptara las previsiones derivadas (…)"; sin embargo, el Juez ante este pedimento establece que el sentido del fallo debe anunciarse cuando el procesado se declare culpable, y continua con el transcurso de la audiencia, olvidándose por parte del funcionario que del mandato legal precedente se desprende que siempre debe por parte del juez anunciarse el sentido del fallo, no solamente cuando el procesado se declare culpable, omisión que quebrantó el derecho de defensa de los sujetos procesales, a quienes no se les puede sorprender con un fallo absolutorio o condenatorio.

No deben olvidar los funcionarios judiciales que la obligación del Estado no es impartir justicia a cualquier precio, sino dentro de un espacio de respeto por el derecho de defensa, sin alejarse de lo estipulado o expuesto por la ley, omisión con la que se demuestra a ciencia cierta que fue atormentado y vulnerado el debido proceso privándose, al justiciable de medios procesales que la ley prevé, como en este caso, anunciar el sentido del fallo, para cómo se acotó anteriormente no sorprender a los sujetos procesales con un fallo adverso; irregularidad que deviene indefectiblemente en declaratoria de nulidad desde el momento en que el Juez no promulga el sentido del fallo en la Corte Marcial, acogiéndonos a los planteamiento del señor defensor y de la Doctora JIGA Procuradora Judicial 136 Penal II." **(Rad. 156489, 30 de julio de 2010, MP. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PROCEDIMIENTO ESPECIAL

Contenido de la sentencia ante la aceptación de cargos.

"No obstante lo afirmado, es menester resaltar que si bien la precitada ley de choque, estableció un procedimiento célere, que obliga al juez de conocimiento a dictar la sentencia en el término de dos días, cuando ha mediado acuerdo entre la Fiscalía y el enjuiciado, o cuando ha habido declaratoria de culpabilidad, también lo es que en la declaración de justicia que se materializa en el fallo, deben observarse por el operador de justicia las garantías constitucionales que le asisten al justiciado y en ese sentido, se recuerda, una de ellas, es la motivación de la determinación, que respetando lo acordado por aquéllos, debe

estar soportada en un análisis de los aspectos fácticos, jurídicos y probatorios que se condensan en el proceso, lo cual es consustancial a la garantía del Debido proceso contenida en el artículo 29 Superior, que se enlaza con los principios de publicidad y la prevalencia del derecho sustancial, contenidos en los artículos 202 y 203, respectivamente, del C.P.M. (…).

Para el caso en concreto, la Sala encuentra que la sentencia de primer grado apelada, está compuesta de siete apartes a saber: i. Objeto de la decisión, ii. Identidad del procesado, iii. Resumen de lo ocurrido, iv. Imputación jurídica, v. Aceptación de cargos, vi. Dosificación de la pena y vii. Resuelve., sin que se evidencie que la misma contenga un artículo destinado a la argumentación o motivación, en torno a los aspectos fácticos y jurídico – probatorios, lo cual le impide conocer a los sujetos procesales la forma como se arribó a la parte dispositiva del fallo, constituyéndose ello en irregularidad sustancial que afecta el derecho al debido proceso y defensa técnica, previsto como norma de garantía en el artículo 196 del C.P.M., y consagrado como canon rector del procedimiento penal militar." **(Rad. 156113, 30 de julio de 2010, MP. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PROCEDIMIENTO ESPECIAL

En audiencia el Juez de Instancia debe verificar la realización del preacuerdo.

"En el caso concreto en el que se pretendió equivocadamente llevar a cabo audiencia de acusación, aceptación de cargos y corte marcial, toda vez que la ley penal refiere solamente audiencia de corte marcial, el procesado fue declarado persona ausente, continuándose inmediatamente con la solicitud de práctica de pruebas, sin constatarse el agotamiento por parte del Fiscal Penal Militar en concurso con el Defensor y el procesado, de explorar la posibilidad de la aceptación de los cargos, de tal forma que por parte del Juez de Instancia nada se le pidió al Fiscal, y tampoco al Defensor se le hizo referencia alguna, pretermitiéndose de esta forma una garantía en la que el procesado tiene la posibilidad de obtener una prerrogativa establecida en la ley penal.

Así entonces, el instituto de la aceptación o no de cargos debe ser objeto de exploración en la etapa del juicio, verificándose su realización y circunstancias por parte del Juez de Conocimiento, de tal forma que no puede llegarse a una sentencia condenatoria sin que se haya agotado esa previsión que contempla la ley, y que hace parte a su vez del instituto del debido proceso, que por supuesto, permea toda la actuación penal. Es que debe hacerse una lectura sistemática de la ley 1058 de 2006, porque a pesar de predicarse inicialmente que luego de la acusación el Fiscal solicitará al Juez de Conocimiento la celebración de la audiencia de acusación y aceptación de cargos, más adelante solo alude a la audiencia de corte marcial. En resumen, lo que se produce en la etapa del juicio, es la audiencia

de corte marcial con las ritualidades que allí se describen abordándose dos hipótesis: una, cuando el procesado hace aceptación de cargos, y otra cuando el procesado no hace aceptación de cargos; pero es claro que el procedimiento especial no contempla audiencia de acusación, porque esta se produce mediante la providencia respectiva del Fiscal Penal Militar, y tampoco contempla la posibilidad de audiencia de aceptación de cargos, sino la gestión inicial de la exploración de aceptación de cargos por parte del Fiscal Penal Militar, y la misma aceptación o no de cargos, en la audiencia de corte marcial. Corolario de lo anterior, habiéndose producido la irregularidad sustancial mencionada, como ha quedado descrito, lo que se resolverá oficiosamente es la nulidad de la actuación a partir del auto del 5 de mayo de 2010 obrante a folio 450 en el que se fijó fecha para audiencia de acusación, aceptación de cargos y de corte marcial. Sobre este tema no sobra mencionar que la confusión se extendió a la intervención del Fiscal Penal Militar en la audiencia de corte marcial en la que se concedió el uso de la palabra para "sustentar su acusación". En su momento deben agotarse los esfuerzos útiles para procurar el concurso del procesado, no solamente en la exploración de aceptación de cargos, sino para la audiencia de corte marcial." **(Rad. 155665, 16 de julio de 2010, MP. CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Sala Primera de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PROCEDIMIENTO ESPECIAL

La no lectura de la acusación no invalida la actuación.

(…) Así las cosas, el interrogante a plantear es si se violan o no las garantías judiciales que contempla el debido proceso diseñado por el legislador en la Ley 1058 de 2006, en especial la no lectura y sustentación de la acusación dentro de la audiencia de juzgamiento, previo a que el procesado haga uso de la palabra para expresar si acepta o no los cargos por los cuales fue llevado a juicio; la Sala de Decisión considera que la respuesta al problema jurídico planteado es negativa, en el entendido que no se puede afirmar que por el hecho de la Fiscalía no haber realizado la imputación en la Audiencia de Corte Marcial, ello implique la vulneración a la garantía de no conocer la acusación formulada y de no contar con el tiempo y medios para su defensa que serían a la luz del artículo 8º de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos las garantías que pretende en el entender de esta Sala, poner en evidencia como vulneradas la ilustre apelante. (…).

No se puede señalar que de no hacerlo se vulnera el debido proceso, pues, el mismo rito procedimental especial consagra con antelación a la celebración de audiencia un mínimo de tres actos procesales que materializan el conocimiento de la acusación por parte del procesado, preservando así las garantías judiciales que soportan el debido proceso, garantías tales como: i) la comunicación previa y detallada al procesado de la acusación formulada, ii) la garantía de contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa y iii) la garantía de contar con la asistencia de un defensor, iv) la garantía de no ser obligado a

declararse culpable, todas ellas verificadas en el caso sub judice. Resultando así improcedente acceder a la petición de nulitar lo actuado al no concurrir los principios[69] que orientan su declaratoria. **(Rad. 155905, 20 de agosto de 2010, MP. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PRUEBAS

En la Corte Marcial deben ser conducentes a la materia del litigio.

"(…) De ahí, que las pruebas que ingresan al debate deben orientarse únicamente a establecer los hechos pertinentes de la teoría del caso, tanto de la acusación como de la defensa, es decir, deben ser conducentes a la materia del litigio. Por ello, el sistema procesal penal ha adoptado la definición según la cual lo pertinente son los hechos y lo conducente es la prueba.

Por lo tanto, es necesario precisarle al señor Defensor que la solicitud de práctica de pruebas en la etapa del juicio debe girar en torno a desvirtuar los cargos contenidos en la Resolución de Acusación o de reducir el compromiso penal del acusado, de donde se tiene que esta pieza procesal, delimita la practica o no de pruebas en el juicio, por cuanto en este estadio procesal se materializa el derecho de controvertir las pruebas y las tesis que edifican la acusación.

Por lo que retomando lo sentado por la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha de recordársele al distinguido togado, que las pruebas que ingresan al debate de la Corte Marcial deben orientarse únicamente a establecer los hechos pertinentes de la teoría del caso, tanto de la acusación como de la defensa, es decir, deben ser conducentes a la materia del litigio."**(Rad. 156069, 27 de julio de 2010, MP. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Sala Segunda de decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PRUEBAS

Alcance de los principios de publicidad y contradicción.

Efectuado el estudio cuidadoso de los recursos, lo primero que llama la atención de la Sala, es que la critica a la actuación del juzgado instructor resulta razonable, si se tiene en cuenta que en un Estado social y democrático de derecho como el nuestro, las actuaciones judiciales deben estar revestidas del máximo de garantías, en cuanto el proceso penal es un escenario típico de afectación de derechos fundamentales. Desde este punto de vista, el juez debe mostrar un orden y transparencia en sus actuaciones judiciales, de tal manera

69 Código Penal Militar, art. 392

que la instrucción sea el fruto de un programa metodológico que responda a los fines para los cuales esta instituida la etapa de investigación. Aquello, entonces, debe verse concretado en el auto de apertura de investigación, en el que de una manera clara deben quedar ordenadas aquellas pruebas que desde un principio se vislumbran con la sola lectura del denuncio o del informe de novedad, con el fin de facilitar la garantía de los derechos de defensa, de contradicción y demás. De igual forma, si el juez instructor avizora la existencia de un posible delito y de un presunto responsable, fundamento en el cual decreta la apertura de una investigación penal, pues nada más oportuno que en forma inmediata citar al imputado con el fin de vincularlo a la investigación mediante indagatoria, sin necesidad de esperar a que la investigación este perfeccionada, como suele ocurrir en nuestro medio judicial. Ello permitiría el acceso de la defensa a la práctica de la totalidad de las pruebas, según la estrategia que se plantee.

Pero aun cuando se concede cierta validez a las objeciones planteadas por la Defensa y el Ministerio Público, para la Sala ellas no tienen la entidad suficiente como para aplicar el remedio extremo de la nulidad, si se tiene en cuenta que existen otros caminos legales a través de los cuales se pueden corregir las irregularidades alegadas.

En efecto, los medios probatorios para ser admitidos dentro del proceso penal deben examinarse bajo la óptica jurídica de su pertinencia, conducencia, utilidad y necesidad, directrices que jamás pueden ser ignoradas por los funcionarios. La ausencia de intervención de la Defensa o del Ministerio Público en la práctica de pruebas, per se, no puede ser parámetro que genere cercenamientos al derecho de defensa, justamente, porque en esencia y en el subjudice, los sujetos procesales han tenido y siguen teniendo la oportunidad procesal de interactuar dentro del desarrollo del proceso penal, como lo anunció la Señora Procuradora Judicial Delegada ante esta Corporación, pues aunque es cierto que en el auto a través del cual se declaró la apertura de investigación penal, se ordenó de manera genérica la práctica de algunas pruebas, también lo es que en el artículo 340 del Código Penal Militar no se preceptúa que dicho auto sea susceptible de notificación; sin embargo, se aprecia que fue comunicado en legal forma a los sujetos procesales y por lo tanto, no se puede afirmar que la investigación se haya adelantado a espaldas de los sujetos procesales.[70] Desde esta óptica los argumentos de los apelantes no están llamados a prosperar. **(Rad. 156433, 26 de julio de 2010, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

70 Conforme se observa a folios 6 a 9 del cuaderno de copias

QUERELLA

Legitimidad para interponerla y caducidad de la misma.

"(…) Dando respuesta al cuestionamiento de la señora Representante del Ministerio Público ante esta instancia respecto a la legitimidad para interponer la querella y la caducidad de la misma, ante el evento que la víctima otorgó poder a un profesional del derecho para presentar petición de las supuestas lesiones causadas por el procesado, y a partir de este escrito fue que se inició la presente investigación, es menester señalar, que las pesquisas se iniciaron fue con base en el oficio No.006403 del 7 de abril de 2006 suscrito por el señor Teniente Coronel R.M.S. Subdirector Justicia Penal Militar, quien en su misiva y adjuntando veinticinco (25) folios, entre ellos el escrito del togado, solicitó a la señora Juez 50 de Instrucción Penal Militar estudiara la viabilidad de iniciar acción penal de acuerdo a los motivos expuestos en el documento anexo, lo que a bien tuvo en cuenta la funcionaria judicial, iniciando el 28 de abril de 2006 la correspondiente investigación penal y que hoy es motivo de cuestionamiento.

Aunado a lo anterior se debe tener en cuenta, que el propio legislador ha dispuesto la obligación por parte del Estado representado por la Fiscalía General de la Nación (art. 250 C.N) y las Jurisdicciones especiales como la nuestra (art. 219), en adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de delito y se tenga conocimiento por denuncia, petición especial, querella o de oficio, sin que se pueda anunciar la transgresión de la autonomía individual o el debido proceso ante el hecho que la investigación se inicie de oficio en delitos que se han clasificado como querellables, pues la Honorable Corte Constitucional ha sido enfática en indicar que si bien la querella solamente es una condición y excepción de procedibilidad de la acción penal no es un elemento del delito que autorice diferenciar entre delitos de naturaleza querellable y delitos de naturaleza oficiosa, puesto que constituye un instrumento de política criminal del Estado, ya que por regla general la investigación penal debe iniciar de oficio y, por excepción, está sometida a la declaración de voluntad del afectado.

Apreciamos claramente que la investigación de cualquier delito sea querellable o no, siempre estará en cabeza del Estado representado en sus órganos judiciales, quienes en primera instancia son los encargados de adelantar las pesquisas de los hechos llegados a su conocimiento, sea por denuncia, petición especial, querella o de oficio, y que si bien la querella es condición de procedibilidad en algunos delitos conforme lo previó el legislador tanto en nuestra normatividad Penal Militar como en la ordinaria, compete al funcionario judicial castrense asumir inicialmente el conocimiento de cualquier hecho que pueda constituir infracción a la ley penal, como así se hizo, adicionándose que en el presente evento no procedía la interposición de querella, por cuanto las presuntas lesiones que presentaba el ofendido de acuerdo a lo consignado

en la decisión disciplinaria a que hicimos referencia en acápite que antecede, fueron determinadas en doce (12) días con secuelas, contrario a lo preceptuado en nuestro Código Penal Militar Ley 599 de 1999, adicionado por la ley 1058 de 2006, que solo admite la querella cuando se trate de los delitos de lesiones personales cuya incapacidad no supere los treinta (30) días sin secuelas, hurto, abuso de confianza y daño en bien ajeno". **(Rad. 156124, 14 de abril de 2010, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

RECUSACIÓN

Es improcedente invocar la causal que apunta al principio de jerarquía en las fases de investigación y calificación.

(…) ii) el principio de jerarquía en materia penal militar.

Debe recordar la Defensa que la jurisdicción penal militar, forma parte de la administración de justicia en Colombia conforme lo prevé el canon 116 Superior, la naturaleza de la función que cumple el miembro de la Fuerza Pública hace que frente a hipótesis delictivas desarrolladas en actos relacionados con el servicio, sea el Juez uniformado el competente para conocer del asunto, razón por la cual en él se han de conjugar su condición de Togado, esto es, abogado titulado con especialidad en derecho penal y la condición de integrante de las Fuerzas Militares o Policía Nacional con categoría de oficial; lo que genera un plus en el conocimiento adicional de la actividad de la Fuerza Pública y garantiza la eficacia del juez natural. Así lo concibió la Corte Constitucional en sentencias C-676 de 2001 y C-457 de 2002. (…).

Erige en principio rector lo establecido en los cánones 215 de la Ley 522 de 1999 y 190 de la Ley 1.407 de 2010 "Nuevo Código Penal Militar", recientemente sancionada y promulgada, es decir, la jerarquía para efectos del Juzgamiento. No requiere mayor esfuerzo comprender que lo buscado por el Legislador es que en la etapa de tomar la decisión de fondo, momento en que se materializa la justicia material, se disponga que el juzgador sea superior en grado o antigüedad al procesado." **(Rad. 156674, Agosto 26 de 2010, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA Sala Cuarta de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

Deber de concretar los cargos por el delito imputado al procesado.

"(…)se advierte una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, por cuanto en la resolución de acusación del 31 de octubre de 2008 no se concretaron contra el procesado debidamente los cargos por el delito de lesiones personales, toda vez que la Fiscalía simplemente se limitó a mencionar los seis (6) soldados que resultaron heridos sin hacer la más mínima alusión a la prueba que daba fundamento a dichos cargos, y como consecuencia omitió por completo cualquier análisis sobre la prueba de imputación, en la redacción de esta pieza procesal, (…).

El postulado de la unidad procesal no conlleva a que los hechos punibles conexos pierdan su autonomía, por lo tanto, en la resolución de acusación se debe individualizar en forma precisa cada una de las conductas que se le endilgan al procesado, y hacer el análisis de las pruebas que demuestran el cuerpo del delito, pues se olvidó que en la resolución de acusación debe aparecer la prueba completa de que se realizó una conducta tipificada en la ley penal. Se ignoraron por completo los dictámenes de medicina legal practicados a los lesionados.

Se presenta irregularidad que genera nulidad cuando en la resolución de acusación los delitos conexos no se encuentran debidamente especificados como ocurre en este caso respecto al delito de lesiones personales. De conformidad con la regla del artículo 30 del Código Penal Militar, la pena en el concurso de delitos queda sometida a la que establezca la pena más grave, parámetro que no puede aplicarse si en la resolución de acusación no aparece señalado con claridad cuál de los delitos imputados contempla la pena más grave. De otro lado, el artículo 117 del Código Penal establece la unidad punitiva, en tratándose de lesiones personales, según el cual, si como resultado de la conducta se produjeren varios de los resultados de los señalados en la ley penal, solo se aplicará la pena correspondiente al de mayor gravedad, razón por la cual en la resolución de acusación debe aparecer absolutamente claro cuál de las lesiones ocasionadas es la más grave. (…)

Puestas así las cosas, con fundamento en los artículos 388.2 y 389 del Código Penal Militar se revocará la sentencia impugnada y decretará la nulidad de lo actuado desde la resolución de acusación inclusive, únicamente en lo referente a los cargos formulados por el delito de lesiones personales culposas, para que se subsane la irregularidad aquí esbozada, y con la responsabilidad, seriedad y acuciosidad que demanda la administración de justicia del funcionario judicial, se adopte la decisión que en derecho corresponde acatando con rigor las exigencias de la ley procesal y sustancial, respetando las garantías constitucionales y legales de los sujetos procesales." **(Rad. 156325, 15 de junio de 2010, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

TASACIÓN DE PERJUICIOS EN LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

La pérdida de la capacidad laboral por las secuelas sufridas debe basarse en lo dictaminado por la junta de clasificación de invalidez.

En torno a las inquietudes planteadas por el representante de la parte civil, respecto a la tasación de perjuicios, resulta totalmente acertado referir que delito, como conducta típica, antijurídica y culpable, es fuente de obligaciones civiles, y por lo tanto conlleva a la indemnización de perjuicios que con él se causen, tal y como lo establecen los artículos 106, 107, 108 y 206 del Digesto Punitivo Castrense, los cuales adquieren una nueva dimensión a partir de la reconceptualización del papel de la víctima dentro del proceso penal militar, desarrollo que en lo jurisdiccional tiene su génesis en la sentencia C-293 de 1995, que limitó el ejercicio de la parte civil a la exclusiva pretensión de la reparación económica. Postura reiterada en fallo de Tutela T-443 de 1994 (que fijó bases de las reales pretensiones de la víctima en un Estado Social de Derecho), así como en fallos C-475 de 1997, SU 717 de 1998, C-163 y C-1711 de 2000.

La aludida sentencia C-293/95 que generó precedente, demandó frente a la dinámica nacional e internacional del instituto, que el concepto víctima y su actuación en el proceso penal ordinario y militar, se reconceptualizara, lo que lleva a la Corte Constitucional a recoger el criterio y trazar una nueva línea interpretativa, hoy superada y pacífica. Para ello se pronuncia por vía de la sentencia C-740 de 2001, que se ocupa de la parte civil en el procedimiento especial del Código Penal Militar y posteriormente en la sentencia C-1149 de 2001, a través de la cual la Corte señaló que los derechos de la parte civil no se limitaban exclusivamente a la reparación económica, sino a la verdad y la justicia, lo que implica que no se le puede imponer a este sujeto procesal el gravamen de fijar la pretensión y monto de perjuicios, cuando esa no es su intención, ya que esta se puede contraer a lo que realmente ocurrió y a que se realice la justicia material. En consecuencia, los elementos subjetivo personal y objetivo funcional que delimitan el fuero militar, no se circunscriben a la responsabilidad, a lo exclusivamente penal, o en palabras de la Corte Constitucional la expresión “delito” contenida en el fuero dispuesto en el canon 221 Superior “no solamente se refiere a la acción penal sino inclusive a la acción civil producto de la acción penal”. (C-1149/01).

Por último, constituyéndose en la sentencia que modificó de forma efectiva el criterio, y consecuentemente el que fija el criterio imperante, corresponde a lo señalado en las Providencias C-228 de 2002 que retoma como pretensiones de la víctima la verdad, la justicia y la reparación y la obligación del Juez Penal Militar de Conocimiento, demostrada la responsabilidad penal y constituida la parte civil, de condenar al pago de perjuicios al miembro de la Fuerza Pública; y C-209 de 2007, que redimensiona el papel de la víctima como interviniente especial en el sistema acusatorio dispuesto en la Ley 906 de 2004.

Se evidencia del recurso que el impugnante desconoce que, de acuerdo con el artículo 1613 del Código Civil, el daño material incluye el emergente y el lucro cesante, los cuales pueden ser consolidados o futuros. Razón por la cual se estila que el primero corresponde a una realidad vivida, es decir, los desembolsos, egresos o gastos efectuados; mientras que los segundos, consisten en la falta de ingresos como resultado del evento lesivo. A su turno no puede olvidarse que la evaluación del daño emergente, no surge de la simple manifestación u opinión del demandante, sino que la pretensión debe ser resuelta a partir de pruebas que lo verifiquen, como facturas, documentos, testimonios, e inspecciones con las cuales se acredite su monto.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se encuentra que los gastos fueron sufragados por el "SOAT" y por la EPS SALUDCOOP (folio 677 y ss. del C.O.3), por lo que cuando los costos son financiados por entidades administradoras de salud, de riesgos profesionales o aseguradoras, tales como el SOAT u otras, tal monto no se puede incluir como daño emergente que se deba reconocer al perjudicado por corresponder a riesgos que se han clasificado como indemnizatorios. Insiste el Tribunal que tampoco se allegó ningún tipo prueba que permita acreditar el quantum pedido, por lo tanto, la petición deviene en improcedente.

En cuanto hace al lucro cesante, dispuesto en el artículo 1614 del Código Civil, éste se concibe como la pérdida de una ganancia legítima o de una utilidad económica por parte de la víctima o sus familiares como consecuencia del daño, y que ésta se habría producido si el evento dañoso no se hubiere verificado. Es, por tanto, lo que se ha dejado de ganar de no haber sucedido el mentado menoscabo. Cuando se trata de comerciantes, como es el caso, su valoración se da a partir de declaraciones de renta presentadas a la administración de hacienda, en pruebas testimoniales, en manifestaciones de personas que por su conocimiento y contacto con el perjudicado puedan dar fe de sus ingresos, productividad; versa igualmente en libros de contabilidad debidamente registrados ante Cámara de Comercio, facturas, documentos, para establecer las fuentes de ingreso del perjudicado. Medios totalmente ausentes en las pretensiones de la parte civil.

De otra parte, el experticio forense no especificó pérdida de la capacidad laboral por las secuelas sufridas, solo se hizo mediante el concepto de "relación médico Legal" en la cual opina el perito, se tiene una disminución de la capacidad laboral del 50%, por lo que puede estar considerándose una persona discapacitada; pero no existe sustento probatorio que determine cómo se llega a esa conclusión, qué métodos y medios se emplearon para soportarlo. Olvida una vez más el recurrente, que una afirmación en tal sentido puede consultar el Decreto 2654 de 2001 por medio del cual se reglamenta la junta de calificación de invalidez, normatividad que sirve de referencia para determinar la pérdida de la capacidad laboral, tras agotar un protocolo que permita fundar el concepto. Si bien es cierto del dictamen se corrió traslado a las partes, también debió remitirse a la junta de calificación o a la EPS, para que corroborara su contenido

y de esta manera conceptuara o negara, toda vez que la sola revisión del Perito al expediente, lectura del historial a manera de relación médica, no genera el fundamento para aseverar lo que se pretende, cuando ni siquiera se agotó el mínimo esfuerzo para que el experto observara y examinara al lesionado, presupuesto que al estar ausente, no le da la fuerza vinculante, ni la calidad para justificar una pérdida laboral del 50%, menos aún, y en ello insistimos, cuando el protocolo amerita por lo menos la valoración al paciente por el perito, lo que permitiría concebir un reconocimiento exhaustivo del mismo, máxime cuando se pretende destacar la importancia del dictamen. En consecuencia, la ineficacia del concepto técnico genera un presupuesto más para la desestimación del pedimento.

Por último, debe recordar el Tribunal al A quo que desde el año 2000 los perjuicios morales se tasan en salarios mínimos legales mensuales vigentes y no en "gramos oro". De igual forma sabido es que no hay fórmulas, procedimientos generales o absolutos para su estimación, dificultad que se acrecienta ante la inactividad probatoria sobre esta temática de los funcionarios a cargo de la actuación, y de la propia parte civil; sin duda su aparente pasividad, expresada en el no aportar de manera pertinente, conducente y efectiva los presupuestos probatorios que habrían permitido atender su petición, son consecuentes con su manifestación inicial, respecto a que la pretensión económica no le interesaba, sino que su pedimento exclusivamente se centra en la verdad y la justicia, exigencia que se satisface con lo que es objeto de decisión. **(Rad. 155548, 28 de mayo de 2010, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Sala Cuarta de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

USO DE ARMAS DE FUEGO POR EL CENTINELA

Reglamento de Guarnición Fuerzas Militares autoriza uso como última ratio.

(…) Si bien es cierto, el artículo 48 numeral 9 del Reglamento de Guarnición para las Fuerzas Militares, prevé el uso del arma de fuego por parte del centinela cuando sea atropellado o el puesto sea forzado, tal disposición no puede ser interpretada de manera literal, sino de forma sistemática y racional, en concordancia con las disposiciones del orden supralegal y legal, vale decir, a la luz de la Constitución Política y el Derecho Penal interno, en concordancia con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DDHH), de lo contrario, sería tanto como autorizar el uso de las armas de manera indiscriminada, ante cualesquier ofensa o por cualquier motivo. (…).

Es evidente entonces, que el uso de las armas de fuego está autorizado como la última ratio, por tanto, a la luz de la citada normativa internacional y de las preceptivas penales internas, debe entenderse que el uso de las arma dispuesto en el artículo 48 numeral 9 del Reglamento de servicios de guarnición para las fuerzas militares, es excepcional y debe utilizarse como último medio cuando no ha sido posible conjurar la situación de atropello físico del centinela

o forzamiento del puesto, por un medio distinto al de las armas de fuego, una vez agotado el procedimiento previsto en esa norma, procurando causar el menor daño posible. **(Rad. 156186, 27 de agosto de 2010, MY (R). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

VÍCTIMAS

Derechos en el proceso penal militar.

"Hasta antes del citado referente Constitucional, la indemnización de perjuicios ocasionados por la Fuerza Pública sólo podía perseguirse mediante proceso ante lo Contencioso Administrativo, sin que la víctima pudiera formar parte del proceso penal militar.

Pero el citado precedente, en defensa del derecho al acceso a la justicia, en igualdad de condiciones para todas las partes, introdujo cambios en el proceso penal militar.

Para la Corte Constitucional, la parte civil es un verdadero sujeto procesal con todos los derechos que le son propios y puede ejercer un papel dentro del proceso.

De este modo, para esta Corporación, lo preceptuado en el Código Penal Militar, que establece la finalidad de la parte civil dentro del proceso penal militar a tan sólo el impulso procesal en la búsqueda de la verdad, vulnera el acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad, pues si bien, la búsqueda de la verdad es en principio un deber de todo ciudadano de colaborar con la administración de justicia, también comporta un derecho de las víctimas a saber o conocer la verdad de los hechos, los cuales deben ser investigados, sancionando a los responsables.

Entonces, para la Corte Constitucional la finalidad de la parte civil dentro del proceso penal militar también se ha de inscribir en la búsqueda del establecimiento de sus derechos y al resarcimiento de los perjuicios ocasionados con la conducta dañina y lesiva de los bienes jurídicos tutelados. (…).

Por tanto, razón le asiste a la apelante al afirmar que los fines de la parte civil en el proceso penal, no solo se restringen a la indemnización de los perjuicios, el espectro se ha ampliado, a fin de proteger la víctima, permitiendo que intervenga en el proceso con fines de verdad y justicia." **(Rad. 155256, 30 de agosto de 2010, MP. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

Justicia Penal Militar

Avanzar con Justicia,
Autonomia e Independencia

www.justiciamilitar.gov.co