

Revista

No. 005 Agosto 2011

Judicial

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

Compilación jurisprudencia

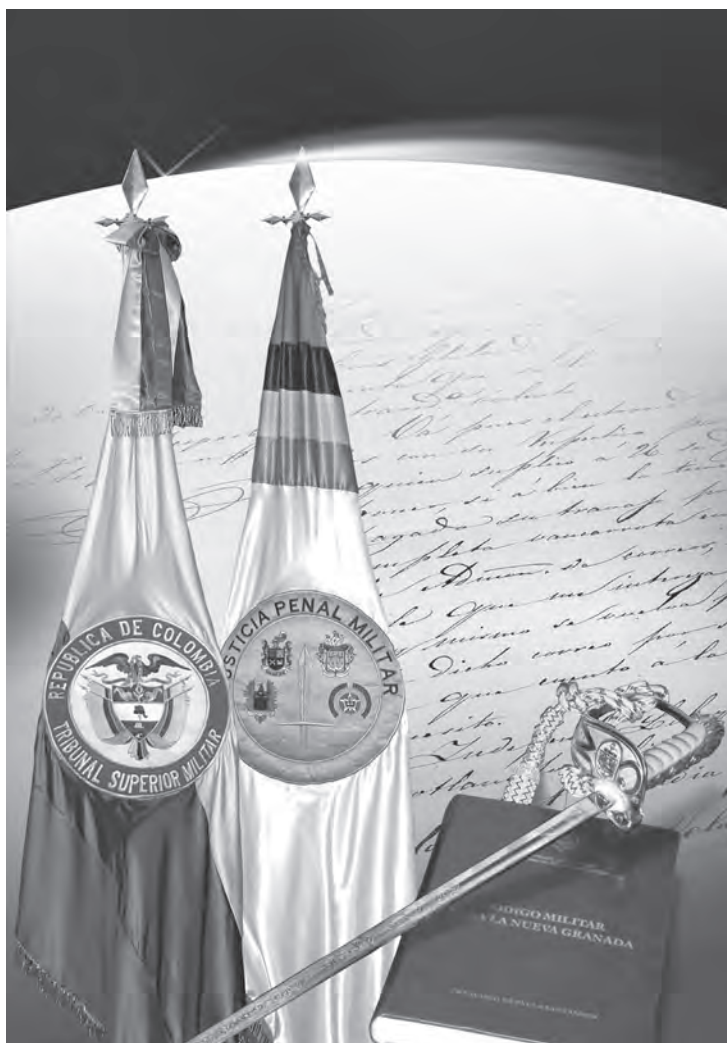
Incluye CD con sentencias



Revista

Judicial

Tribunal Superior Militar



Edición 005 agosto de 2011



Justicia Penal Militar

MY (r) MARYCEL PLAZA ARTURO

Presidente Tribunal Superior Militar
Dirección General

TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO

Vicepresidente Tribunal Superior Militar

Dra. CLARA CECILIA MOSQUERA PAZ

Directora Ejecutiva Justicia Penal Militar

CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN

TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA

TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO

MY (r) MARYCEL PLAZA ARTURO

Comité Selección y Publicación de la Revista Judicial
del Tribunal Superior Militar

SP. AMANDA MOLINA VILLARREAL

IJ. JAIME LEÓN MÉNDEZ

IT. ROCÍO CORREA CORREA

CP. ÓSCAR ÁLVAREZ ROJAS

Comité de Revisión

LILIAN POLANÍA ORJUELA

JENNYFER MOLINA SÁNCHEZ

Dirección de Arte

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

Diseño e impresión



Mayor (r)
MARYCEL PLAZA ARTURO
Magistrada
Presidente Tribunal Superior Militar

■ EDITORIAL

TRAYECTORIA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

En homenaje a la Administración de Justicia Penal Militar, me permito presentar el ejemplar de la revista Nº 5 del Honorable Tribunal Superior Militar, que recoge el precedente jurisprudencial de la máxima Corporación y órgano de cierre de la jurisdicción penal especializada, en el que con magistratura se ennoblece esa regulación especial y diferente, por la calidad de los sujetos, los bienes jurídicos protegidos y las condiciones exclusivas que se derivan de la tan alta función que constitucionalmente le corresponde cumplir a nuestra Fuerza Pública, como sostén insobornable de la Democracia.

Para tal efecto, se han seleccionado las mejores providencias que reflejan el juicio aquilatado de la probidad de nuestros Magistrados, que si bien fijan los derroteros de un régimen sustantivo como procesal especializado, también son incólumes en respetar y desarrollar los principios y valores axiológicos constitucionales más preciados, como de los estándares internacionales de administración de justicia, en búsqueda, que en nuestras decisiones descienda indemne el ordenamiento jurídico, en consideración a que el interés público de la administración de justicia Penal Militar no constituye una facultad sino un deber, establecido para garantizar la fijación indeleble del más sagrado encargo que Dios nos ha encomendado.

Con el precedente jurisprudencial del Honorable Tribunal Superior Militar, la Justicia Penal Militar se afianza como un ethos que apunta a la transcendencia de su pasado fundador y su futuro memorable, preservando el origen y la trayectoria vital de una Corporación que se ha destacado siempre por estar conformada por un grupo selecto de Magistrados Militares y Policiales, dignos de recordación



imperecedera y de reconocimiento por quienes nos beneficiamos de su ejemplar tarea; al igual que los que hoy laboran y luchan por salvaguardar los valores Patrios, teniendo siempre como derrotero que la administración de justicia es principio, fin y medida del Estado Social y democrático de Derecho.

Así mismo, se quiso recopilar algunas de las principales providencias proferidas por la Honorable Corte Constitucional, la Honorable Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura, a través de las cuales se ha definido, delimitado y/o interpretado el Fuero Penal Militar, que servirán de herramienta fácil de consulta y de comprensión acerca del fundamento doctrinal y constitucional que fortalece esta jurisdicción excepcional, y que indudablemente con el precedente del Honorable Tribunal Superior Militar serán parámetro del ejercicio dialéctico de interpretación normativa.

Finalmente, es un orgullo como primer Magistrada Presidente del Tribunal Superior Militar, resaltar que la Corporación ha alcanzado un importante lugar entre quienes administran justicia, con una férrea interpretación normativa dispuesta a enfrentar los nuevos desafíos y alcances de la transformación de nuestra Justicia Penal Militar y Policial, vivenciados a partir de la expedición del nuevo Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010–, quien con una gestión impecable y transparente, garantizan a nuestros héroes un juicio imparcial y justo.

Mayor (r) **MARYCEL PLAZA ARTURO**

Magistrada

Presidente Tribunal Superior Militar

Relación de Magistrados que han integrado el Honorable Tribunal Superior Militar desde su creación según el Decreto N° 250 del 11 de julio de 1958

Dr. Roberto Arciniegas Alarcón
Dr. Julio Solórzano Ordóñez
Dr. Jorge Carrasquilla
Dr. Álvaro Hernández
Dr. Luis F. Lucas A.
Dr. Alfonso Rodríguez Narváez
Dr. Pedro C. Marín
Dr. Álvaro Vanegas Lasprilla
Dr. Rafael Latorre Fonseca
Dr. Rafael Osorio Donado
Dr. Juan Tovar Daza
Dr. Manuel Méndez Rodríguez
Cr. Miguel Ángel Maldonado Camargo
Dr. Juan M. Pachón P.
Dr. José Ignacio Talero Lozada
Dr. Héctor Duarte Sáenz
Dr. Raúl Mejía García
Dr. Hildebrando Galvis Galvis
Dr. Leonel Olivar Bonilla
Dr. Alejandro Gutiérrez
Dr. Alirio Caicedo Gutiérrez
Dr. Miguel Franco Múnera
Dr. Roberto Ramírez Laserna
Dr. Jorge Vargas Ramírez
Dr. Lizardo Pérez Chaves
Dr. Óscar Jaime Fortich Varela
Dr. Laureano Luque Castañeda
CN. Julio César Torres Mendoza
Dr. Miguel Perdomo Serrato
Dr. Luis Eduardo Naranjo Torres
Dr. Rafael Núñez Álvarez
Dr. Jaime Camacho Perico
Dr. Luis Álvaro Rodríguez Moreno
Dr. Luis Landazábal Reyes
Dr. Guillermo Rodríguez Bohórquez
Dr. Honorio Acosta Caicedo
TC. Jaime Quintero Arias
Dr. Gersaín Serna Giraldo
Dr. Manuel Medina Plazas
Dr. Homero Villamil Peralta
MY. Humberto Bocanegra Saavedra

Dr. Germán Ávila Lara
TC. José Joaquín Ardila Dimate
TC. Jorge H. Barrios Garzón
CR. (r) Samuel Beltrán Arévalo
CF. Ferran Gómez Vélez
Cr. Gabriel Alonso González Reyes
TC. Rubén Darío López López
CR. (r) Héctor M. Medina Plazas
MY. (r) Franciso de Paula Rodríguez Ussa
Dr. Guillermo Rojas Orjuela
Dr. Roberto Plata Torres
Francisco Chávez Burgos
Dr. Gustavo Duarte Castillo
Dr. Emiro Ibarra Bravo
Dr. Alfredo Guerrero Bolaño
Dr. Alfonso Ospina Bonilla
CR. Rafael Martín Prieto
Dr. José Gabriel Bejarano Corchuelo
Dr. Fabio Jiménez Ortiz
Dr. Francisco Chávez Burgos
Dra. Gloria Nelly Rodríguez de Martínez
TC. María Isabel Barbosa Ramírez
CF. Humberto Mantilla Jiménez
CR. (r) Gabriel Alonso González Reyes
Dra. Emelina García de Plata
Dra. Gladys Puyana Ardila
Dra. Luz Marina Castaño de Díaz
TC. (r) José Uriel Rojas Gutiérrez
Dr. Orlando Perdomo Ramírez
MY. (r) Imelda Triviño de Torres
MY. (r) Livio Alberto Schiavenato Acosta
TE. (r) Humberto Quijano Martínez
CR. Tulia Clemencia González Pérez
SV. (r) Gustavo Pirabán Cuesto
CN. (r) Ramón Germán Prieto Navarro
CR. (r) Lucy Eugenia Restrepo Sterling
CR. (r) José Tomás Garavis Callejas
MY. (r) Yesid Santofimio Murcia
MY. (r) Salomón Gómez Dueñas
CR. Margarita Zuluaga Sánchez
CR. Rosa Elena Tovar García



Relación de Magistrados año 2011

CR. María Paulina Leguizamón Zárate
TC. Camilo Andrés Suárez Aldana
TC. Pedro Gabriel Palacios Osma
TC. Jacqueline Rubio Barrera
TC. Fabio Enrique Araque Vargas
TC. Ismael Enrique López Criollo
MY. Noris Toloza González
CN. (r) Carlos Alberto Dulce Pereira
CN. (r) Jorge Iván Oviedo Pérez
MY. (r) Marycel Plaza Arturo
MY. (r) José Liborio Morales Chinome

Vicepresidentes de la Corporación

Dr. Roberto Plata Torres
TC. Jorge Humberto Barrios Garzón
Dr. Guillermo Rojas Orjuela
TC. (r) Rubén Darío López López
MY. (r) Franciso de Paula Rodríguez Ussa
Dr. Emiro Ibarra Bravo
CR. (r) Rafael Martín Prieto
CR. (r) Gabriel Alonso González Reyes
Dra. Gladys Puyana Ardila
CR. (r) Rafael Martín Prieto
TC. (r) María Isabel Barbosa Ramírez
CN. (r) Ramón Germán Prieto Navarro
CR. Jorge H. Barrios Garzón
MY. (r) Imelda Triviño Lopera
CR. Margarita Zuluaga Sánchez
CR. (r) José Tomás Garavis Callejas
SV. (r) Gustavo Pirabán Cuesto
TC. Rosa Elena Tovar García
CN. Carlos Alberto Dulce Pereira

■ **INDICE ALFABÉTICO GENERAL**

EXTRACTOS PROVIDENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR 15

ABANDONO DEL PUESTO

El comandante de Estación de Policía, dada la multiplicidad de funciones que desarrolla con ocasión del cargo, no puede estar incurso en el delito de abandono del puesto

Rad. 156768, 30 de marzo de 2011

M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 15

ABANDONO DEL SERVICIO

Análisis del tipo a partir del desvalor de acción y el desvalor de resultado

Rad. 156553, 18 de febrero de 2011

M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUAREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión..... 16

ABANDONO DEL SERVICIO

La simple manifestación de desvincularse de la Institución, no justifica la conducta.

Rad. 156772, 24 de noviembre de 2010

M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión 17

ABANDONO DEL SERVICIO

No puede alegarse imprevisibilidad e irresistibilidad frente a la dejación y desconocimiento de los deberes militares

Rad. 156904, 16 de marzo de 2011

M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión..... 19

ABANDONO DEL SERVICIO DE SOLDADOS VOLUNTARIOS O PROFESIONALES

Sentido y alcance del artículo 127 del código penal militar de 1999.

Rad. 156981, 17 de mayo de 2011.

M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión 21

ABANDONO DEL SERVICIO DE SOLDADOS VOLUNTARIOS O PROFESIONALES

Protege el deber militar de presencia

Rad. 156965, 5 de mayo de 2011

M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión 23

ACCIONES A PROPIO RIESGO

Es necesario que en la realización del resultado intervengan varios cursos lesivos, siendo determinante el curso causal de la acción por parte de la víctima

Rad. 156641, 20 de mayo de 2011.

M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE. Segunda Sala de Decisión..... 24

AMENAZAS

El grado de intimidación del sujeto pasivo en el punible de amenazas

Rad. 155759, 31 de marzo de 2011

M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 24

ATAQUE AL INFERIOR

El fenómeno de la codelincuencia o bilateralidad típica

Rad. 156971, 6 de mayo de 2011

M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión..... 26



ATAQUE A INFERIORES O SUPERIORES

La vía de hecho como ingrediente normativo del tipo

Rad. 156959, mayo 17 de 2011

M.P. CN. (r) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión 27

AUTO DE APERTURA DE INVESTIGACIÓN

Irrevocabilidad

Rad. 156089, 22 de noviembre de 2010

M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 29

AUTO DE APERTURA DE INVESTIGACIÓN

La ausencia de comunicación del inicio de investigación, no siempre genera nulidad

Rad. 156906, 30 de mayo de 2011

M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 30

AUTO QUE RESUELVE SITUACIÓN JURÍDICA

No es un escrito de libre elaboración

Rad. 156824, 26 de enero de 2011

M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión 31

DEFENSOR CONTRACTUAL O DE CONFIANZA

La sustitución del defensor de confianza por uno de oficio, sin consentimiento del procesado, puede llegar a vulnerar el derecho de defensa

Rad. 156659, 31 de enero de 2011

M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 32

DEL CENTINELA

El servicio del centinela requiere de una designación que debe hacerse en forma previa y con las formalidades de ley, para un período de 24 horas como máximo y su personal debe mantenerse siempre en tal grado de alistamiento que pueda emplearse con sus armas tan pronto como sea requerido

Rad. 156673, 31 de enero de 2011

M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión 33

DELITO IMPRUDENTE

Precisión del esquema post-finalista normativo dispuesto en la Ley 1407 de 2010

Rad. 155079, 4 de febrero de 2011

M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión 34

DESERCIÓN

Término de prescripción de la acción penal frente al contenido de la Ley 1407 de 2010

Rad. 156775, 7 de febrero de 2011

M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión 35

DESERCIÓN

La indebida incorporación no genera automáticamente la atipicidad de la conducta

Rad. 156867, 10 de febrero de 2011

M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión 36

DESERCIÓN

La obligación derivada del artículo 251 del Código Civil, puede constituir causal de ausencia de responsabilidad penal

Rad. 156855, 28 de febrero de 2011

M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión 37

DESISTIMIENTO

Aplicación en la legislación penal militar con respecto al delito de lesiones

Rad. 156819, 28 de febrero de 2011

M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 38

DETENCIÓN PREVENTIVA

Los fines de la medida de aseguramiento en delitos típicamente militares. Valoración del tipo objetivo penal militar, el bien jurídico tutelado y el destinatario de la norma

Rad. 156920, 4 de abril de 2011

M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión..... 39

DETENCIÓN PREVENTIVA

El funcionario judicial debe abstenerse de imponer medida de aseguramiento, cuando la misma no responda a los fines señalados en la Ley

Rad.156613, 9 de marzo de 2011

M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUAREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión..... 40

DETENCIÓN PREVENTIVA

En la Justicia Penal Militar impera el deber de motivar la medida de aseguramiento de detención preventiva, a partir del análisis sobre su proporcionalidad

Rad. 156918, 11 de abril de 2011

M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión 42

FABRICACIÓN, POSESIÓN Y TRÁFICO ILEGAL

DE ARMAS DE FUEGO, MUNICIONES Y EXPLOSIVOS

Análisis de la estructura dolosa del tipo

Rad. 152372, 28 de abril de 2011

M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión..... 43

FAVORECIMIENTO DE LA FUGA MODALIDAD CULPOSA

Elementos normativos del tipo –privación física de la libertad en virtud de decisión judicial– detención preventiva o sentencia condenatoria

Rad. 155954, 30 de marzo de 2011

M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 44

FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

Este acto no puede equipararse a la resolución de acusación del procedimiento penal militar de la Ley 522 de 1999. Por tanto no puede aplicarse el término de prescripción de un año para el delito de Deserción, previsto en la Ley 1407 de 2010

Rad. 156801, 29 de abril de 2011

M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión 45

FUNCIÓN POLICIAL

El miembro de la Policía Nacional tiene la obligación de actuar en forma inmediata ante un motivo de policía, sin necesidad de que medie orden u autorización

Rad. 155980, 22 de febrero de 2011

M.P. MY. (r) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión 48

LESIONES PERSONALES CULPOSAS

El uso de las armas como recurso excepcional en el procedimiento policial.

Rad. 155791, 23 de febrero de 2011

M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 49



MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

Su imposición debe responder a los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad
Rad. 156657, 22 de noviembre de 2010

M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión50

PECULADO CULPOSO

Límites del principio de confianza en relación con las armas de fuego de dotación oficial
Rad. 156769, 25 de abril de 2011

M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión52

PECULADO CULPOSO

La indebida administración del armerillo, constituye conducta creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado

Rad. 155918, 13 de mayo de 2011

M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión52

PECULADO CULPOSO

Deber objetivo de cuidado en relación con las armas de fuego de propiedad del Estado.

Rad. 156625, 8 de abril de 2011

M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión53

PENA ARRESTO

Aplicación del principio de favorabilidad, con la entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2010

Rad. 156832, 25 de febrero de 2011

M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión55

PENA DE ARRESTO

Es procedente en tratándose de delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de la Ley 1407 de 2010

Rad. 155665, 23 de febrero de 2011

M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión57

PENA DE ARRESTO

Se aplica el principio de favorabilidad, cuando hay sucesión de leyes en el tiempo con identidad de regulación. La supresión de la pena de arresto en el nuevo Código Penal Militar, no despenaliza el punible

Rad. 156857, 21 de febrero de 2011

M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE. Segunda Sala de Decisión.....57

PENA DE MULTA

El Juez de Ejecución de penas puede conceder los dispositivos previstos en el Código Penal Militar, cuando el condenado está en incapacidad material de pagar

Rad. 154728, 26 de enero de 2011

M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión60

PREVARICATO POR OMISIÓN

Se debe considerar la multiplicidad de funciones que deben cumplir los miembros de la Fuerza Pública

Rad. 149438, 25 de enero de 2011

M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....61

PRESCRIPCIÓN DE LA PENA

La interrupción opera a partir de la captura del condenado por el respectivo delito

Rad. 141138, 9 de mayo de 2011

M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión62

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

La correspondencia entre la resolución de acusación y la sentencia debe predicarse únicamente respecto de la imputación fáctica y jurídica y no del razonamiento dogmático, ni de las posturas sobre la teoría del delito

Rad. 155903, 19 de noviembre de 2010

M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión 63

PRISIÓN DOMICILIARIA Y RESTRICCIÓN DOMICILIARIA

La restricción domiciliaria no puede equipararse a la prisión domiciliaria, pues como sustitutiva de la prisión tiene alcance diferente al utilizarse esta figura para la ejecución de pena privativa de la libertad

Rad. 155827, 10 de mayo de 2011

M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión 63

PRISIÓN DOMICILIARIA

No tiene cabida en la justicia penal militar al no consagrar esta jurisdicción penas sustitutivas, no pudiéndose aplicar el principio de integración al no existir vacío legal

Rad. 155827, 10 de mayo de 2011

M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión 65

PRUEBAS EN LA ETAPA DEL JUICIO

Su práctica debe estar sujeta al marco fáctico y jurídico de la calificación

Rad. 156321, 25 de marzo de 2011

M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión 66

RECURSO DE CASACIÓN

Con la entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2010, el término para su interposición es de 60 días

Rad. 152932, 9 de diciembre de 2010

M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión 67

RECURSO DE CASACIÓN

Término para su interposición, frente al contenido de las Leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010

Rad. 154316, 7 de febrero de 2011

M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 68

RECURSO DE HECHO

En el proceso penal militar, la parte que lo presenta debe exponer las razones por las cuales fue negado el recurso de apelación

Rad. 156892, 17 de febrero de 2011

M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión 69

RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

Esta pieza procesal debe siempre ser motiva, sin importar si se profiere en proceso ritualizado por el procedimiento especial u ordinario

Rad. 156489, 31 de enero de 2011

M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 69

RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

El superior no puede modificarla para hacer más gravosa la situación del procesado en virtud a prohibición de la reforma en peor

Rad. 156864, 28 de abril de 2011

M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión 70



SABOTAJE

Estudio de los elementos subjetivos del tipo distintos al dolo

Rad. 156901, 22 de agosto de 2011

M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 71

SENTENCIA

Congruencia entre el sentido del fallo y la sentencia, en el proceso penal militar

Rad. 156813, 8 de febrero de 2011

M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión 72

TASACIÓN DE LA PENA

No se pueden exceder los límites mínimos y máximos fijados por el legislador

Rad. 156212, 28 de febrero de 2011

M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión 72

EXTRACTOS PROVIDENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL

ALCANCE DEL FUERO PENAL MILITAR

La Justicia Penal Militar puede conocer tanto de los delitos relacionados con la función militar, como de los delitos comunes

Rad. C-878, 12 de julio de 2000

M.P. Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA, Corte Constitucional 73

FUERO PENAL MILITAR

Alcance e interpretación del artículo 221 de la Constitución Política

Rad. D-1445-C-358, 5 de agosto de 1997

M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Corte Constitucional 74

FUERO PENAL MILITAR

“...La Justicia Penal Militar nunca puede juzgar los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada, ni ninguno otro de lesa humanidad, o que signifiquen atentado contra el Derecho Internacional Humanitario...”

Rad. C-533, 28 de mayo de 2008

M.P. Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, Corte Constitucional 79

FUERO PENAL MILITAR

“...Los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, que no tengan relación directa con el mismo servicio no están cobijados por el fuero militar y por ello, su investigación y sanción no le corresponde a la Justicia Penal Militar...”

C-1184/08, 3 de diciembre de 2008

M.P. Dr. NILSON PINILLA PINILLA, Corte Constitucional 81

FUERO PENAL MILITAR

“...Los miembros de la Policía Nacional tienen un fuero especial de carácter penal, conforme al cual deben ser juzgados por cortes marciales o tribunales militares cuando cometan delitos en servicio activo y en relación con el mismo servicio...”

Rad. C-1214/01, 21 de noviembre de 2001

M.P. Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, Corte Constitucional 82

NATURALEZA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

“...A pesar de que la Justicia Penal Militar no forma parte de la estructura orgánica de la Rama Judicial, ella administra justicia respecto de aquellos delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio...”

Rad. D-3167-C-361, 2 de abril de 2001

M.P. Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA, Corte Constitucional83

EXTRACTOS PROVIDENCIAS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

“...Son de competencia de la jurisdicción penal militar no solo aquellos delitos que por su naturaleza únicamente pueden ser cometidos por los miembros activos de la fuerza pública, (...) sino aquellos comunes que se relacionen directa y sustancialmente con las funciones que constitucionalmente está llamada a cumplir la fuerza pública...”

Rad. 30575, 23 de febrero de 2011

M.P. Dr. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ, Sala de Casación Penal,

Corte Suprema de Justicia84

FUERO PENAL MILITAR

“...El desvío de la función administrativa encomendada al sindicado dentro de la institución castrense es lo que hace que (...) se esté frente a conductas punibles relacionadas con el servicio (...) competencia de la Justicia Penal Militar y no de la ordinaria...”

Rad. 20764, 6 de abril de 2006

M.P. Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.....88

FUERO PENAL MILITAR

“...El simple hecho de pertenecer a la Fuerza Pública no conlleva indefectiblemente la situación foral (...) se ha de analizar si el delito tiene relación con el servicio siempre y cuando su ejecución se desarrolle dentro de las tareas propias de las labores que cumplen tanto las Fuerzas Militares como la Policía Nacional”

Rad. 26050, 21 de mayo de 2009

M.P. Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, Sala de Casación Penal,

Corte Suprema de Justicia88

FUERO PENAL MILITAR

“...No debe su existencia a exclusivos resultados positivos de operaciones preventivas y represivas en el objetivo de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas que permitan una convivencia pacífica, sino que además para el avance de sus ejecutorias desarrolla actividades académicas que necesariamente deben cursar y aprobar quienes aspiran a ingresar como policías...”

Rad. 27709, 25 de agosto de 2010

M.P. Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.....91

FUERO PENAL MILITAR

“...Pese a que el inculcado (...) desempeñaba un cargo administrativo, refulge el nexo próximo y directo de la conducta imputada con el servicio (...) dado que era ordenador del gasto (...) cargo que precisamente empleó para realizar la acción falsaria documental en un desvío de la función administrativa a él encomendada dentro de la institución castrense...”

Rad. 26709, 24 de febrero de 2010

M.P. Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, Sala de Casación Penal,

Corte Suprema de Justicia92



EXTRACTOS PROVIDENCIAS CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

COLISIÓN DE COMPETENCIAS

“...Con apoyo de dicha prueba documental (...) puede concluirse que los ciudadanos (...) recibieron los disparos a una distancia acorde con el enfrentamiento a bala referidos por los uniformados (...). En ese orden, desde el punto de vista probatorio, las conductas reprochadas a los uniformados fueron cometidas con relación al servicio...”

Rad. 1001010200020070294401, 11 de febrero de 2009

M.P. Dr. HENRY VILLARRAGA OLIVEROS, Sala Jurisdiccional Disciplinaria,

Consejo Superior de la Judicatura 94

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

“...Si bien los inculcados estaban en ejercicio de la función policial (...) también lo es que las conductas por las cuales se le procesó y acusó, nada tienen que ver con la función que (...) desempeñaba en la Policía Nacional, pues el acto de proceder a ultimar a una persona capturada, reducida e indefensa (...) no guarda relación directa con el servicio que desempeñaban los acusados como agentes de la Institución Policial...”

Rad. 11001010200020080319400, 14 de mayo de 2009

M.P. Dra. JULIA EMMA GARZÓN DE GÓMEZ, Sala Jurisdiccional Disciplinaria,

Consejo Superior de la Judicatura 95

FUERO PENAL MILITAR

“...El texto del artículo 3° del Código Penal Militar es con todo enunciativo de los casos en los cuales los delitos no pueden considerarse como relacionados con actos del servicio, pudiendo colegirse que se refiere en rigor a genocidios y delitos de “lesa humanidad” o contra la humanidad...”

Rad. 110010102000200902617 00 (1697-06), 15 de octubre de 2009

M.P. Dra. JULIA EMMA GARZÓN DE GÓMEZ, Sala Jurisdiccional Disciplinaria,

Consejo Superior de la Judicatura 96

FUERO PENAL MILITAR

La relación con el servicio se rompe cuando desde su origen el hecho es ilegítimo

Rad. 110010102000200903517 00, 19 de enero de 2010

M.P. Dr. ANGELINO LIZCANO RIVERA, Sala Jurisdiccional Disciplinaria,

Consejo Superior de la Judicatura 100

TRÁMITE DEL CONFLICTO DE COMPETENCIAS

“...El Fiscal no está legitimado para proponer el conflicto, habida cuenta de su condición de parte, en el esquema adversarial propio del nuevo sistema (...) este debe ser propuesto por el Juez de Control de Garantías...”

Rad. 110010102000201103817 00, 2 de febrero de 2011

M.P. Dr. HENRY VILLARRAGA OLIVEROS, Sala Jurisdiccional Disciplinaria,

Consejo Superior de la Judicatura 100

EXTRACTOS PROVIDENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR REVISTA No. 5

ABANDONO DEL PUESTO

El comandante de Estación de Policía, dada la multiplicidad de funciones que desarrolla con ocasión del cargo, no puede estar incurso en el delito de abandono del puesto

“Analizado el tipo penal, encuentra la Sala que en el caso bajo examen no están presentes en su totalidad los ingredientes normativos para predicar quebrantamiento a la norma por parte del procesado, puesto que quien ostenta la calidad de comandante de unidad no es sujeto activo de esta norma.

(...).

El abandono del puesto está destinado para el miembro integrante de la Fuerza Pública que estando de facción o de servicio, abandone el puesto por cualquier tiempo, se duerma, se embriague o se ponga bajo los efectos de cualquier sustancia psicotrópica, es decir, no requiere una disponibilidad permanente, salvo los servicios de guardia, los cuales según el Reglamento de Servicio de Guarnición - capítulo III GUARDIAS determina “el personal destinado a los servicios de guardia debe nombrarse por periodos de 24 horas como máximo” casos en los cuales sí implica una disposición continua, un estado constante de vigilancia en grado de alistamiento, para el evento de ser requeridos se pueda disponer inmediatamente de este personal.

Desprendiéndose de lo anterior, que esa disponibilidad, cumplimiento de su función y alistamiento está inmersa únicamente para el turno o servicio designado, donde le es prohibido realizar las conductas alternativas consagradas en el mandato legal de abandono del puesto, como son abandonar el puesto, embriagarse, dormir o ponerse bajo los efectos de sustancias alucinógenas y, una vez culminado el mismo, el militar o policial suspende las actividades inherentes al servicio hasta su próximo turno o disponibilidad.

No ocurre lo mismo con el comandante de la Estación, quien precisamente por ser quien dirige la unidad policial, su disposición debe ser permanente y las funciones que desempeña al amparo de esta condición no están circunscritas a la prestación de un servicio determinado y limitado en tiempo, espacio o lugar, esta misión debe cumplirla constantemente sin que pueda predicarse válidamente que una vez culminado el servicio o turno, se sustraiga de tal condición (comandante) y la asuma nuevamente en su nuevo servicio. Sus funciones como comandante las debe realizar a cabalidad mientras ostente ese cargo, por ello no debe confundirse el comandante de estación, con el “comandante” que refiere el agravante del artículo 124, pues este se entiende de quien funge como tal en el respectivo turno, verbigracia: comandante de guardia, de patrulla, de vigilancia, quienes concluido el servicio se despojan de esta calidad.

Es claro, que dadas las funciones que desempeña el comandante de la unidad, quien como líder y máxima autoridad de la unidad policial, en este caso de la Estación,



no puede reducir su actividad solamente a la vigilancia y seguridad, ya que de ser así, estaría descuidando actividades importantes y propias del cargo asignado, como coordinar servicios, emitir órdenes, velar por el buen funcionamiento de la unidad, entre otras. (...)

Y es que precisamente teniendo en cuenta las funciones que debe cumplir el comandante de unidad, que el legislador, atendiendo expresiones de política criminal, recogió en el artículo 121 el abandono del comando el cual debe ser interpretado sistemáticamente con el artículo 123 (Abandono de comandos especiales), donde sí es dable tipificar esta conducta a quien ejerciendo funciones propias del comando no las cumpla sin justa causa, estableciendo para ello un límite de más de veinticuatro (24) horas, lo que tampoco se vislumbra en el caso bajo estudio, pues no obra prueba en el plexo probatorio que el suboficial haya hecho dejación de sus funciones por más de veinticuatro (24) horas, y de ser cierto que en el cierre de establecimiento se dedicó a ingerir bebidas alcohólicas esta conducta no genera reproche penal, sino disciplinario, y a la luz de esa esfera ya fue responsabilizado disciplinariamente con suspensión en el cargo por el lapso de un (1) año¹". (Rad. 156768, 30 de marzo de 2011, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).



ABANDONO DEL SERVICIO

Análisis del tipo a partir del desvalor de acción y el desvalor de resultado

"Las personas que acceden al injusto de Abandono del servicio, son solo aquellas que reúnen las exigencias de la descripción típica, y a quienes se reclama el deber de presencia, dado el conocimiento y deber especial, por lo que su ausencia inconsulta altera el normal desarrollo del servicio, expresado en el desvalor de resultado. Tanto es, que el legislador ha dispuesto un ámbito ex ante de protección, y erige en delito de conducta la descripción comportamental consagrada en el canon 126 de la Ley 522 de 1999.

Debe perpetuar el impugnante que en Colombia el injusto no se sustenta solo en el desvalor de acción, sino que es necesario como elemento cofundamentador el desvalor de resultado; de igual forma, como lo refiere "Jacqueline Rubio Barrera" en su obra "el Injusto en el delito militar de desobediencia" (Citando a Lampe-Huerta Tolcido Susana pág. 72), "no es admisible un desvalor de acción sin finalidad o propósito de afectar el bien jurídico tutelado (desvalor objetivo), por tanto, en los delitos de mera conducta se debe aceptar la existencia de un desvalor de resultado", siendo oportuno precisar igualmente que el punible de abandono del servicio no es un injusto de infracción de deber, como se analizará subsiguientemente, sino, un delito especial que expresa el núcleo esencial del desvalor de acción en la voluntad. Ciertamente es que el peligro no se concibe como presunción *jurist et de jure*, como equivocadamente lo interpreta la defensa, sino *iuris tantum*, así, la prueba obrante demuestra que el procesado de forma consciente y voluntaria abandonó los debe-

1 Fallo disciplinario adiado el 19 de marzo de 2010 folios 262 al 305.

res propios del cargo por más de diez días, y con su conducta alteró y afectó las normales condiciones del servicio, que es de donde se infiere el desvalor de resultado.

Es el ámbito de competencia (organizacional o institucional) que precisa el destinatario de la norma, quien con su conducta produce la afectación del bien jurídico objeto de tutela, esto es, cuando por la ausencia no prevista del miembro de la Fuerza Pública se alteran las normales condiciones en que debe desarrollarse el servicio, expresión de antijuridicidad material. Para ahondar en razones evoquemos lo que al respecto enseña la Doctrina:

“Los delitos típicamente militares son especiales propios, es decir, que exclusivamente pueden ser cometidos por las personas que tengan la condición de miembros de la Fuerza Pública y no tienen correspondencia con otros delitos militares como tampoco comunes. No puede ser autor de esta clase de delitos un particular. Poseen un sujeto activo especial o cualificado (...)” **(Rad. 156553, febrero 18 de 2011, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA. Cuarta Sala de Decisión).**



ABANDONO DEL SERVICIO

La simple manifestación de desvincularse de la Institución, no justifica la conducta

“En efecto, el procesado abandonó de manera voluntaria sus deberes propios, que para el caso presente están concretados en la prestación del servicio de vigilancia como patrullero de la Policía Nacional, según las minutas en que se plasmó su inasistencia al servicio³ y sin que previamente haya materializado su intención de retirarse del servicio activo, pues para ello no bastaba con efectuar la simple manifestación de retiro ante su comandante inmediato, sino que era necesario agotar la formalidad preestablecida, como era la de diligenciar debidamente los formatos en los que constara tal manifestación.

Por ello no es posible acceder a la petición de los apelantes, en el sentido de reconocer la existencia de la causal de estado de necesidad, bien que además, después de haber tomado posesión de su cargo y de haber prestado el juramento policial, tenía el deber jurídico de asistir a los servicios de vigilancia como patrullero de la Policía Nacional y aportar al cumplimiento de la misión contemplada en el artículo 218 de la Constitución Política. Recuérdese que el delito de abandono del servicio es un delito contra los deberes del servicio, específica y principalmente contra el deber de presencia, porque el bien o interés que protege el legislador mediante la tipificación de esta conducta, es la intangibilidad del recurso humano de la Fuerza Pública, sin el cual, la Policía Nacional como en este caso, no podría disponer siempre de los medios personales con los que cuenta para el cumplimiento de su fin constitucional. El fundamento

2 “El injusto en el delito militar de Desobediencia”. Jacqueline Rubio Barrera. Pp. 38 a 40.

3 A folios 36 a 58 obra, como prueba documental, fotocopia de las minutas de vigilancia donde constan los turnos de servicio a los que dejó de asistir el procesado, durante los días de su ausencia.



de esta figura delictiva, en consecuencia, radica en la necesidad de preservar el poder coercitivo del Estado, imponiendo la obligación de cumplir con los deberes policiales. De esta forma, se busca la mayor disponibilidad para el servicio a través de la imposición del cumplimiento de los deberes policiales, entre ellos, el de presencia, que se ve menguado cuando el uniformado se ausenta o se aparta injustificadamente, por cualquier tiempo, del cumplimiento de las labores encomendadas. Ahora, que siendo un delito de mera conducta y de peligro, no requiere que se produzca un resultado concreto, pues para su estructuración basta simplemente el mero y voluntario abandono de los deberes funcionales por el lapso señalado en la Ley.

Desde este punto de vista, la conducta se muestra a todas luces como antijurídica, tanto formal como materialmente, habida consideración de la lesividad al bien jurídico tutelado.

No prosperan, en consecuencia, las pretensiones de los apelantes, quienes al unísono buscan el reconocimiento de un estado de necesidad, el cual, por demás, está fundamentado en la situación que vivió el procesado para la época de los hechos, a consecuencia del decremento salarial a que estuvo sujeto, fruto de unos embargos y descuentos que superaron flagrantemente el tope legal permitido, lo que afectó el mínimo vital, viéndose obligado el policial a separarse ilícitamente de los deberes propios de su cargo como patrullero adscrito para la época de los hechos al CAI “Conquistadores”, con el fin de buscar otros ingresos económicos que le ayudasen a solventar sus necesidades económicas.

Esta realidad, que no se discute, no encuentra su plena adecuación en la causal invocada conforme se ha venido analizando, toda vez que ese estado de amenaza o de peligro actual o inminente al bien jurídico, no fue repentino, imprevisto, súbito, sino más bien fruto de una situación que se fue configurando en el tiempo, mes a mes y a consecuencia del incumplimiento progresivo de las obligaciones económicas y alimentarias del procesado. Tampoco el delito de abandono del servicio se consuma instantáneamente; es un delito que necesita del transcurso del tiempo, en este caso diez días, para su estructuración, durante los cuales el PT. MR tuvo la oportunidad de reintegrarse a sus labores y sin embargo optó, de manera voluntaria, a su sustracción, cuando bien pudo y estuvo en posibilidad de llenar los requisitos reglamentarios para disfrutar de vacaciones y solicitar el retiro de la Institución Policial, así como de efectuar las reclamaciones pertinentes a fin de hacer valer sus derechos laborales, frente a los excesivos descuentos y embargos que disminuyeron ostensiblemente su mínimo vital.

Finalmente, debe acotar la Sala que el ingreso al escalafón, luego de haber superado un periodo de formación, así como su trayectoria institucional como patrullero de vigilancia, a lo largo de más de 6 años de servicio activo⁴, hacen suponer que el procesado tenía el conocimiento actualizado respecto de los requisitos necesarios para su desincorporación o retiro voluntario de la institución Policial, aspecto que es de común comprensión en la comunidad militar y policial. Así y contrario a lo expresado por la defensa en su recurso de apelación, para la Sala no

4 A folio 32 obra extracto hoja de vida donde consta un tiempo de servicio de 6 años, 1 mes y 19 días, según certificado expedido el 17 de mayo de 2008.

existe el error de derecho por falso juicio de legalidad, ni la violación indirecta de la ley sustancial originada en un error probatorio, entendiendo que el A quo realizó un análisis objetivo e imparcial, dentro del cual acudió y utilizó el reconocimiento que hizo el procesado en su indagatoria, respecto de los requisitos para solicitar el retiro voluntario de la Policía Nacional.” (Rad. 156772, 24 de noviembre de 2010, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).



ABANDONO DEL SERVICIO

No puede alegarse imprevisibilidad e irresistibilidad frente a la dejación y desconocimiento de los deberes militares

“De los ingredientes normativos del delito típicamente militar de Abandono del servicio, dos elementos básicos han de acreditarse de la hipótesis jurídica que habrá de elaborarse con sentido completo, y con la demostración de la omisión, ya que este punible es omisivo: De un lado, la obligación de ejercer unos deberes inherentes a un cargo público por más de diez (10) días consecutivos y, de otro lado, la situación del cuadro –Oficial o Suboficial de la Fuerza Pública, o el personal de Agentes o del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional– que dentro del mismo término debió regresar a su servicio y no lo hizo en oportunidad, o no se presentó dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha del vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones o de su cancelación comunicada legalmente.

(...)

Ahora bien, a tal propósito resulta oportuno recordar que, “En el caso fortuito, que penalmente equivale a la fuerza mayor por la similitud de su estructura y la identidad de sus efectos, se incluye todo suceso inevitable, todo torbellino invencible de circunstancias, todo lo imprevisible; en suma todo lo que escapa a la ordinaria capacidad humana de control de lo externo, de previsibilidad y de dominio de los procesos caudales, habida cuenta del estadio civilizatorio de cada sociedad en cada momento y del grado de información generalmente disponible en el medio social y profesional del autor.

(...)

Soler dice con razón del caso fortuito que “no marca propiamente el límite de la culpabilidad, sino el límite de la acción humana”⁵, pero es de todas maneras un límite absoluto de la responsabilidad subjetiva porque con él comienza lo más característico de la objetiva. Ciertamente impide la culpabilidad, pero no directamente, sino como consecuencia de suprimir un elemento anterior y fundante de ella: la acción típica, o, de un modo más específico su exigibilidad absoluta, general y objetiva (erga omnes)”⁶.

En el derecho penal el caso fortuito o fuerza mayor, están considerados como un acontecimiento que no se puede prever ni resistir; se presta de manera inesperada e imprevisible, cuando el agente que lo surge está efectuando un obrar legítimo

5 S. SOLER. Derecho PENAL. Volumen I, P. 253.

6 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan. “Derecho Penal Fundamental”. Teoría General del Delito y Punibilidad. Volumen II. Editorial Temis, 1995. P. 191.



con todas las precauciones y diligencias debidas, produciendo un resultado por mero accidente. Pero, puede darse el extremo que el acontecimiento extraño al obrar del agente, se prevea pero lo inesperado y sorpresivo no se pueda superar o vencer.

(...)

De lo analizado en precedencia se colige que son requisitos del Caso Fortuito o Fuerza Mayor, los siguientes:

“a. Que sea Irresistible. Esta característica se traduce en una imposibilidad absoluta de superarse, es imposible de eludir, inevitable no susceptible de ser superado o contrarrestado, por lo tanto es necesario distinguir entre la simple dificultad y la imposibilidad absoluta.

b. Imprevisible. El caso fortuito o la fuerza mayor deben ser imprevisibles esto es que no puede ser verificable ni comprobable y que por lo tanto no tenga ni siquiera el grado mínimo de previsión.

c. Exterior. El acontecimiento debe ser exterior; es decir, debe producirse fuera de la esfera de responsabilidad del agente”⁷.

(...)

Como fácilmente se colige, el apelante busca barajar la circunstancia temporal en que el oficial subalterno tenía el deber de presentarse en la unidad militar de la cual era orgánico –Batallón de Apoyo de Servicios para el Combate No. 26 “SS. Néstor Ospina Melo”–, puesto que da por sentado que tal obligación surgió solo a partir del 06 de Julio de 2010, y de ahí, que desde esta data pregona las pruebas que pretende hacer valer para enarbolar la presencia de un supuesto caso fortuito, cuando a tal fecha ya había superado el término previsto por la norma para cometer el punible de Abandono del puesto.

(...)

Tenemos entonces que de la valoración de los medios de prueba se infiere razonablemente, que sí se presentó una omisión por parte del ST. G.A.A.G., que fue su dejación para con el servicio, pues consciente y voluntariamente no solo no guardó el conducto regular, no respetó la autoridad, su comandante, sino que además no asumió los deberes que le imponía el servicio, pues no se presentó en oportunidad al mismo en la unidad militar de la cual era orgánico; de ahí que frente a tal escenario de dejación y desconocimiento por los deberes profesionales no pueda hablarse de imprevisibilidad e irresistibilidad, tal y como refulge del plenario, que los militares no son ruedas sueltas que a su antojo determinen dónde y cómo prestan sus servicios a la institución; por el contrario, su obligación con el Estado de derecho los conmina a cumplir innumerables actividades y actos del servicio, bajo la autoridad de quienes son sus superiores inmediatos.

(...)

Es que en efecto, el señor ST. G.A.A.G., como militar en servicio activo de las Fuerzas Militares, recibió antes de su ingreso al escalafón de oficiales de la Fuerzas Militares la instrucción y capacitación suficiente para hacerle conocer la gravedad de su conducta y las consecuencias nocivas de ella, que incluso a lo largo de tal

itinerario de desaciertos, le recordaron y le colocaron de presente no solo sus superiores sino personal subalterno, ello es vergonzoso para la formación de un oficial del Ejército Nacional, que le impone asumir con diligencia su compromiso institucional en el cargo, función o misión que desempeña. De ahí que en la carrera de las armas, la negligencia y el desinterés en el cumplimiento de las obligaciones indican poco valor militar; por lo que subestimar la profesión, demostrar despreocupación por la propia preparación, reducir la actividad del servicio a lo estrictamente necesario, llegar tarde a los actos del servicio, dar excusas infundadas, denotan falta de compromiso institucional y carencia de espíritu militar.

En efecto, las circunstancias previas, concomitantes y posteriores a los hechos, como su irresponsabilidad de abandonar el servicio con argumentos mendaces, permiten a esta Sala concluir que la acción desplegada por el acusado, no se trató de un hecho ajeno al autor, por lo que no se encuentra cubierta bajo ninguna causal excluyente de responsabilidad como lo es la de caso fortuito como andadamente invoca el apelante.

Así las cosas, en virtud de los presupuestos jurídicos, jurisprudenciales y doctrinarios, aplicados a los supuestos fácticos que emergen del plenario, conforme a la valoración de los medios de prueba allegados, tenemos que no están dados los elementos estructurales que se predicen del caso fortuito o fuerza mayor, como quiera que no obró un acontecimiento, acaecimiento, suceso, contingencia o fenómeno imprevisto extraño al agente autor, al que no fuera posible resistir, que produjera naturalísticamente en el plano dogmático un resquebrajamiento de la relación —o vínculo— causal entre la acción y el resultado”. **(Rad. 156904, 16 de marzo de 2011. M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).**



ABANDONO DEL SERVICIO DE SOLDADOS VOLUNTARIOS O PROFESIONALES

Sentido y alcance del artículo 127 del Código Penal Militar de 1999

“Como el principal argumento de la defensa está relacionado con el sentido y alcance del artículo 127 del C.P.M., se considera oportuno traer a colación providencia anterior de fecha 30 de abril de 2007, dentro del procesado radicado 153998, en contra del S.L.V.M.P por el delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, donde la suscrita fue Magistrada Ponente, en la cual se fijó el criterio de la Sala respecto este tipo penal, así: (...)

Conforme lo anterior y abordando el tema de estudio planteado por la defensa, esto es que respecto del delito de abandono del servicio de soldado profesional o voluntario se requería la desvinculación definitiva y no transitoria del servicio y que al ausentarse su defendido menos de una hora no pudo incurrir en el tipo penal; tenemos que concluir que no le asiste razón y que dicha interpretación es errónea, debido, en primer lugar, a que la misma norma que contempla el ilícito en mención,



lo ha circunscrito a cualquier tiempo y sin que se requiera de un dolo específico⁸ como así lo ha querido ver el recurrente, pues estos complementos subjetivos que son conceptual y materialmente diversos del dolo, y que expresan especiales tendencias, motivos o finalidades exigidos por el legislador en la construcción, constitución y adecuación típica del comportamiento, no se observan en el reato que se analiza, al no demandar para su configuración una determinada y específica finalidad que deba guiar al sujeto activo en la realización de la conducta típica.

El cumplimiento de la acción descrita en el tipo penal, tal como lo mencionó el A quo, refiriéndose al “abandono de los deberes propios del servicio” sustentándose en jurisprudencia de la Corte Constitucional, y que comprende las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las Fuerzas Militares –defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional– y de la Policía Nacional –mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica⁹–, y que para el caso específico del servicio en campaña u operaciones militares, tal como quedó establecido en la providencia de esta Corporación antes referida, comprende desde el momento del alistamiento de la unidad militar y después todos los actos relacionados con el combate y los dispositivos para atacar, defenderse, proveerse, desplazarse, ocultarse, recibir refuerzos, etc., los que no se suspenden como erradamente cree el apelante, por estar momentáneamente de descanso o porque en el preciso momento no se esté en un puesto determinado, porque en esos momentos juega un papel muy importante la disponibilidad, que en área de operaciones es permanente e ininterrumpida por la capacidad de reacción que debe tener la tropa en desarrollo de cualquier operación militar¹⁰ para no perder el poder de combate o la capacidad de lucha, al existir la posibilidad latente de verse enfrentados a un enemigo que puede atacar en el momento menos pensado en aplicación del factor sorpresa, el que se utiliza como medio de quebrar la energía moral del adversario para privarlo de la facultad de reflexionar con serenidad sobre el empleo de su poder de combate, ya sea por medio de acciones imprevistas o con el uso de nuevas armas o instrumentos de combate, lo que es decisivo para obtener una victoria.

Por todo lo mencionado, y que identifica las características particularísimas de la actividad de la fuerza pública, es que no se puede aceptar el argumento de la defensa respecto al concepto que trajo del abandono del servicio, que bien puede aplicarse al campo civil si se quiere, mas no al militar, por cuanto un abandono momentáneo de un miembro de la patrulla así sea por poco tiempo puede influir decidida y negativamente en el desarrollo de una operación. Para el presente caso se observa que la tropa se encontraba en una operación de control de área, cuyo propósito siempre es el de garantizar la tranquilidad pública, la integridad de los ciudadanos, su honra y bienes, e impedir que el enemigo lleve a cabo operaciones en su contra y como bien lo refirió el C3. R.G. resaltado por el A quo, se encontraban en una zona que era latente el ataque del enemigo, y por ello debían tener el armamento en mano por una reacción; de ahí que con la actitud del procesado, como así también lo dijo el Ministerio

8 Manual de Derecho Penal. Parte General – Parte Especial – Séptima Edición. Paredo Alfonso Pabón Parra. P. 225.

9 Folio 58 auto que resuelve la situación jurídica, cita que hace de la Sentencia C-358 de 1997.

10 Reglamento de servicio de guarnición, Quinta edición. P. 8).

Público que actúa ante esta Corporación, puso en peligro su propia seguridad y la de sus compañeros, pues de haber sido secuestrado por el enemigo podrían haber obtenido información y conocimiento de su destacamento (número de efectivos, armas, dispositivos de seguridad, etc.) y con ello hacerlos vulnerables frente al enemigo.

En este orden de ideas, este tipo penal resulta ser de conducta instantánea, y el momento de consumación es aquel cuando el soldado profesional o voluntario abandona los deberes propios del servicio en campaña u operaciones militares de acuerdo a los conceptos antes transcritos, sin que importe el lapso que ocurra en este abandono o si su intención era o no de abandonar definitivamente esos deberes, y para el caso en comento no admite discusión que el Soldado Profesional A.A.L. abandonó esos deberes cuando se retiró del perímetro de seguridad de la base de patrulla móvil ubicada en Remolinos, Caquetá, para dirigirse al caserío a una discoteca donde fue encontrado al parecer en estado de embriaguez y sin armamento, el que había también abandonado en la base”. **(Rad. 156981, 17 de mayo de 2011, M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión).**



ABANDONO DEL SERVICIO DE SOLDADOS VOLUNTARIOS O PROFESIONALES

Protege el deber militar de presencia

“Debe tenerse en cuenta que el delito de Abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, es uno de aquellos que protegen el deber militar de presencia, el cual se ve menguado cuando el soldado se ausenta o se aleja injustificadamente, por cualquier tiempo, del cumplimiento de la operación militar encomendada o de los deberes propios del servicio dentro de una campaña militar. Por tanto, la expresión “abandone” utilizada por el legislador, como núcleo de la acción reprochada, debe ser entendido penalmente, como la desvinculación o la dejación total y voluntaria de los deberes asignados.

Abandonar, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española¹¹, significa: dejar, desamparar a una persona o cosa, dejar alguna cosa emprendida ya; dejar un lugar, apartarse de él; cesar de frecuentarlo o habitarlo. Estas acepciones dan a entender y así lo interpreta la Sala, que el abandono que configura el ilícito imputado, es aquel que se concreta en el alejamiento, la separación del lugar donde se está desarrollando una operación o una campaña militar. Por tanto, otras conductas, como la de permanecer en el sitio pero dedicado a otras actividades, podría enmarcar la comisión de otro tipo penal como el abandono del puesto o la desobediencia, según las circunstancias, o aún, conductas que solo pueden ser reprochadas disciplinaria o administrativamente.” **(Rad. 156965, 5 de mayo de 2011, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**





ACCIONES A PROPIO RIESGO

Es necesario que en la realización del resultado intervengan varios cursos lesivos, siendo determinante el curso causal de la acción por parte de la víctima

“En tal virtud, y como quiera que la distinguida togada fundamenta su disenso en la supuesta acción a propio riesgo asumida por el hoy obitado señor SLP. R.J.T.T (q.e.p.d.), sea lo primero señalar que para que se pueda hablar de una Acción a propio riesgo en la Imputación objetiva, como mecanismo de solución en casos de convergencia de conductas imprudentes, es indispensable que de la situación fáctica presentada surja desde el punto de vista meramente causal una convergencia de imprudencias, o concausalidad, en otras palabras que en la realización del resultado intervengan varios cursos lesivos, cosa que en los sucesos que ocupan la atención de esta Sala de Decisión no sucede, puesto que la víctima –SLP. R.J.T.T. (q.e.p.d.)–, no infringió sus deberes de autoprotección, ya que en su conducta no existió ni naturalística ni jurídicamente un vínculo de imputación entre el resultado y la acción.

(...)

Y si en gracia de discusión llegáramos a examinar si la víctima tenía el poder de asumir el riesgo y el resultado; si era autorresponsable, es decir, que conocía o tenía la posibilidad de conocer el peligro que afrontaba con su actuar y si el actor no tenía la posición de garante respecto de la víctima, que si la tenía por la asunción que adquirió de tal posición por cargar un arma de fuego dotada con contundentes efectos letales; salta a la vista que ninguna persona, ni siquiera sin el más mínimo conocimiento de las armas de fuego empoderada para cargarse tan pronto se accionara la palanca de maniobra y los mecanismos de disparo, y mucho menos cuando precisamente se cuenta con el esquema de tal conocimiento, y solo con el dicho del propio procesado, pues el extinto SLP. R.J.T.T. (q.e.p.d.) jamás tendrá la posibilidad de ofrecer su versión sobre los hechos.

(...)

Ante tales circunstancias con claridad se observa que en aplicación del instituto de la imputación objetiva, dentro del curso causal examinado, emerge como determinante la infracción al deber objetivo de cuidado generado por el señor SLP. J.E.V., pues al realizar la valoración de su conducta con conceptos normativos se determina que ella desbordó el riesgo jurídicamente permitido; de ahí que podemos afirmar que en el resultado no concurrió la culpa del SLP. R.J.T.T. (q.e.p.d.), es decir, que en él no se denota la acción imprudente de la víctima.” (Rad. 156641, 20 de mayo de 2011, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE. Segunda Sala de Decisión).



AMENAZAS

El grado de intimidación del sujeto pasivo en el punible de amenazas

“...En primer término, ha de precisarse que el punible de amenazas previsto en el artículo 120 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999–, es de aquellos denominados tipos penales subordinados o complementarios de acuerdo a la clasificación

en virtud de la estructura. Adicionalmente, ha de resaltarse que los tipos penales subordinados o complementarios describen solamente circunstancias que cualifican uno o varios de los elementos de un tipo fundamental o especial, la doctrina¹² los ha señalado como tipos penales que carecen de vida propia y no pueden aplicarse con independencia de los otros.

A partir del concepto anterior, resulta claro que el punible de amenazas es un tipo subordinado o complementario de los punibles de ataque al superior¹³ o ataque al inferior¹⁴. Este tipo subordinado de las amenazas depende de los tipos referidos en cuanto protegen el mismo bien jurídico, poseen los mismos sujetos activo o pasivo, pero su conducta sufre una modificación en el entendido que los punibles de ataque prevén las vías de hecho, mientras que el de amenazas no.

(...)

En términos generales debemos agregar que los tipos penales han sido clasificados por la doctrina en diferentes niveles y para el punible de amenazas podríamos señalar que de acuerdo a la clasificación de la estructura es un tipo penal subordinado, en segundo lugar de acuerdo al contenido del tipo penal se dirá que es de mera conducta, en cuanto a que se clasifique por el sujeto activo, es de los llamados delitos monosubjetivos. Y por último, de acuerdo a la clasificación según el bien jurídico, se dirá que es un punible de peligro.

De lo anterior tenemos entonces que el punible de amenazas es un tipo penal subordinado al punible de ataque, de mera conducta en el entendido que se agota en la acción del autor sin que se requiera la producción de un resultado en el sentido de efecto exterior, separable-temporalmente¹⁵ y adicional a ello, es un delito de peligro que protege el bien jurídico de la disciplina como el valor que quiere salvaguardar el legislador al ser el instrumento garante de la cohesión y existencia de la Fuerza Militar y Policial.

El peligro se evidencia en el comportamiento del procesado al ser esta una conducta distante al acontecer normal de las relaciones existentes por los hombres que integran la unidad militar y tal distanciamiento a esas relaciones normales generan la probabilidad evidente de menoscabar la disciplina. Por ello, no resulta relevante valorar el grado de intimidación que supiera el sujeto pasivo, pues de ser así no se estaría protegiendo la disciplina sino otro bien jurídico.

(...)

Del escenario fáctico de los hechos ocurridos la noche del 10 de agosto de 2003, se podrían afirmar las siguientes conclusiones: la primera, que el procesado SLP. HGLA tenía consciencia¹⁶ de lo que hacía, la segunda, que en aquella unidad militar Compañía "ANZOATEGUI" el SLP. H.G.L.A. rompió todas las normas y órdenes que gobiernan el comportamiento de los hombres que integran la unidad militar lo

12 REYES ECHANDÍA, Alfonso. Tipicidad, Editorial Temis, 1989.

13 Ley 522 de 1999, Art. 118. "Ataque al superior. El que, en actos relacionados con el servicio, ataque por vías de hecho a un superior en grado, antigüedad o categoría...".

14 Ley 522 de 1999, Art. 119. "Ataque al inferior. El que, en actos relacionados con el servicio, ataque por vías de hecho a un inferior en grado, antigüedad o categoría...".

15 Ver HANS-HEINRICH JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Casa Editorial Bosch.

16 Dictamen pericial Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses Dirección Regional Oriente (...)



que implica indiscutiblemente la vulneración a la disciplina como condición esencial para la existencia de toda fuerza militar.

Y es precisamente en este punto donde se evidencia que la conducta desplegada por el SLP. H.G.L.A. tenía la suficiente entidad para lograr romper los esquemas de deberes y cumplimiento de órdenes dentro de aquella unidad militar, lo que sin lugar a dudas afectó el bien jurídico tutelado cual es el de la disciplina, completando así la estructura dogmática del injusto penal de amenazas. Pues, por unos momentos la organización de la Compañía “ANZOATEGUI” quedó supeditada al comportamiento del procesado.

Sean estos argumentos el fundamento esencial para reiterar que en el punible de amenazas al superior, no es necesario el análisis sobre si ellas producen o no temor en el sujeto pasivo para que la conducta se entienda consumada, recuérdese el precedente de esta misma Corporación en el que se manifiesta que las amenazas vulneran el bien jurídico de la disciplina y no otro como pretende resaltar el ilustre apelante al señalar que si el sujeto pasivo no sintió la amenaza al no estar presente en el área del vivac, el punible no se consumó...”. **(Rad. 155759, 31 de marzo de 2011, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**



ATAQUE AL INFERIOR

El fenómeno de la codelincuencia o bilateralidad típica

“El segundo aspecto que concita la atención del Colegiado corresponde al fenómeno de la bilateralidad típica o codelincuencia, que fuera desarrollado por esta Sala y que citara la agencia Fiscal en su decisión, del cual se propone la existencia necesaria y coetánea de injustos, donde el uno agrede al otro pero concurriendo en ellos la conciencia, voluntad final de acción y verificación del grado o antigüedad, contextos que encuentran su punto de convergencia en el resquebrajamiento recíproco de la disciplina militar, pilar fundamental para la existencia de la fuerza militar.

El derecho penal militar no solo se ocupa de investigar y eventualmente sancionar conductas que vulneren efectivamente el bien jurídico, sino comportamientos que lo colocan en peligro, siendo clara la prueba obrante a este momento en señalar que el bien jurídico disciplinario fue lesionado, ya que lo acontecido no corresponde a la forma como debe ejercerse el mando, menos de un sargento con significativa experiencia derivada del tiempo que lleva en el Ejército, como tampoco lo es, la respuesta dada por el Soldado Leal al Suboficial, de quien se advierte que efectivamente atacó a su superior. En este aspecto el respeto por la persona y su dignidad deben ser mutuos, como también lo es el acatamiento a la disciplina, dado que ambos son integrantes de una fuerza militar, seguramente si este mismo episodio acontece en la vida civil no tiene trascendencia más allá de los efectos de una riña y sus consecuentes lesiones; pero en el ámbito castrense está de por medio no solo la condición humana sino un bien jurídico valioso para la sociedad militar y la comunidad en general como lo es la disciplina.

(...)

En una organización social civilizada y en particular en el ámbito militar debe reinar el estricto, pero adecuado, prudente y puntual ejercicio del mando, el respeto por el superior y el inferior, como postulado de un Estado Social de Derecho soportado en el principio de dignidad. De igual manera, y como axioma fundamental, el ambiente castrense está caracterizado por la observancia en todo momento y lugar de la disciplina, supuesto esencial para la preservación y cohesión de la Fuerza Pública.” (Rad. 156971, mayo 6 de 2011, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA. Cuarta Sala de Decisión).



ATAQUE A INFERIORES O SUPERIORES

La vía de hecho como ingrediente normativo del tipo

“Obsérvese entonces que de los esfuerzos anteriores, la vía de hecho se contraponen a la de derecho, pues mientras en esta última la actuación o decisión lo es ajustada a la ley –ley en sentido amplio–, e implica dentro de ello la consideración y respeto a los derechos de las personas, en aquella la característica es la arbitrariedad, que no es otra cosa que lo que no está referido a la ley, o por fuera de las facultades normativas; lo “grosero” en lugar de lo no ajustado a la ley; en otros términos, el olvido del cauce regular impuesto por el sistema, para en su lugar atender el capricho del actor.

En el caso concreto, se trata de la conducta realizada por el hoy procesado, consistente en abofetear al subalterno, en el desarrollo de una formación. Para discernir acerca de la categorización a vía de hecho, es imprescindible referir a la disciplina como instituto doctrinario.

La Ley 836 de 2003, por la cual se expidió el reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, expresa que la disciplina es una condición esencial para la existencia de toda Fuerza Militar, y ella consiste en mandar y obedecer dentro de las atribuciones del superior y las obligaciones y deberes del subalterno. Agrega que tiene como atributo el que contrarresta los efectos disolventes de la lucha, crea íntima cohesión y permite al superior exigir y obtener del subalterno que las órdenes sean ejecutadas con exactitud y sin vacilación. En este art. 17, también se consignó que ella “Implica la observancia de las normas y órdenes que consagra el deber profesional”.

Para el mantenimiento de la disciplina, reza el art. 23 de la misma obra, que ella se mantiene “cumpliendo los propios deberes y ayudando a los demás a cumplir los suyos”, y señala como destinatarios de su mantenimiento, a todos los miembros de las Fuerzas Militares, en forma proporcional a los deberes y obligaciones del grado y el cargo que desempeñen. Más adelante, preceptúa que el respeto mutuo entre superiores y subalternos es una obligación para todo el personal de las Fuerzas Militares, cualquiera que sea la repartición a la que pertenezcan, el sitio donde se encuentran y el vestido que porten.



Por su parte, “Disciplina”, según el Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima Segunda edición, es “1. Doctrina, instrucción de una persona, especialmente en lo moral” 2. Arte, facultad o ciencia. 3. Especialmente en la milicia y en los estados eclesiásticos secular y regular, observancia de las leyes y ordenamientos de la profesión o instituto (...)”. Entretanto, se puede leer en la Biblioteca jurídica Omeba, que “Razón le sobra a quien afirma que la disciplina es la base fundamental de los ejércitos; sin ella, podrá haber masas de hombres armados, pero no hay verdadero ejército. En aquellos pueblos que han desarrollado con más amplitud las instituciones militares se ha observado con más cuidado la conservación de la disciplina. Esta afirmación no significa que disciplina sea sinónimo imprescindible de crueldad y de terror, sino una lógica uniformación de los diversos ingredientes de una tropa, un sentido de responsabilidad que comienza en la más alta dirección y finaliza con las naturales declinaciones, en el soldado raso y una jurisdicción disciplinaria que haga respetar los principios y las reglas preestablecidas”. Y más adelante: “Ergo, el sentido más auténtico de disciplina militar no está precisamente en los castigos crueles e inhumanos, en el horror de los superiores, en los códigos implacables, sino en una necesaria compenetración de la función conferida a las armas, como custodias de la sociedad y aliadas de la democracia, como “un mal necesario” mientras la humanidad no logra aprender los beneficios de la paz y de la convivencia armónica”¹⁷.

Las anteriores anotaciones lo son con el fin de que sirvan a la Sala para determinar el alcance del bien jurídico de la disciplina, a fin de concretar la conexión de esta con las tareas encomendadas por el Constituyente a la Fuerza Pública principalmente las consagradas en los arts. 217 y 218 Constitucional, que le imponen a las Fuerzas Militares la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, y a la Policía Nacional, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. Así entonces, la Fuerza Pública, dentro del contexto de su misión, debe desarrollar multiplicidad de tareas, no solamente aquellas más cercanas a esta específica misión, sino todas aquellas necesarias para que esa misión pueda ejecutarse, como las de carácter meramente administrativo, logístico, de seguridad propias, etc.

Corolario de lo anterior, la disciplina entraña i) Observancia de la ley –en sentido amplio–; ii) Conciencia y respeto de la jerarquía militar o policial; iii) Cumplimiento de deberes; iv) Consideración y solidaridad hacia Superiores y Subalternos; v) Conformidad al ejercicio del mando, y vi) Compenetración con el servicio. En otras palabras, que el servidor público uniformado cumpla el compromiso adquirido, bajo las reglas que le impone ese particular servicio para el que tiene la potestad del uso de la fuerza, y cuenta con las armas que a los ciudadanos y a otros servidores públicos no se le encargan.

Si lo anterior es así, dentro de las tareas de un superior o comandante está la de procurar y persuadir a los subalternos en el cumplimiento de los servicios y tareas que se le deban imponer –u ordenar–, para lo cual inclusive tiene competencia para impo-

ner sanciones, de acuerdo a lo reglado por la ley. Por su parte, dentro de las previsiones o régimen diario interno, múltiples son las acciones y decisiones que debe tomar para lograr el cumplimiento de las órdenes, dentro de lo cual necesariamente debe verificar y verificar la obra final o el objetivo propuesto; se ve compelido a insistir, persuadir, hacer llamados de atención; en ejercicio de la flexibilidad, adecuar, hacer seguimientos, impartir nuevas órdenes y, en fin, adentrarse en el servicio mismo para satisfacer lo que se le ha demandado por la comunidad militar, que resultado de lo demandado por la Nación y por el ciudadano, que espera por parte de la Fuerza Pública la defensa del sistema instituido en la Carta Política. Pero, dentro de ello debe hacer gala de los presupuestos enunciados anteriormente, de tal forma que si se presentare una salida de tal cauce, se verá obligado a explicar –rendir cuentas–, y en su caso a recibir reproche de sus superiores y subalternos. Por lo anterior, si se desconocen los presupuestos indicados, se podrá afirmar que se está ante una vía de hecho, pues no respondería a lo que la ley y la sociedad esperan del servidor público uniformado”. **(Rad. 156959, mayo 17 de 2011, M.P. CN. (r). JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**



AUTO DE APERTURA DE INVESTIGACIÓN

Irrevocabilidad

“El señor Defensor solicita se revoque el auto por medio del cual se dio inicio a la formal investigación en contra de H.S.H. por la presunta comisión del punible de Prolongación ilícita de privación de la libertad.

Finaliza indicando que de las nuevas pruebas se reafirma la atipicidad de la conducta, por ello solicita a esta Corporación, revocar el auto de apertura del proceso toda vez que no se encuentra ejecutoriado formalmente, no reuniéndose los presupuestos para vincular en indagatoria a la oficial, pues los hechos nuevos surgen del debate probatorio ex post al auto de apertura del proceso penal y hacen viable la revocatoria del proveído de fecha 13 de agosto de 2009, reiterando que como no se ha cobrado ejecutoria material, puede ser objeto de revocatoria, toda vez que no se ha producido legalmente su vinculación y resuelta su situación jurídica, por ende la consecuencia será la expedición de una providencia inhibitoria.

Es precisamente durante esta etapa donde en ejercicio de la acción penal, a través de la recaudación de pruebas, se verifican los hechos, la conducta, los autores y partícipes y su responsabilidad, por esta razón, en esta fase legal no es viable ni procedente revocar el auto de apertura de investigación, pues la consecuencia atendiendo la preclusión de las etapas procesales, no puede ser otra distinta que la cesación de procedimiento si hay mérito para ello, una vez vinculado el sindicado y resuelta su situación jurídica, o bien absuelto mediante sentencia o vencido en juicio, una vez en firme y debidamente ejecutoriadas estas decisiones.

Es diáfano que el auto de apertura de la investigación penal es una providencia de simple impulso procesal como lo consagra el artículo 467 de la Ley 522 de 1999.



Esta providencia que si bien debe formalmente comunicarse, no admite recurso alguno. En materia de su revocatoria, algunos doctrinantes la admiten para casos excepcionales como el haber sido proferida por funcionario incompetente o cuando se abre sin que la persona se encuentre plenamente identificada o individualizada. En el evento sub examine no prospera su revocatoria por las razones que aduce la defensa.

El hecho y las circunstancias de que surjan nuevas pruebas como lo pretende hacer ver el memorialista, no constituyen per se causa para revocar el auto de apertura de investigación, por ende estos aspectos los tiene en cuenta y valora el funcionario precisamente en la diligencia de indagatoria y al momento de resolver provisionalmente la situación jurídica, pues pretender, como se indicó anteriormente, retrotraer a la indagación preliminar la actuación, es atentar contra el principio de preclusión de las etapas procesales; por este motivo se han previsto sistemas que regulan las formas y el contenido de los actos procesales y cómo se deben rituar, pues claro es que no puede existir el acto procesal si no tiene existencia ontológica, empero, a su vez existe el sistema de la libertad de formas donde se fijan los parámetros dentro de los cuales el acto procesal debe ceñirse, aspecto que tiene que ver con la efectividad del derecho, las garantías procesales y de instrumentalidad en virtud del cual los actos son válidos y tienen eficacia cuando constituyan un medio apropiado para conseguir su finalidad, que en últimas es hacia donde tienden dichos actos, como el que es objeto de petitum de revocatoria.

Se suma a lo anterior el orden que deben tener los actos procesales, que en su conjunto se denomina procedimiento y que implica una sucesión de actos, en el entendido que uno debe ir antes o detrás de otro, lo que es un límite que ha tenido en cuenta el legislador al momento de estructurar el proceso penal.

La preclusión es uno de los principios que rige el proceso y se funda en el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la cláusula definitiva de cada una de ellas, imponiéndose el regreso a momentos procesales ya extinguidos y consumados, esto es, en virtud del principio de la preclusión, liquidada o ejecutada la oportunidad procesal para realizar un acto, este ya no podrá ejecutarse nuevamente". (Rad. 156089, 22 de noviembre de 2010, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).



AUTO DE APERTURA DE INVESTIGACIÓN

La ausencia de comunicación del inicio de investigación no siempre genera nulidad

"Antes de hacer el estudio de las vulneraciones dentro de la actuación, es necesario indicar que la Sala en este caso en particular no considera que deba decretarse la nulidad a partir de los actos siguientes al auto de apertura de investigación tal como lo predica la Representante del Ministerio Público, por la omisión del instructor de comunicar al procesado el inicio de la misma.

Se llega a este razonamiento, por cuanto si bien es cierto, es ineludible que se entere oportunamente al procesado que en su contra se inicia una pesquisa para que a partir de ese conocimiento empiece a construir su estrategia defensiva; sin embargo, tal desacato no vulneró el derecho de defensa del procesado, en la medida que el Juez Instructor solo allegó un mínimo probatorio, que de plano no le impedía ejercer posteriormente su derecho de contradicción, pero en su lugar, como se explicará más adelante, se evidencia la abulia por parte de los funcionarios que tuvieron a cargo la investigación al no tratar de cumplir con la finalidad del proceso descrito en el artículo 460 del Código Penal Militar y el desacato a la realización de una investigación integral según los lineamientos del canon 469 ibídem, es decir, buscar con igual esmero tanto los hechos y las circunstancias favorables y desfavorables a los intereses del procesado.” (Rad. 156906 del 30 de mayo de 2011, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).



AUTO QUE RESUELVE SITUACIÓN JURÍDICA

No es un escrito de libre elaboración

“Con criterio que no admite duda en torno al deber de fundamentar toda decisión judicial el artículo 523 del ordenamiento penal militar que rige este trámite, señala la obligación del juez para evaluar las pruebas en que funda su decisión; tal valoración debe hacerse a través de un proceso que respete los postulados de la sana crítica y despliegue los argumentos que en cada caso, individualmente, considerada la prueba, constituyan el indicio grave en su contra, luego de la confrontación con el restante material probatorio, análisis de conjunto, sobre la materialidad de la conducta y la responsabilidad o no que es dable atribuir al sindicado. En conclusión, el auto que resuelve la situación jurídica no es un escrito de libre elaboración.

Además de lo que se viene diciendo, hay que reiterar y resaltar que tratándose del auto que resuelve la situación jurídica provisional, el funcionario judicial debe realizar un análisis de cada uno de los fines para imponer la medida de aseguramiento: i) la necesidad de asegurar la comparecencia del sindicado al proceso, ii) la continuación de su actuar delictual o iii) las labores que emprendan para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción, circunstancias que deben ir siendo investigadas por el operador judicial durante todo el proceso, para que al momento de resolver la situación jurídica, puedan ser analizadas de fondo y concluir si procede o no, la detención preventiva...” (Rad. 156824, 26 de enero de 2011, M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).





DEFENSOR CONTRACTUAL O DE CONFIANZA

La sustitución del defensor de confianza por uno de oficio, sin consentimiento del procesado, puede llegar a vulnerar el derecho de defensa

“Observa la Sala que efectivamente debe decretarse nulidad de la actuación a partir inclusive de la audiencia de corte marcial, por cuanto el juez primario, olvidó que dentro de las garantías procesales que consagra el artículo 29 de la Carta Política, se encuentra el derecho a estar asistido a lo largo de la actuación por un abogado escogido libremente, pese a ello, desplazó su defensora contractual, valga la pena resaltar, quien lo representa desde los albores de la investigación, pues nótese que lo asistió en la diligencia de indagatoria, fue notificada personalmente de decisiones trascendentales dentro del proceso como la resolución de situación jurídica provisional¹⁸, calificación del mérito sumarial¹⁹, también ha tenido participación activa dentro del mismo, como puede observarse a folio 60 donde solicitó pruebas, denotándose claramente que la profesional del derecho conocía el sumario y por lo tanto para el estadio procesal en que fue delegada por un defensor de oficio, esto es, para la vista pública, probablemente ya tenía marcada su estrategia defensiva.

Situación esta que no podía ser desconocida por el Juez de Instancia, puesto que como acertadamente lo señaló la defensora informó un día antes de la realización de la audiencia que se encontraba incapacitada y que por esta razón no podía asistir, entonces el funcionario judicial como garante de los derechos fundamentales de los procesados debió aplazar la audiencia, máxime si se tiene en cuenta que la excusa otorgada por la EPS, lo era únicamente por el lapso de tres (3) días, sin embargo, desatendiendo el precepto constitucional ya referenciado, designó defensor de oficio, sin tener en cuenta que ya el procesado contaba con un defensor escogido voluntariamente.

Con lo anterior, no se quiere desconocer que existen eventos donde sí es factible reemplazar el defensor de confianza por uno de oficio, sin que se quebrante el derecho de defensa técnica del procesado, no obstante, el sub judice no es ese caso, pues nótese que no obra dentro del proceso renuncia al cargo por parte de la profesional del derecho, lo que presentó la DRA. A.S.E. al despacho fue un certificado de incapacidad médica, proferida por SALUDTOTAL, es decir, una excusa válida de no poder asistir a la audiencia pública, de otra parte, tampoco se aprecia revocatoria al poder por parte del procesado, situaciones particulares donde sí hubiera sido válido nombrar defensor de oficio para el desarrollo de la corte marcial en aras de cumplir con los principios de celeridad y economía procesal, claro está, si el procesado así lo manifiesta, pero obsérvese que ni siquiera se interrogó al policial si ante la ausencia justificada de su defensora, deseaba elegir otro abogado de confianza o prefería que el despacho le nombrara uno de oficio.

También sería de recibo para la Sala, la designación de defensor de oficio por parte del Juez de Instancia, si se entrevistó dentro del proceso por parte de la abogada contractual, situaciones que buscan dilatar u obstruir el sumario y lograr con ello que se presente el fenómeno jurídico de la prescripción, pero se repite no es este el

¹⁸ Folio 60.

¹⁹ Folio 209 reverso.

evento, hasta este episodio procesal no se aprecian propósitos mal intencionados por parte de la profesional del derecho.

(...)

Pero si ante la ausencia justificada de la defensora a la vista pública, lo querido por el funcionario instructor era darle continuidad al procedimiento, aunque se reitera la incapacidad médica lo era por el término de tres (3) días, lapso que culminaba precisamente el 03 de junio de 2010, día en el cual se llevó a cabo la audiencia; el Juez antes de adoptar esa medida debió interrogar al procesado sobre si su voluntad era nombrar otro defensor de confianza o que el despacho le designara uno de oficio, ello sumado al hecho que tampoco el policial compareció a la realización de esta audiencia”. (Rad. 156659, 31 de enero de 2011, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).



DEL CENTINELA

El servicio del centinela requiere de una designación que debe hacerse en forma previa y con las formalidades de ley, para un período de 24 horas como máximo y su personal debe mantenerse siempre en tal grado de alistamiento que pueda emplearse con sus armas tan pronto como sea requerido

“Respecto al primer asunto, argumentó su postura el apelante en el conocimiento que dijo tener el investigado del turno de centinela que debía cumplir, conocimiento que adquirió en formación, considerando que el indagatorio debía pasar al área de descanso a fin de esperar el momento de recibir el turno de acuerdo a la orden del día, pero que al evadirse antes de recibir el mismo para dedicarse a la ingesta de bebidas embriagantes, indica que el uniformado no había recibido el servicio y por lo tanto, debía permanecer en el área destinada para el descanso, hallándose de facción por lo que al haberse retirado de allí abandonó el puesto.

Para resolver la solicitud que en ese sentido realiza el Ministerio Público, tenemos que analizar la clase de servicio para el cual estaba designado el procesado, encontrando que de acuerdo a la orden del día 081 que nombró los servicios nocturnos para el día 21 de junio de 2010 en el Comando de la Compañía Ballesta Dos perteneciente al Batallón contra el Narcotráfico No. 3²⁰ en Caucasia (A), que este uniformado había sido destinado para prestar de centinela de helicópteros en el turno de 02:45 a 04:30 horas e igualmente de ranchero de 14:00 a 16:00 horas.

El servicio de centinela dentro de los servicios de guardia de una unidad, requiere de una designación que debe hacerse en forma previa y con las formalidades de ley, para un periodo de 24 horas como máximo y su personal debe mantenerse siempre en tal grado de alistamiento que pueda emplearse con sus armas tan pronto como sea requerido²¹, lo que implica una disponibilidad permanente y continua,

20 FI.7 y vto. C.C. Orden del día 081 del 21 de junio de 2010 de la Compañía Ballesta del Batallón contra el Narcotráfico No. 3.

21 Reglamento de Servicio de Guarnición. Disposición 010 de 1982. Imprenta y Publicaciones de las Fuerzas Militares.



periodo dentro del cual se establecen turnos periódicos. Se distinguen entonces intervalos de reanimación o alistamiento con lapsos de efectiva vigilancia, y conceptos de facción y de servicio, entendiéndose el primero como la “Función determinada dentro de los servicios de seguridad y vigilancia”²².

Precisado lo anterior, y analizado el servicio que debía prestar el procesado, tenemos que si bien se trató de servicio de centinela, no fue un nombramiento para un periodo de varias horas como se establecen en los reglamentos para un servicio de guardia, ni tampoco fue rotativo entre las 18:00 a 06:00 horas en que los nombraban, lo que implicaba que ese nombramiento lo fuera solo para ese turno, el que prestado agotaba el servicio y a parte de él no se cumplía ninguna clase de disponibilidad que se derivara de ese servicio, además que el otro servicio designado (el de ranchero) en modo alguno puede equiparse con uno de seguridad y vigilancia que nos permitiera hablar de un servicio rotativo y por ende de una disponibilidad para un alistamiento o preparación.

Lo anterior nos está indicando que ese servicio no puede equiparse a un servicio normal de centinela dentro de la guardia de una unidad, nombramiento y servicio que se encuentra revestido de unas características especiales que no se reúnen en el caso de estudio, como se explicó.

En ese orden de ideas, si el artículo 124 del Código Penal Militar, que contempla el delito de abandono del puesto, prevé que incurre en él quien estando de facción o de servicio se embriague, para el caso de autos si bien el procesado aceptó haber ingerido bebidas alcohólicas, tenemos que lo hizo fuera de su turno, cuando no se encontraba ni de facción ni de servicio, y por tal motivo no podía incurrir en el tipo penal de abandono del puesto, contrario a lo afirmado por quien recurre.

Lo anterior nos permite pregonar válidamente que el delito a imputar a C.P. en efecto sea el de desobediencia, como bien lo acertó en manifestar el instructor en el auto recurrido, toda vez que existiendo una orden clara, precisa y concisa, contenida en una orden del día y referida a la prestación de un servicio, la que había sido informada oportunamente, la incumplió al no acudir a la hora indicada para prestarlo”. (**Rad. 156673, 31 de enero de 2011, M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión**).



DELITO IMPRUDENTE

Precisión del esquema posfinalista normativo dispuesto en la Ley 1407 de 2010

“Con evidente carencia de técnica el disidente en el recurso fusiona la atipicidad por ausencia de conducta con la causal de ausencia de justificación y de responsabilidad sin precisar el esquema de delito que pretende, ni la solución que propone, sino que refiere, a manera de citas, disímiles hipótesis en la búsqueda que una de ellas cristalice

²² Disposición 010 de mayo 24 de 1982, por la cual se aprueba el Reglamento de Servicio de Guarnición de las Fuerzas Militares.

su pretensión, pero su línea argumentativa conlleva a una total asistematicidad. La propuesta finalista que proclama la defensa apunta más al análisis del fenómeno doloso, por lo que cae en un error al aspirar con su demostración que el sujeto del conocimiento varíe el objeto del conocimiento, lo que riñe no solo con el esquema planteado sino con la realidad probatoria, lo atinado corresponde es al sendero de la culpa, elemento del tipo por el que fue acusado, juzgado y condenado el IT. D.

Sin duda el significativo aporte del finalismo y su evolución posterior corresponde al haber subjetivado el injusto y normativizado la culpabilidad, por ello hemos dicho que en la nueva construcción de una teoría del delito ajustada al programa constitucional, el injusto no se explica solo a partir del nexo causal sino que se requiere de la verificación del elemento normativo, aspecto que desatendió el IT. D.C, como se indicó en precedente acápite. En cuanto hace al instituto de la culpa, en esta línea de pensamiento la acción se dirige hacia la concreción de un resultado jurídicamente irrelevante, pero, por causa de la vulneración o defraudación del deber objetivo de cuidado observable en el ámbito del tráfico social, en particular aquel que demanda conocimiento especial como el policial; por lo que la acción del IT. D. termina ocasionando un resultado socialmente dañoso.

En este orden de ideas, en el delito imprudente se estudian dos aspectos: en el ámbito del injusto se analiza si la conducta infringió el deber objetivo de cuidado, en tanto que en la culpabilidad se valora si el autor en concreto, de acuerdo con sus capacidades individuales, podía cumplir con el deber de cuidado, y así poder efectuar un reproche en su conducta. Para la Sala el Intendente D. sí tenía habilidad personal para haber observado dicho deber, es que como se ha anotado, la intervención de D. en estos hechos obedece a que se le encomendó la conducción de R, no con el propósito de indagar su historial penal, pues ya se conocía, sino para entregarlo a la autoridad que lo requería a fin de dar cumplimiento a una pena impuesta que ya estaba ejecutoriada, tanto que constituyó antecedente.

Se equivoca el recurrente cuando pretende construir su tesis a partir de que el dolo de un tercero exonera la conducta de su prohijado, tal postura se encuentra totalmente revaluada de la moderna teoría del delito, particularmente cuando quien lo reclama ha creado resultados antijurídicos. Por supuesto que le era exigible a D. un deber específico de cuidado, por su conocimiento especial, para conducir un individuo como este, a fin de evitar su fuga, aspecto que era en la simple lógica totalmente previsible y resistible..." (Rad. 155079, febrero 4 de 2011, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).



DESERCIÓN

Término de prescripción de la acción penal frente al contenido de la Ley 1407 de 2010

Así las cosas, y aplicados los derroteros sentados en precedencia a la investigación penal adelantada contra el señor AB. J.D.R.C por el delito de Deserción,



tenemos que la primera condición para la aplicación del principio de favorabilidad se cumple, por cuanto la figura de la prescripción de la acción penal se encuentra regulada en las Leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010; mas lo mismo no acontece respecto del segundo supuesto, puesto que existen diferencias en los presupuestos fáctico-procesales previstos en dichas codificaciones.

(...)

De donde aflora, que respecto al instituto de la prescripción de la acción penal previsto en las dos normatividades, la dificultad de aplicar el principio de favorabilidad resulta del preciso momento de interrupción del termino prescriptivo de la acción penal, ya que, mientras que en la anterior legislación Penal Militar –Ley 522 de 1999–, la causa de interrupción es la resolución de acusación debidamente ejecutoriada o en el procedimiento especial que es el procedimiento aplicable al reato de deserción, con la ejecutoria formal del auto que declara la iniciación del Juicio; tenemos que en la ley 1407 de 2010 –nuevo Código Penal Militar–, lo es, pero con la formulación de imputación.

En consecuencia, no existe un asomo de duda para predicar la diferencia sustancial que gravita entre la ejecutoria de la resolución de acusación o la ejecutoria formal del auto que declara la iniciación del juicio, según sea el caso, y la formulación de Imputación, pues ambos escenarios pertenecen a etapas procesales diferentes y consecuentemente, por tener distinto alcance hacen inverosímil la aplicación del principio de favorabilidad, porque de ser así se resquebraja el sistema”. **(Rad. 156775, 7 de febrero de 2011, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE. Segunda Sala de Decisión).**



DESERCIÓN

La indebida incorporación no genera automáticamente la atipicidad de la conducta

“La defensa, se dijo atrás, insinuó en la audiencia pública y lo reiteró en el recurso de apelación, la posibilidad de configurar una indebida incorporación, lo cual tampoco es de recibo para este Colegiado, habida cuenta que si era hijo único o padre de una menor, y por ello no estaba obligado a prestar el servicio militar, debió manifestarlo en forma clara y expresa en el momento de la incorporación, y en el presente caso, los documentos de incorporación, son prueba suficiente para demostrar la calidad policial del procesado, y en su contenido quedaron concretados y supuestos todos los pasos que la ley exige para adquirir tal condición, entre los que se incluye que al momento de la incorporación no esté amparado por ninguna causal de exención, los cuales el procesado diligenció con su puño y letra, y en ninguna parte hizo saber a las autoridades militares que tenía alguna causal de exención, y por el contrario guardó absoluto silencio, así se evidencia del contenido de su indagatoria, en la que dijo:

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia nacional²³, la demostración posterior de alguna irregularidad en el proceso de incorporación, aunque debe producir

²³ Corte Suprema de Justicia, proceso 17080, 24 de enero de 2001. M.P. Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGÓ.

responsabilidad administrativa, disciplinaria o penal para el respectivo funcionario de reclutamiento, no genera per se atipicidad de la conducta delictiva de desertión, porque el hecho se comete bajo la presunción de una regular incorporación y en el ejercicio real de esa condición, sin perjuicio obviamente de examinar la incidencia de ese estado precedente y las circunstancias que rodearon al sujeto al momento de decidir su comportamiento presuntamente delictivo, con el fin de determinar si concurre alguna causal de ausencia de antijuridicidad material o de inculpabilidad, que como se acaba de anotar, eso no se presenta en este caso.” **(Rad. 156867, 10 de febrero de 2011, M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**



DESERCIÓN

La obligación derivada del artículo 251 del Código Civil, puede constituir causal de ausencia de responsabilidad penal

“De la reseña testimonial refulge evidente que el comportamiento del soldado A.H. es típico frente al punible de desertión, en la medida en que de ellos se deriva que este de manera consciente y voluntaria, se ausentó de la unidad militar en la que debía permanecer recibiendo entrenamiento, por más de cinco días.

Sin embargo, dicho comportamiento, como acertadamente lo plasmó el funcionario de primer grado, en la providencia recurrida, se encuentra amparado por la causal de justificación del estado de necesidad, prevista en el artículo 34.5 del Código Penal Militar, como quiera que aunque conocía que su conducta era constitutiva de infracción a la ley penal militar, y no obstante, decidió por su realización, ello obedeció a la necesidad de proteger su núcleo familiar, madre y menores hermanos, que sufrían una situación de abandono, por la dejación de que fueron objeto por parte del padre del hogar, lo cual los colocaba en situación de peligro inminente.

Es decir, SL. A.H. tuvo, como lo manifestó en su injurada, y lo confirmó su progenitora y tío paterno, que asumir un rol de cuidado y protección para con aquella y sus menores colactáneos, que dicho sea de paso, también era su obligación legal, conforme lo prevé el artículo 251 del Código Civil Colombiano²⁴, testimonios que para la Sala, en este caso particular, por su espontaneidad, coherencia y lógica con otros medios de convicción merecen total credibilidad, y son suficientes para dar por demostrada la causal justificativa, debiéndose aclarar que para la comprobación del estado de necesidad no era necesario que se demostrara que la familia del encartado estaba en condiciones de precariedad, porque de la lectura de la norma que prevé el estado de necesidad, se infieren unos requisitos sustanciales, bastante acreditados en este caso...” **(Rad. 156855, 28 de febrero de 2011, M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**



24 “Aunque la emancipación dé al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitare sus auxilios”.



DESISTIMIENTO

Aplicación en la legislación penal militar, con respecto al delito de lesiones

“...7.1.3. Delitos que requieren querella: Sea lo primero señalar que la norma penal militar no prevé qué delitos son querellables y ante tal vacío, sí opera el principio de integración, para lo cual debemos acudir a la distinción que sobre el tema trae tanto el artículo 35 de la Ley 600 de 2000 como el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, de los contenidos de estas normas, desde ya, es fácil anunciar que las lesiones sufridas por el señor AB. O.A.O.Z. no se enmarcan dentro de los presupuestos para que pueda calificarse como un delito querellable.

(...).

Resulta entonces, que el criterio jurisprudencial señala que la querella es un requisito de procedibilidad de la acción penal y no constituye en sí mismo un elemento del delito, de manera que al ser la acción penal pública, lo correcto es hablar de delitos perseguibles de oficio o de delitos perseguibles a instancia de parte, sin embargo, es acá donde se debe tener claridad, que en la ley procesal penal ordinaria sea que la acción se iniciare de oficio o sea que se iniciare a petición de parte, lo cierto es, que el ritual procedimental es el mismo. Y en ese orden de ideas resultan viables la aplicación de los institutos de conciliación, desistimiento por pago de perjuicios y aplicación del principio de oportunidad, pues ellas, son figuras propias de aquel procedimiento penal ordinario.

Resulta entonces, que es viable que una acción penal no requiera necesariamente llegar a la sentencia cuando aquella se haya iniciado de oficio, y que opere el fenómeno del desistimiento siempre y cuando el tipo penal sea de aquellos denominados querellables y bajo tal entendido es que se aplica la norma denominada beneficio y reparación del ofendido en los precisos términos del artículo 2º de la Ley 1142 de 2007, es en este sentido que se debe comprender que hay algunas acciones penales que a pesar de haberse iniciado de oficio pueden ser finalizadas en beneficio del procesado como consecuencia del desistimiento por parte del ofendido al haber sido reparado.

Realizadas las anteriores precisiones, sean esas las razones por la que se comparte el argumento de la señora Juez de Primera Instancia y que no es otro que a partir del entendido que las lesiones sufridas por el AB. O.A.O.Z. no son las que la norma penal ha denominado querellables, consecuencia de ello, la norma penal militar que contempla la figura del desistimiento lo hace solo para los delitos querellables. Adicionalmente, en el rito procesal penal militar también se contempla la figura de la conciliación, inclusive es un requisito de procedibilidad de la acción, pero esta figura solo se aplica cuando se trate del procedimiento penal militar especial, que solo opera en el caso de las lesiones personales para aquellas que no superen 30 días de incapacidad y no tengan secuelas. De manera que en el caso sub júdice al no ser un delito querellable no procede el desistimiento contemplado en el artículo 80 del Código Penal Militar, al mismo tiempo que no procede la conciliación al no ser un delito gobernado por el procedimiento especial.” (Rad. 156819, 28 de febrero de 2011, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).



DETENCIÓN PREVENTIVA

Los fines de la medida de aseguramiento en delitos típicamente militares. Valoración del tipo objetivo penal militar, el bien jurídico tutelado y el destinatario de la norma

“Por expresa voluntad del legislador, los requisitos dispuestos en el precitado canon 466 no son acumulativos, es decir, no tiene que demostrarse las tres exigencias sino alguna de ellas. Sin duda la restricción de un derecho fundamental no es un aspecto que encuentre su fin en la Ley, sino que el límite de entendimiento y afectación lo está en la Carta Magna y el Bloque de Constitucionalidad, por lo que hoy no se puede privar de la libertad con el lábil argumento en que se fundan los presupuestos meramente formales, además debe demostrarse que la detención persigue un fin constitucional, v. gr., la justicia, el cual no se alcanzaría sino afectando el derecho fundamental.

Anteriormente, la Ley procesal atendía únicamente lo que se infería de la prueba como hipótesis de una presunta responsabilidad y sustento suficiente para detener, como acontece con la exigencia de un indicio grave o dos; de igual manera se tenían en cuenta criterios netamente objetivos, como era la clase de delito y el límite punitivo, y de otra parte opiniones que apuntaban a la personalidad del procesado, lo que sería regresar al derecho penal de autor, concepto actualmente superado y revaluado; hoy en día el análisis debe versar en el test de proporcionalidad que concita tres subprincipios, como son: adecuación, necesidad y proporcionalidad, como acertadamente lo refiere la defensa, por lo que, la procedencia de la medida de aseguramiento ya no está circunscrita a la clase de delito y valoración de pruebas, sino que además, resulta indispensable el examen de los fines constitucionales y legales establecidos para la detención preventiva; máxime cuando de forma imperativa así lo consagran los artículos 466 y 467 de la Ley 1407 de 2010.

(...).

Hemos referido qué razón le asiste a la defensa cuando reclama la valoración de los fines de la medida restrictiva, pero se equivoca es en la apreciación del test de proporcionalidad que debe hacerse en el caso que nos ocupa de cara a la naturaleza de la ley penal militar, el bien jurídico tutelado y el destinatario de la norma. El procesado Rentería ha sido vinculado por los delitos de Ataque al superior y lesiones personales, fenómeno concursal heterogéneo en el que se destaca aquel punible, descripción comportamental que busca proteger la disciplina militar y policial, siendo esta un bien jurídico fundamental, trascendental, con vocación institucional, no personal; tutela que se alcanza al penalizar conductas como la desobediencia, la insubordinación, el ataque a inferiores o superiores y la amenaza. La disciplina, ni más ni menos, permite que se mantenga cohesionada y ordenada la Fuerza Pública, evita su disolución, garantiza el cumplimiento de fines superiores de alto valor (arts.: 2, 217 y 218 C.N.), no solo para la comunidad militar sino para la sociedad en general.

(...)

El Ataque al Superior, como acontece con el Ataque al Inferior, son injustos que vulneran la disciplina, por lo que se erigen en altamente graves en la organización



y estructura de la Fuerza Pública, corresponden a descripciones comportamentales que tienen la entidad de resquebrajar efectivamente el orden; con actuaciones como la desplegada por quien hoy es materia de examen, se afectan seriamente intereses colectivos, reiteramos, como lo es la disciplina en una institución y organización, premisa que tiene vigencia en escenarios donde por excelencia predomina el interés general. Es necesario que la sociedad militar conviva en su interior disciplinada, cohesionada, ordenada, en condiciones óptimas de coexistencia, porque ello se traduce en preservación de la estructura, jerarquía, subordinación; solo así se alcanza eficazmente el éxito y por ende el cumplimiento de las finalidades constitucionales a las cuales se debe la Fuerza Pública. En suma, la disciplina contribuye a la legitimidad, integridad, seguridad e interés de las Fuerzas Militares y de Policía; propósitos que no solo se reclaman, dentro del concepto de interés general en la colectividad “Fuerza Pública”, sino en la sociedad en general.

(...).

En este orden de ideas, conductas como la endilgada al procesado, en la que se compromete la disciplina e integridad personal de un individuo, permiten elaborar el juicio certero de peligro a la comunidad, entendido en la forma y términos señalados en precedencia y atendiendo la gravedad del hecho. Sobre este tipo de problema jurídico, esta Sala ya había fijado su criterio en providencia del dos (02) de marzo adelante, radicado número 156894...” (Rad. 156920, abril 4 de 2011, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUAREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).



DETENCIÓN PREVENTIVA

El funcionario judicial debe abstenerse de imponer medida de aseguramiento, cuando la misma no responda a los fines señalados en la Ley

“Resulta oportuno recordar que la afectación de un derecho fundamental no es un aspecto que encuentre su fin en la Ley, sino que el límite de entendimiento y menoscabo está en la Constitución y el Bloque de Constitucionalidad, hoy no se puede privar de la libertad con el lábil argumento en que se fundan los presupuestos meramente formales, sino que debe demostrarse que la detención persigue un fin constitucional (la justicia), el cual no se alcanza sino afectando el derecho fundamental. Anteriormente, la ley procesal atendía únicamente lo que se infería de la prueba como hipótesis de una presunta responsabilidad y sustento suficiente para detener, como acontece con la exigencia de uno o dos indicios graves; de igual manera se tenía en cuenta criterios netamente objetivos, como era la clase de delito y el límite punitivo, y de otra parte razonamientos que apuntaban a la personalidad del procesado, lo que sería regresar al derecho penal de autor, tema actualmente superado y revaluado; hoy en día el análisis debe versar en test de proporcionalidad que concita tres subprincipios como son: adecuación, necesidad y proporcionalidad, por lo que, la procedencia de la medida de aseguramiento ya no está circunscrita a la clase de delito y valoración de pruebas, sino que además, resulta indispensable el examen de los fines constitucionales y legales, establecidos para la detención preventiva; máxime cuando de forma imperativa así lo ordena el artículo 466 de la Ley 1407 de 2010, norma aplicable por principio de favorabilidad.

Dicho principio se encuentra dispuesto en los artejos 11 de la Ley 522 de 1999 y 8º de la Ley 1407 de 2010; así mismo, el instituto de la detención preventiva está regulado en las dos legislaciones, pero siendo más garantista y de suyo más benéfico lo regulado en el nuevo Digesto Punitivo Castrense, visión que no puede dejar de lado lo establecido en el canon 93 Superior, que nos remite al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 15.1 en su parte final indica que si la ley posterior consagra una pena más leve, el reo será favorecido con los alcances de dicha norma. A su turno, el Pacto de San José de Costa Rica, cuyo artejo 9º en su último párrafo expresamente declara que debe aplicarse la sanción más leve si la nueva ley así lo prescribe. Así las cosas, la favorabilidad como parte integrante del debido proceso, es decir, como derecho fundamental, no puede tener restricción frente a los medios que la dinamizan, como son la ultractividad y la retroactividad, razón por la cual, para resolver el problema planteado por el recurrente, daremos aplicación a lo preceptuado en el canon 466 de la Ley 1407 de 2010 y Decreto 4733 de diciembre 23 de 2010.

Sostiene el impugnante que la medida procede por la naturaleza del delito y quantum de la pena cuyo mínimo imponible, dispuesto por el legislador, es de cuatro años de prisión conforme las voces del artículo 286 de la Ley 599 de 2000 y que ello es suficiente para decretarla, lo que tampoco resulta acertado si se tiene en cuenta que para que tenga aplicabilidad la detención preventiva, acorde con lo prescrito en el canon 313 de la Ley 906 de 2004, debe analizarse que la sanción mínima sea o exceda de cuatro años, tema que la Honorable Corte Suprema de Justicia ya resolvió al precisar que debe entenderse más de cuatro años, o lo que es cuatro años un día o más. (...)

Precisado que no es suficiente la demostración de la presunta autoría para detener al procesado, igualmente que la sola autoría o participación, per se, no justifica decididamente la restricción de libertad y dado que la limitación del derecho fundamental debe consultar un fin constitucional como lo es la justicia; se hace imperioso corroborar que de no encontrarse establecido el fin que se persigue con la afectación del derecho fundamental, lo razonable es no imponer la medida de aseguramiento. Proceder como lo plantea el disidente, resulta totalmente desafortunado, dado lo contradictorio del argumento. Parafraseando al profesor Manuel Atienza, cuando se pretende soportar una tesis debe atenderse fundamentalmente dos tipos de razones: explicativas y justificativas; las primeras tratan de dar cuenta del por qué se tomó determinada decisión, cuál fue la causa, qué la motivó, para qué y qué finalidad se persigue, vale decir, verificar las acciones humanas intencionales, cómo resolver, lo que presupone un fin. Las segundas están dirigidas a lograr que la decisión resulte aceptable y correcta. Por ello, en la lógica del discurso argumentativo no resulta coherente, aceptable ni correcto, como lo plantea el apelante, proponer que una cosa es y no es a un mismo tiempo, dar paso a tal afirmación es dar cabida a sofismas, sobre los cuales no se puede soportar una determinación.

Al advertir que en la imposición de la medida convergen presupuestos formales y materiales, que no pueden ser separados, mal se hace al considerar que resulta procedente desatender tales postulados, o que puede discurrirse el camino a la restric-



ción de libertad, pero morigerándolo, cuando se decreta la medida pero se otorga la libertad provisional o se sustituye por una detención domiciliaria, tal argumentación es totalmente asistemática de cara a lo vertido en precedentes acápite, Veamos:

Es equivocado afirmar que cuando se otorga la libertad provisional el derecho fundamental no es restringido, o cuando se dispone detención domiciliaria (no precedente en la jurisdicción penal militar) tampoco se está afectando el derecho; sin duda en las hipótesis planteadas por el recurrente hay un menoscabo del derecho a la libertad que, de cara al caso que ocupa la atención de la Sala, no encuentra sustento jurídico, ni respaldo probatorio que lo mantenga, máxime si se tiene en cuenta que, como acertadamente lo refirió la funcionaria instructora, el suboficial encartado no ha obstruido la justicia, a contrario, ha estado presto a los requerimientos que se le han hecho; no está demostrado, nada en lo actuado así lo sugiere, que sea un peligro para la seguridad de la sociedad, la Fuerza Pública, víctimas o testigos, o la propia investigación, o que no va a comparecer; lo que muestra el expediente es que N.R.C.A. ya no labora en el casino de oficiales, ni tiene acceso o control de eventuales medios de prueba, ha estado atento a los requerimientos y se desconoce de presiones o amenazas a testigos.

En igual sentido, tampoco es dable sustituir la medida o dar aplicación a lo preceptuado en el artículo 468 de la Ley 1407/10, pues tal decisión acontece en hipótesis diferente de no aplicación en el caso en estudio. Así las cosas, las pretensiones del impugnante no están llamadas al éxito, por lo que se confirmará el interlocutorio apelado, dejando claro que el procesado continúa vinculado a la investigación”. (**Rad. 156613, marzo 9 de 2011, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA. Cuarta Sala de Decisión**).



DETENCIÓN PREVENTIVA

En la justicia penal militar impera el deber de motivar la medida de aseguramiento de detención preventiva, a partir del análisis sobre su proporcionalidad

“Y es que recuérdese que las medidas de aseguramiento son una herramienta de tipo instrumental, que deben estar orientadas hacia el cumplimiento de unos fines constitucionales, que deben ser atendidos incluso, en tratándose de delitos típicamente militares, porque lo que se privilegia es la libertad del ser humano, como principio fundante del Estado Colombiano, enmarcado bajo los principios de un Estado social y democrático de derecho, para el cual la justicia penal militar no puede estar excepcionada, pues de conformidad con el artículo 116 de la Carta Superior, la justicia penal militar administra justicia, quiere ello significar que está sujeta a la estricta observancia de los preceptos constitucionales, debiendo garantizar también, los derechos fundamentales como el debido proceso, la libertad, la doble instancia, el reconocimiento de la dignidad humana, la *non reformatio in pejus*, etc.²⁵.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-1149 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería.

Desde este punto de vista, es claro que la Justicia Penal Militar debe respetar todos aquellos postulados que desde el preámbulo de la Constitución Política, protegen entre otros el derecho fundamental a la libertad personal, sin que sea posible crear excepciones como aquella de que con relación a los delitos típicamente militares, sí es posible afectar dicho derecho por encima de cualquier otra consideración. La regla general es una sola y es aquella que privilegia la libertad del ser humano, de tal manera que su restricción debe ser el fruto de un juicio de proporcionalidad serio y objetivo, conforme los criterios esbozados en la Sentencia C-774 de 2001²⁶.” (Rad. 156918, 11 de abril de 2011, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).



FABRICACIÓN, POSESIÓN Y TRÁFICO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO, MUNICIONES Y EXPLOSIVOS

Análisis de la estructura dolosa del tipo

“Téngase presente también, como ya se explicó en la estructura dogmática del punible de Fabricación, Posesión y Tráfico Ilegal de Armas de Fuego, Municiones y Explosivos, que se trata de un tipo de peligro, porque describe conductas que el legislador estima potencialmente lesivas anticipando así la protección al bien jurídico de la seguridad de la Fuerza Pública; y de un tipo de mera conducta, porque describe como punible el comportamiento del infractor independientemente de la producción de un resultado naturalísticamente entendido.

Y es aquí desde donde partimos por señalar, que desde el mismo momento en que los 867 cartuchos de munición calibre 22 mm., fueron hallados por el señor SLP. R.F.A.S. este tomó la decisión libre y soberana de conservarlos, es decir, de mantenerlos con ánimo de permanencia en su poder, con la intención de no despojarse de ellos, y de guardarlos para sí, por lo que no solo responde por el precitado objeto material del delito de Fabricación, Posesión y Tráfico Ilegal de Armas de Fuego, Municiones y Explosivos –867 cartuchos de munición calibre 22 mm.–, sino también por vulnerar el objeto jurídico del punible que se investiga, que no es otro, que la seguridad de la Fuerza Pública.

(...)

Por lo tanto, recordemos que se trata entonces de un punible de comisión dolosa, para lo cual es de señalar que el artículo 41 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999– establece que *“La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta al menos como posible”*, de lo cual se establece que el dolo comporta el conocimiento –saber– y la voluntad de la realización de los elementos constitutivos de la infracción penal; por lo que existe dolo, cuando el agente realiza la conducta tipificada en la ley, sabiendo que lo hace y queriendo llevarlo a cabo.



(...)

Tenemos entonces que la defensa apelante confunde en su alegato el dolo —como elemento del tipo subjetivo— con los móviles o motivos determinantes de la conducta; porque una cosa es la voluntad de “conservar la munición” y otra el ánimo exculpativo que exhibe el opugnador, en que supuestamente *“Con el proceder de mi defendido sucede todo lo contrario, piensa en el mismo momento del hallazgo en dedicar los elementos encontrados a la fabricación de artesanías y como tales ni siquiera los cuenta, los envuelve cuidadosamente y los envía a la señora GC a la ciudad de Melgar para que se los guarde”*²⁷; desconociendo que su prohijado tuvo como propósito fue el conservar sin permiso de autoridad competente a cualquier título 867 cartuchos de munición calibre 22 mm.

(...)

Téngase en cuenta que el dolo como manifestación del fuero interno del sujeto activo de la conducta punible, solo puede ser conocido a través de las manifestaciones externas de esa voluntad del SLP. R.F.A.S., previas, concomitantes y posteriores a los hechos dirigida a determinar ese fin, que son las que permiten a esta Sala concluir que la acción desplegada por el acusado ocurrió en la modalidad dolosa y no bajo el amparo de una ilusoria atipicidad de la conducta; pues el procesado libre y voluntariamente conocía de la ilicitud de la conducta y tomó la decisión de conservar en su poder y bajo su dominio 867 cartuchos de munición calibre 22 mm., demostrándose un estado intelectual y volitivo que va más allá de la simple observación objetiva de la equivocación.” (Rad. 152372, 28 de abril de 2011. M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).



FAVORECIMIENTO DE LA FUGA MODALIDAD CULPOSA

Elementos normativos del tipo —privación física de la libertad en virtud de decisión judicial— detención preventiva o sentencia condenatoria

“Lo único cierto y probado es que cuando se da la fuga el 11 de diciembre de 2008 del señor J.C.Q.R., a este aún no se le había impuesto medida de aseguramiento y menos se encontraba condenado, diligencia que solo se llevó a cabo hasta el día 29 de abril de 2009 cuando fue recapturado²⁸, contra quien se profirió condena²⁹; entonces estamos frente a un simple retenido y la norma exige que para que este delito se configure se debe estar frente a una persona a quien se le haya impuesto medida de aseguramiento o condena.

En esta perspectiva, para mejor entendimiento tiene presente la Sala, que para que se configure el favorecimiento en la fuga, este debe ser doloso o culposo, dándose el primero cuando el funcionario encargado de la vigilancia o custodia de un condenado, procure o facilite su fuga y, la segunda, que con tales verbos rectores,

²⁷ Ibidem.

²⁸ Folios 108-109 C.C.1

²⁹ Folios 166-1168 C.C.1 Audiencia de aceptación de cargos, individualización de pena y lectura de sentencia del 5 de junio de 2009.

por culpa dé lugar a su fuga, situación que no acontece en el presente caso, pues de las probanzas arrojadas al expediente se tiene que el citado J.C.Q.R., no reunía ninguna de estas condiciones, pues se refiere por tanto, que el sujeto que se encuentra en situación de detención o de condena esté sometido a una efectiva custodia por parte de la misma autoridad.

Es entonces imprescindible que la persona se encuentre privada de la libertad física en virtud de una decisión judicial, que en últimas puede ser la resolución de situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, o la sentencia condenatoria, excluyendo la posibilidad del simplemente capturado en situación de flagrancia, captura físicamente requerida o captura simple de indagatoria o de formulación de imputación. **(Rad. 155954, 30 de marzo de 2011, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**



FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

Este acto no puede equipararse a la resolución de acusación del procedimiento penal militar de la Ley 522 de 1999. Por tanto no puede aplicarse el término de prescripción de un año para el delito de Deserción, previsto en la Ley 1407 de 2010

“El recurrente en el escrito que sustenta el recurso de apelación, solicita *“... declarar prescrita la Acción Penal en el caso Sub examine y como consecuencia disponer su archivo.”*³⁰, pretensión que incoa bajo el único argumento que como para la data en que cobró ejecutoria la resolución de acusación, ya se hallaba en vigencia la Ley 1407 de 2010, debe aplicarse por favorabilidad el término de prescripción previsto en el artículo 76 de esta normativa, argumentos que fueron prohibidos por el Ministerio Público *ad quem*, luego, esos serán los aspectos a examinar, conforme al principio de limitación.

Previo al examen del auto impugnado bajo la lupa de los argumentos de la apelante, se hace necesario realizar algunas consideraciones de orden Constitucional, legal, dogmático y doctrinario sobre el principio de favorabilidad, que servirán de fundamento en la decisión que finalmente adoptará este colegiado.

Primeramente ha de destacarse que 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”*, garantía constitucional consagrada además como principio rector del derecho penal y como tal, de la ley punitiva castrense³¹, principio que hace parte esencial del derecho fundamental del debido proceso, por ende de aplicación inmediata, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 Superior.

30 Folio 217 c.o. 1.

31 Artículo 11 Ley 522 de 1999, artículo 8° de la Ley 1407 de 2010.



Este principio rector del derecho punitivo constituye una excepción al principio de legalidad según el 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 penal³² y constitucional³³, 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 objeto.

(...)

Así las cosas, si bien es cierto por regla general, conforme al principio de legalidad la ley penal rige hacia el futuro³⁴, 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.

En esta materia, preceptúa el artículo 8° de la Ley 1407 del 17 de agosto de 2010, “*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*”, garantía consagrada de manera idéntica en el artículo 11 de la Ley 522 de 1999, “*11. —Favorabilidad. En materia penal y procesal penal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quienes hayan sido condenados*”, 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.

Ahora bien, no basta que exista sucesión de leyes en el tiempo o coexistencia de estas, para que opere persé el principio de favorabilidad, vale decir su aplicación no es automática, pues se debe realizar el análisis respecto a cuál de las dos resulta aplicable, valoración que debe sujetarse a la verificación de las condiciones o presupuestos que se deben cumplir, los cuales básicamente se refieren a la regulación de las figuras en ambas leyes, presupuestos fáctico-procesales y el respeto por el sistema procesal al cual se da cabida el principio de favorabilidad, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia.

“(...)

Así las cosas, teniendo como fundamento las precisiones esbozadas en precedencia, la sala deberá concentrar su esfuerzo en el problema jurídico planteado por el apelante y cobijado por el Ministerio Público ad quem, la viabilidad de aplicar

32 Ver entre otras Providencias: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 14868, sentencia del 11 de agosto de 2004, M.P. Dr. ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO. Radicado 17358, sentencia del 28 de noviembre de 2002, M.P. Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGÓ. Radicado 2418 – sentencia del 25 de octubre de 2005 – M.P. Dr. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

33 Entre otras: Corte Constitucional sentencia C-581 del 6 de junio de 2001, M.P. Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA. Sentencia C-708 del 6 de julio de 2005, M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

34 Artículos 6° y 196 de la Ley 522 de 1999; 7 y 177 Ley 1407 de 2010; 7° de la Ley 599 de 2000; 6° de la Ley 600 de 2000; y 6° de la Ley 906 de 2004.

por favorabilidad el término de prescripción fijado para el delito de deserción en el inciso segundo del artículo 76 de la Ley 1407 de 2010, o si por el contrario, como lo sostuvo el a quo, el Fiscal del caso y el Ministerio Público de primera instancia en la audiencia de corte marcial, el término de prescripción que debe aplicarse es el previsto en el inciso segundo del artículo 83 de la Ley 522 de 1999, norma vigente al momento de la ocurrencia del hecho, para ello, este colegiado deberá realizar un estudio de este instituto de manera integral, en tanto que en su aplicación no puede desvertebrarse.

Prima facie, debe advertirse que efectivamente el instituto de la prescripción de la acción penal y de su interrupción se halla regulado en las Leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010, resultando idénticas en cuanto al término de prescripción general y la iniciación de este fenómeno, pero de manera específica varía sustancialmente en cuanto al término de prescripción del delito de deserción, pues mientras en la Ley 522 de 1999 prevé un lapso de dos (2) años, en la Ley 1407 de 2010 fija un término de un (1) año, texto que valorado de manera aislada, nos llevaría a inferir apriori, que resultaría más favorable para el procesado esta última codificación, no obstante, al examinar la etapa y el acto procesal a partir del cual se produce la interrupción de este fenómeno, encontramos que se evidencian diferencias sustanciales que hacen imposible su aplicación.

Prevé el artículo 86 de la Ley 522 de 1999, *“La prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación”*, mientras que la Ley 1407 de 2010, artículo 79, establece, *“La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación”*, correspondiendo entonces a dos etapas procesales diversas y dos actos procesales sustancialmente disímiles, pues mientras que en la primera la prescripción se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación, acto procesal que pone fin a la etapa de instrucción, en la segunda, se produce con la formulación de la imputación, que corresponde a un acto de vinculación formal al proceso con el cual se pone fin a la etapa preprocesal y da inicio a la fase de instrucción.

Se hace necesario precisar que mientras que *“La formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General Penal Militar comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez penal militar de control de garantías”* (artículo 444 Ley 1407 de 2010), la resolución de acusación es el acto procesal que pone fin a la etapa de instrucción, la cual una vez ejecutoriada da lugar a la iniciación del juicio correspondiente (artículos 482 – 485 Ley 1407 de 2010 – 554 – 558 Ley 522 de 1999), sin que exista identidad o similitud entre los dos actos procesales y mucho menos en la etapa procesal en que se producen.

Luego, si se trata de hallar similitud o identidad entre dos de los institutos previsto en las dos sistemáticas, tendríamos que la formulación de imputación (Ley 1407 de 2010) y la diligencia de indagatoria o la declaratoria de persona ausente (Ley 522 de 1999), por tratarse de actos procesales de vinculación de los investigados al proceso, guardarían una relación de proporcionalidad, en cuanto a su contenido material, alcance y consecuencias jurídico procesales.



Conforme a lo expuesto en precedencia, se infiere que la interrupción de la prescripción en la Ley 522 de 1999 (resolución de acusación) y en la Ley 1407 de 2010 (formulación de imputación) no guardan similitud o identidad, como quiera que se trata de actos procesales de distinto contenido material, alcance y consecuencias jurídico procesales diversas, realizados en etapas procesales distintas, contexto que hace imposible su aplicación, sin desvertebrar el procedimiento establecido en cada ley, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, en distintos pronunciamientos a raíz del tránsito de legislación de la Ley 600 de 2000 a la Ley 906 de 2004, sistemáticas que consagran de manera similar el instituto de la prescripción, a las previstas en las Leyes 599 de 1999 y 1407 de 2010, por tanto aplicables al caso bajo estudio.

“(…)

Así las cosas, si para que sea viable en virtud del principio de favorabilidad, la aplicación de un instituto consagrado en una legislación a otro ya sea por tránsito, sucesión o coexistencia de leyes, como el de la prescripción solicitada por el apelante, conforme al criterio unificado de la Corte Suprema de Justicia, se debe observar el cumplimiento entre otras tres condiciones, “... (i) que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones, (ii) que respecto de aquellas 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”³⁵, si bien es cierto, como se ha expresado a lo largo de esta providencia, el instituto de la prescripción se halla regulado tanto en la Ley 522 de 1999 y la Ley 1407 de 2010, como primer presupuesto, también lo es que no sucede lo mismo con las otras dos condiciones.

Y no se cumplen las condiciones dos y tres, en tanto que como se ha dicho no existe identidad en los presupuestos fáctico procesales, como quiera que se trata de actos procesales de distinto contenido material, alcance y consecuencias jurídico procesales diversas, realizados en etapas procesales distintas, por tanto no se pueden asimilar los presupuestos de los dos sistemas, pues ello afecta la estructura del procedimiento donde se pretende aplicar, vale decir, se desestructura el rito procesal de la Ley 522 de 1999.” (Rad. 156801, 29 de abril de 2011, M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).



FUNCIÓN POLICIAL

El miembro de la Policía Nacional tiene la obligación de actuar en forma inmediata ante un motivo de policía, sin necesidad de que medie orden u autorización

“De otro lado, debe precisarse que, cuando el miembro uniformado de la Policía, en cualesquier grado, en desarrollo del servicio rutinario de vigilancia, se encuentra con un motivo de policía o con hechos que constituyen infracción a la ley

35 Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Radicado 23700 – sentencia del 9 de febrero de 2006. M.P. Dr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

penal o recibe una información sobre la comisión de tales hechos, tiene la obligación de actuar en forma inmediata (principio de inmediatez, artículo 4° Ley 62/93), sin necesidad de recibir orden expresa o contar con la autorización de su superior o del comandante de la estación, no hacerlo constituye una omisión, debe recordarse igualmente, que los uniformados de la institución son profesionales de policía (artículo 6° Ley 62/93), por ende cada uno debe responder por las acciones y omisiones de las funciones asignadas en la ley.

Lo anterior con el fin de significar que en nada incide que en el caso concreto, el IT. J.L.G.H. y sus subalternos hayan contado o no con la autorización del Comandante de la Estación de Policía o que este les haya ordenado “*verificar la información*”, como lo refieren los sumariados, más aún, cuando el Intendente fungía como Subcomandante de la unidad policial y por ende responsable de la parte operativa, para predicar que la conducta violatoria al derecho a la intimidad consumada por los institucionales, no tiene relación con el servicio, como lo sostiene el ilustre representante de la sociedad.

Por el contrario, comoquiera que la información suministrada por el ciudadano que refiere los institucionales como “*informante*” o “*delator*” como lo denomina el Ministerio Público, según refieren los policiales investigados, se trataba de la presunta comisión de un delito relacionado con narcotráfico, en consecuencia, era obligación de los uniformados y en especial del Subcomandante de la Estación, como responsable de la parte operativa, acudir al lugar donde presuntamente se consumaba el hecho delictivo, luego el ingreso a la vivienda, sin el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Constitución y la ley, es producto del ejercicio extralimitado o desviado de las funciones propias conferidas a la Policía Nacional para la prevención y persecución de un hecho delictuoso, por tanto tiene relación directa y próxima con el servicio.

De la misma manera debe destacarse que, el delito de violación de habitación ajena descrito en el artículo 187 del Código Penal Militar imputado a los enjuiciados, es un abuso de autoridad especial con denominación propia, con sujeto activo cualificado, vale decir, debe ostentar la condición de “*miembro de la Fuerza Pública*”, por lo tanto en su consumación debe presentarse una extralimitación en el ejercicio de las funciones y son susceptibles de ser consumadas en relación con el servicio.” (Rad. 155980, 22 de febrero de 2011. M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión)



LESIONES PERSONALES CULPOSAS

El uso de las armas como recurso excepcional en el procedimiento policial

“Sobre el recurso de los medios jurídicos con que cuenta el policial para el cumplimiento de su actividad preventiva u ocasionalmente correctiva, se encuentran los reglamentos internos y normas de carácter internacional que regulan el uso de las



armas de fuego por parte de los policiales. Con ese referente normativo, tenemos entonces que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza cuando ello sea estrictamente necesario en la medida que el cumplimiento de sus tareas lo requiera; tal uso de fuerza debe estar gobernada por los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y de considerarse como una medida externa. i) La excepción del uso de la fuerza implica lo necesario que resulte para la prevención de un delito o para efectuar la detención legal de delincuentes o presuntos delincuentes, ii) la proporcionalidad deberá entenderse que no es posible una fuerza que sobrepase el objeto legítimo que se ha de lograr, iii) y por último, se considera una medida externa en el entendido que se debe hacer todo lo posible para excluir el uso de las mismas en el procedimiento policial, salvo cuando el presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro de algún otro modo la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas³⁶. De manera, que cuando el policial en el cumplimiento de su actividad deba recurrir al uso de la fuerza y de las armas de fuego, lo hará solo cuando otros medios no violentos resulten ineficaces o no logren el resultado buscado.

(...)

De manera, que para imputar el resultado de lesiones personales sufridas en la integridad del señor L.M.D., se debe establecer si se dan los presupuestos normativos de la imputación, ello, claro está, previo a haberse probado la relación naturalística causal de la acción, es decir, que fue el proyectil disparado por la S.I. M.B.E. el que causó daño en el cuerpo del señor L.M.D.F. ". (Rad. 155791, 23 de febrero de 2011, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).



MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

Su imposición debe responder a los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad

"Con antelación, el Tribunal Superior Militar ha incorporado de forma unánime la tesis que en la Justicia Penal Militar se deben analizar no solo los requisitos formales y sustanciales para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, sino que es necesario además que se haga el estudio relacionado con los fines de la medida, en punto de lograr que su imposición responda a los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad.³⁷

De esta forma, la restricción de derechos fundamentales que conlleva el proceso penal militar se ajusta con las exigencias que impone el modelo de Estado Social de Derecho como el nuestro, en el que la libertad personal es la regla general y su limitación es la excepción.

Como lo ha señalado la honorable Corte Suprema de Justicia, el derecho penal es una parte del sistema penal que materialmente realiza la política criminal conce-

³⁶ Ver artículo 3º de la Resolución 34/169 del 17 de diciembre de 1979, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

³⁷ Radicación 156190, 10 de noviembre de 2009, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Tribunal Superior Militar.

bida conforme a los valores y principios constitucionales de determinado modelo de Estado. Desde la perspectiva dogmática el derecho penal sustancial está diseñado en perspectiva de ofrecer tutela a bienes jurídicos fundamentales, sobre la base de la necesidad de protección y de la proporcionalidad de su respuesta, como elementos insustituibles de una política criminal inspirada en valores y principios propios de estados cimentados en el respeto por la dignidad humana, cuya defensa les compete a los jueces en el ámbito de su autonomía jurídica y política.³⁸

El derecho procesal penal a su vez, debe ser concordante con ese modelo de Estado que consagra mecanismos de protección para quienes intervienen en los procesos penales, y que determinan como excepción reglas acerca de la detención preventiva, como elementos nucleares de una política criminal que también busca la eficiencia de la administración de justicia.

La misma Alta Corporación establece que en la elaboración del derecho penal, tanto sustancial como procesal, el legislador no es onnipotente y está condicionado por la barrera infranqueable de los principios y valores del Estado, la filosofía sobre derechos humanos y el bloque de constitucionalidad. Por esta razón, al elaborarse un procedimiento penal no pueden desconocerse los supuestos propios del debido proceso, entre los cuales se resaltan el principio de legalidad y de favorabilidad, pues ellos realizan el fin supremo de la política criminal que no es otro que el de garantizar la protección de las personas que intervienen en el proceso penal.

Así las cosas, si en la fase de formación de la ley penal –indica la Corte– el legislador no puede ignorar estos principios, menos lo puede hacer el juez como protector de los derechos a la hora de aplicarla.

Esta fue precisamente la razón para que el legislador en materia procesal penal militar estableciera y consagrara en la Ley 1407 del 17 de agosto de 2010 no solo el principio de favorabilidad –artículo 8º– sino también el de legalidad –artículo 177– y a su vez los presupuestos de contenido formal, vale decir, la existencia del motivo definido en la ley (delito, quantum punitivo, modalidad del delito), y de contenido material sustancial con la verificación y demostración de los fines de la medida bajo los criterios de necesidad y razonabilidad en tratándose de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

Así las cosas, a la luz de los artículos 466, 467 de la Ley 1407 de 2010 el juez penal militar debe verificar la necesidad y la finalidad, al igual que prever su adecuada sustentación, por esta razón, como lo ha dispuesto la Corte Constitucional, cuando el juez examina la legalidad formal, debe evaluar si se observó el debido proceso en lo que concierne a los presupuestos constitucionales y legales de la detención preventiva como son: 1. orden escrita de autoridad judicial competente, 2. adopción de la medida con base en las formalidades legales y 3. motivos previamente fundados en la ley. De igual forma, cuando examina la legalidad material, el juez debe evaluar los requisitos probatorios y de necesidad y proporcionalidad para la

38 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. 23880, 19 de julio de 2005, M.P. Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA.



adopción de la medida si se reúnen.” (Rad. 156657, 22 de noviembre de 2010, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).



PECULADO CULPOSO

Límites del principio de confianza en relación con las armas de fuego de dotación oficial

“Debe quedar definido, que aun dentro de cualquier unidad de la Fuerza Pública, se deben extremar los cuidados en relación con la custodia de las armas de fuego de propiedad del Estado, pues respecto de ellas y por su especial naturaleza, no puede imperar el principio de confianza, toda vez que en cualquier caso, se tiene la obligación legal de ser enormemente celoso frente a su control y custodia. (...).

Existen pues unos deberes especiales y unas normas o pautas especiales que rigen el control y posesión de las armas de fuego de propiedad del Estado, que determinan la imposibilidad de reconocer como socialmente adecuado, el dejar un arma de fuego dentro de una Estación de Policía, sin prever su control y vigilancia requeridas.” (Rad. 156769, 25 de abril de 2011, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).



PECULADO CULPOSO

La indebida administración del armerillo constituye conducta creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado

“Considera entonces esta Sala de Decisión, que al imputar un delito como culposo, implica necesariamente atribuir una falta de cuidado, por ello resulta importante establecer cuál es el deber de cuidado exigible o debido en la situación concreta, en otras palabras, lo que es correcto dentro del tráfico social en que se desenvuelve el sujeto activo, si su actuar fue precavido, atento, juicioso, responsable, cuidadoso, reflexivo, interesado, sensato y diligente. Como ya se anotó, tal determinación se obtiene al establecer la existencia o no de un riesgo jurídicamente permitido, el cual se construye con los criterios del ordenamiento jurídico, experiencia de vida y el juicio comparativo.

(...).

Retomando entonces las previsiones anteriores y la valoración de los testimonios referidos, la conclusión no puede ser diferente a que el SI. O.A.A.J., en su calidad de jefe de armerillo no desarrolló su rol de una forma cuidadosa, cauta, juiciosa, sensata, prudente o reflexiva, sino que, por el contrario su actuar fue desinteresado al punto que puso en riesgo los bienes patrimonio del Estado, y fueron precisamente estas circunstancias las que generaron la oportunidad de la pérdida de los fusiles. Es así, que al tratarse de un delito imprudente, la imputación del pu-

nible parte de la infracción al deber objetivo de cuidado razón por la que su relación no es estrictamente causal, sino también normativa, por ello, en criterio de esta Sala de Decisión no resulta relevante para descartar la imputación, el instante preciso en que aquellos fusiles salieron de la Estación de Policía, se reitera, ese actuar descuidado creó un riesgo jurídicamente desaprobado, y este, generó la oportunidad de concretarse en el resultado, es decir, la pérdida de los fusiles.

Es precisamente esa debida organización, fidelidad a su actuar en el caso del policial que ostenta el cargo de armerillo en la Estación de Policía, la que hoy se imputa como una conducta creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado, pues se le puede exigir al SI. O.A.A., una conducta cuidadosa, dado que en aquel momento fáctico su condición de armerillo y su formación policial le permitían prever que el inadecuado almacenamiento y seguridad con las armas generan un peligro para ellas, específicamente, un peligro para el patrimonio económico del Estado y obviamente, un peligro para el correcto funcionamiento de aquella Estación Policial.”
(Rad. 155918, 13 de mayo de 2011, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).



PECULADO CULPOSO

Deber objetivo de cuidado en relación con las armas de fuego de propiedad del Estado

“Así entonces, como se trató de la pérdida de un revólver de propiedad fiscal, es importante precisar que conforme al artículo 223 de la Carta Política, solo el gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra, y explosivos, y nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de autoridad competente. En este sentido el Decreto 2535 de 2003 en su artículo 2°, expresa que “Sólo el gobierno puede introducir al país, exportar, fabricar, y comercializar armas, municiones, explosivos y las materias primas, maquinaria y artefactos para su fabricación y ejercer el control para tales actividades”. Lo anterior significa un poder excepcional por parte del Gobierno Nacional, toda vez que la actividad privada no puede llevar a efecto ninguna de las actividades en relación a las armas, municiones y explosivos, la maquinaria y artefactos especializados para su fabricación. Debido a lo anterior, lo que se origina es un importante grado de exigencia con la administración, en general por parte de los miembros de la Fuerza Pública, cuando son los depositarios de la administración de tal categoría de bienes y elementos. La ley en este sentido solamente contempla algunas excepciones, haciendo como destinatarios a particulares, pero con las precisas limitaciones estipuladas en el Decreto 2535 citado, como se lee en su artículo 3°, en cuanto dispone que los particulares, de manera excepcional, solo podrán poseer o portar armas, sus piezas, municiones, explosivos y sus accesorios, con base en la potestad discrecional de la autoridad competente, o como para los efectos de los talleres de armería, el art. 59 reza que solo pueden funcionar con licencia expedida por el Comando General de las Fuerzas Militares.



Así las cosas, si solo el gobierno puede fabricar, importar y comercializar armas de fuego, lo que implica complejos procesos legislativos, administrativos y presupuestales, las armas de fuego que tenga en sus inventarios deben ajustarse a previsiones de un eficiente concepto general de administración con que debe manejarse este monopolio en favor del Estado, necesario no solamente procurar la soberanía nacional sino, para asegurar la integridad territorial, la convivencia pacífica y la garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, artículo 2. Ahora, si se suma a ello que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, este es el panorama específico, bajo las reglas de la función administrativa de que trata el artículo 209 de la Carta Política, que guía y referencia el juicio que debe tenerse con las armas de fuego de propiedad fiscal. Por ello es explicable, como lo expresa el profesor F.M.C., que la función pública es la proyectada al interés colectivo o social, al bien común, y realizada por órganos estatales y paraestatales³⁹.

Entonces, si al procesado, quien cumplía su labor en el Grupo UNIR 3 de la policía de carreteras, se le había entregado un revólver, como dotación, para que sirviera en las tareas propias y diarias en el ejercicio de su función misma, no solamente debía tener un juicio exhaustivo con el bien, como acontece en tratándose de un bien que no le era propio, esto es, no como cualquiera otro bien que le hubiere sido entregado para su administración, tenencia o custodia, sino que por tratarse de un arma de fuego, que como se indicó, está sometida a los controles del gobierno, como titular de su capacidad de importar, fabricar, y controlar la maquinaria y artefactos dedicados a aquello, tal probidad, esmero y juicio, tenía que ser mayor, porque precisamente las reglas que se acaban de mencionar lo son en cuanto esa capacidad del Gobierno Nacional, que solo él tiene, le permite exigir a los servidores públicos ese más alto grado de buen manejo con esta clase de bienes. Aquí es precisamente donde se genera y se puede percibir el origen del daño y el daño mismo o la lesividad material, si una o alguna de esas armas, municiones, explosivos, maquinaria, etc. se pierden, extravían o dañan. Así, lo que quiere ahora la Sala precisar es que el deber objetivo de cuidado con las armas de fuego, tiene que examinarse en concreto, y que entratándose de armas de fuego, la afectación a lo protegido por la ley penal tiene que examinarse bajo el tamiz de una severa exigencia, pues el descuido con esta clase de material, más específicamente su pérdida, como en este caso, implicó una afrenta para la administración pública.

Basten las anteriores consideraciones para desestimar los argumentos de la defensa técnica del procesado, para que se confirme la decisión condenatoria proferida por el Juez de Instancia". (**Rad. 156625, abril 8 de 2011, M.P. CN. (r). JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión**).



PENA DE ARRESTO

Aplicación del principio de favorabilidad con la entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2010

“El Juzgado X de Brigada profiere interlocutorio mediante el cual cesó procedimiento a favor del sindicado, estima que la Ley 1407 de 2010 –nuevo Código Penal Militar– no contempló como pena principal el arresto, tornándose inaplicable de acuerdo con los postulados del principio de legalidad, el que preceptúa que no hay delito ni pena, sin ley que los consagre.

Consideró que ante la inexistencia de la pena de arresto, resultaba más favorable aplicar la nueva ley para todos aquellos procesados por delitos cometidos bajo la órbita de la Ley 522 de 1999, pues si el arresto desapareció con la vigencia de la nueva ley, y es esta la pena procedente a imponer al momento de ser condenados, debe ser aplicada retroactivamente por ser más permisiva o favorable a todos aquellos que antes de su vigencia fueron procesados por delitos sancionados con esa clase de pena, la cual actualmente resulta inaplicable e imposible a imponer, por lo que se estaría ante una conducta que aunque bien pudiese ser típica, antijurídica y culpable, no sería punible⁴⁰.

El asunto a resolver en el presente expediente que convoca nuestra atención, es si con la entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2010 (nuevo Código Penal Militar) donde al no contemplarse la pena principal de arresto, atendiendo el principio de legalidad, dicha sanción sería inaplicable, por ende la conducta atípica, debería darse como consecuencia la aplicación al principio de favorabilidad, cesando procedimiento como lo dispuso el A quo.

Desde ya manifiesta la Sala que le asiste razón a la Procuradora Judicial I Penal y de quien actúa ante esta Corporación, cuando implora la revocatoria de la cesación de procedimiento que fuera proferida en favor del SLR. M.P.L.A., acusado por el delito de Deserción, por lo que debe despacharse favorablemente la pretensión de la recurrente, revocando la decisión del A quo, para que se convoque a Corte Marcial por parte del Juzgado X de Brigada, en atención a los siguientes planteamientos de orden jurídico.

Es claro que dentro del catálogo de penas principales en la Ley 1407 de 2010 en su artículo 36 no se contempló el arresto, como sí lo hacía el artículo 44 en la Ley 522 de 1999, pero ese solo hecho no significa la despenalización de los delitos que contemplaban dicha sanción, lo que ocurrió fue que el legislador estableció efectos punitivos más severos para esta clase de punibles que atentan contra el servicio, como es la conducta imputada jurídicamente al SLR. L.A.M.P., descrita en el artículo 128 de la Ley 522 de 1999, vigente para la fecha de los hechos.

Es diáfano que el principio de favorabilidad tiene raigambre constitucional como lo establece el inciso tercero del artículo 29 de la Constitución Política, que

40 Fls. 143-146 C.O.



a su tenor indica: “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”, postulado rector dentro del derecho penal y en la ley punitiva castrense⁴¹, parte esencial del derecho fundamental del debido proceso.

Conforme a lo dispuesto en el nuevo Código Penal Militar (Ley 1407 de 2010), en su artículo 8: “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 que de igual manera está contemplado en la Ley 522 de 1999 (artículo 11), normas que ostentan el estatus de “PRINCIPIOS Y REGLAS FUNDAMENTALES” y por tanto prevalecen sobre las demás.

Bajo esta reflexión, se debe revisar si en aplicación del principio de favorabilidad era procedente dar por terminado de manera anticipada el proceso por parte del Juez de Conocimiento, bajo el reparo que ante la eliminación del arresto en el nuevo Código Penal Militar, era inaplicable esta pena privativa de la libertad y su consecuencia era la cesación de procedimiento teniendo en cuenta el principio de legalidad de las penas.

Si bien es cierto la postura jurisprudencial que prohijaba la Corte fue la inaplicación de la pena de arresto⁴², la consecuencia no dejó de ser la responsabilidad penal establecida como una conducta típica, antijurídica y culpable; posteriormente, desde el 14 de julio de 2006 adoptó la tesis de que en estos casos sí debía aplicarse el arresto, dado que en ambos estatutos la conducta punible está sancionada con pena privativa de la libertad y que frente a esta posición debía optarse por la aplicación de la sanción más benigna, pues claro se tiene que en los articulados se ha previsto dicho reproche y por lo tanto se debe sostener, pues en estricto sentido no hubo despenalización radical y como la anterior era menos gravosa –Ley 100/80– que la vigente Ley 599/2000, a ella se debe acudir.

Como lo ha expuesto la misma Corte Suprema, entre los postulados constitucionales de mayor importancia en materia penal, se halla el principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la Carta Política y reiterado en el Código Penal Militar en su artículo 6º. Así las cosas, el principio de legalidad es el principal límite impuesto por el Estado Social de Derecho para el ejercicio de su potestad punitiva, en la medida en que no hay delito ni pena sin una ley que inequívocamente así lo defina, constituyendo esta regla una garantía individual fundamental, manifestada con la prohibición de aplicar retroactivamente los preceptos legales que crean delitos y aumentan las penas.

Sin embargo, en materia penal es posible exceptuar tal postulado en virtud del principio de favorabilidad, según el cual la aplicación de la ley puede ser retroactiva o ultractiva. En efecto, mientras en el primer evento la ley nueva entra a regir a situaciones nacidas bajo el imperio de una norma anterior, es decir, hechos ocurridos con antelación a su entrada en vigencia, en el segundo, la disposición legal supervi-

41 Código Penal Militar, artículos 11 Ley 522 de 1999 y 8º de la Ley 1407 de 2010.

42 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 23132 del 1º de junio de 2005, M.P. Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN y Dr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

ve aún después de su deceso jurídico, esto es, contraría manteniendo su rigor en el tiempo, por resultar más benéfica para el imputado.

La diferencia entre una y otra descripción radica en que la disposición de la codificación anterior contempla el arresto como pena de seis (6) meses a dos (2) años, la nueva normatividad castrense establece la prisión como sanción la pena de ocho (8) meses a dos (2) años”. **(Rad. 156832, 25 de febrero de 2011, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**



PENA DE ARRESTO

Es procedente en tratándose de delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de la Ley 1407 de 2010

“El procesado fue condenado a la pena mínima de un año de arresto contemplada en el art. 131 de la Ley 522 de 1999. Hoy, con base en la Ley 1407 del 17 de agosto de 2010, para el mismo delito se señala igualmente una pena mínima de prisión de un año, en el art. 112. Por otro lado, el art. 36 de esta nueva ley contempla como penas principales las de prisión y multa. Así entonces fue acertada la imposición de pena de arresto, sin que se pueda indicar que ella no podía imponerse, al no aparecer en la nueva codificación, ya que la conducta es ahora también punible”. **(Rad. 155665, febrero 23 de 2011, M.P. CN. (r). JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**



PENA DE ARRESTO

Se aplica el principio de favorabilidad cuando hay sucesión de leyes en el tiempo con identidad de regulación. La supresión de la pena de arresto en el nuevo Código Penal Militar no despenaliza el punible

- **Del principio de legalidad**

“(…)

Por tanto, resulta oportuno señalar que en cuanto a la pena de Arresto, tal categoría de sanción tiene su génesis desde la misma normativa internacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tal y como está prevista en el artículo 6º⁴³ de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969 –aprobado con Ley 16 de 1972– y refrendada a nivel constitucional a través de la dogmática de los derechos fundamentales desde el mismo catálogo axiológico contenido en el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia de 1991, que tiene su desarrollo legal, tanto en el artículo 44 del Código

43 Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969 –aprobado con Ley 16 de 1972–. Artículo 6º. “Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal: (...)”.



Penal Militar –Ley 522 de 1999–, como en el artículo 44 del nuevo Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010–.

Tenemos entonces que el artículo 44 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999–, contempla *“Penas Principales. Los imputables estarán sometidos a las siguientes penas principales: 1. Prisión. 2. Arresto. 3. Multa”*; y por su parte el nuevo Código Penal Militar –Ley 1407 de 2011– al estipular en su artículo 36 las penas principales, estableció la Prisión y la Multa, sin incluir literalmente el Arresto, pero más adelante en el artículo 44 lo prevé cuando preceptúa: *“Conversión de la multa en arresto. Cuando la multa hubiere sido impuesta como pena principal y única, y el condenado no la pagare o amortizare de acuerdo con lo previsto en los artículos anteriores, se convertirá en arresto equivalente al salario mínimo legal diario, por cada día de arresto. En este caso, el arresto no podrá exceder de cinco (5) años. El condenado a quien se le haya hecho la conversión de que trata el inciso anterior, podrá hacer cesar el arresto en cualquier momento en que satisfaga la parte proporcional de multa que no haya cumplido en arresto”*.

En fin, tanto la pena de arresto como la pena prisión connotan en el ámbito de aplicación de la norma Penal Militar la efectiva restricción del derecho fundamental a la libertad, desde luego, en el entendido de que la prisión resulta ser mucho más gravosa que el arresto, cuyos efectos son más benignos.

• Del principio de Favorabilidad

Tenemos entonces que el Juzgado de Instancia A quo, incurre en ambigüedades en la interpretación y en el alcance que le otorga al Principio de Favorabilidad consagrado en el nuevo Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010– generando con tal inexactitud su aplicación a la inversa, además que confunde el principio de legalidad de las penas, con la descriminalización y despenalización de conductas reprochadas punitivamente.

Siendo esta la tesura que presenta la providencia que por vía de apelación ataca el opugnador, sea lo primero precisar que para la fecha de ocurrencia de la comisión de la conducta punible de Deserción, esto es, el 23 de abril de 2009, se encontraba vigente el Código Penal Militar contenido en la Ley 522 de 1999, como también que para la fecha en que el Juzgado Militar Segundo de Brigada profiere la cesación de procedimiento que ocupa la atención de esta Sala de Decisión –10 de noviembre de 2010–, ya estaba vigente el nuevo Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010–, siendo aplicable en su parte general, mas no en su parte procedimental, puesto que esta fue modulada en el artículo 627 ibídem, toda vez que su aplicación está condicionada al Plan de Implementación del sistema acusatorio en la Justicia Penal Militar.

(...)

Ahora bien, echando un vistazo al detalle normativo en nuestra codificación castrense como ya se indicó, el principio de favorabilidad se plasma en el artículo 11 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999–, preceptuando: *“Favorabilidad. En materia penal y procesal penal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también*

para quienes hayan sido condenados.”⁴⁴, como también lo estatuye el nuevo Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010– en su artículo 8°, en el que regla: “Favorabilidad. 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 quienes hayan sido condenados”⁴⁵.

De igual forma la nueva legislación Penal Militar es clara en estipular en su artículo 177 que “(...) La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Las disposiciones de este Código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.”⁴⁶ (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, este principio rector del derecho penal constituye una excepción a la norma general según la cual las leyes rigen hacia el futuro, y solo opera, como lo tiene reconocido la jurisprudencia penal⁴⁷ y constitucional⁴⁸, 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. (...)

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 el miramiento en ambas hipótesis, que ello reporte un tratamiento menos gravoso para el sujeto pasivo de la acción penal, vale decir, que sea más benéfico para su situación.

Por lo tanto, si el principio de favorabilidad solo opera cuando se presenta sucesión de leyes en el tiempo y frente a la coexistencia de legislaciones que se ocupan de regular el mismo supuesto de hecho, debe instruirse que aquí el presupuesto fáctico previsto en las dos normas que tipifican el delito de desertión en la Ley 522 de 1999 y en la Ley 1407 de 2010 es idéntico; entonces para aplicar la excepción, bien sea ultractiva o retroactivamente, se hace indispensable surtir tal tasación respecto de la consecuencia punitiva prevista en las dos sistemáticas.

En tal virtud, tenemos que de la revisión detallada realizada al expediente emergente con meridiana claridad que del aquilataje sopesado de los pesos y contrapesos que implica el equilibrar los principios que gobiernan el debido proceso, prima ostensiblemente el de favorabilidad, que aquí subordina el alinderar el caso sub exámine a través de la aplicación ultractiva del Código Penal Militar contenido en la Ley 522 de 1999, es decir, más allá de su vigencia en el tiempo, ya que salta a la vista que esta sistemática resulta más benigna o menos gravosa para reprimir supuestos de hecho

44 Código Penal Militar –Ley 522 de 1999–. Artículo 11.

45 Nuevo Código Penal Militar. Artículo 8°.

46 Nuevo Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010–. Libro Tercero. Procedimiento Penal Militar. Título I “Normas Rectoras y Garantías Procesales”. Capítulo Único. Artículo 177. “Legalidad”.

47 Ver entre otras Providencias: Honorable Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de agosto de 2004, Radicado Nº 14868, M.P. Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO. Sentencia del 28 de noviembre de 2002, Radicado Nº 17358, M.P. Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGÓ.

48 Entre otras: Honorable Corte Constitucional, Sentencia C-581 del 6 de junio de 2001, M.P. Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA. Sentencia C-708 del 6 de julio de 2005, M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.



que se adecuen a la descripción típica del delito de Deserción, cuando tal punible se haya ejecutado en vigencia de dicha Ley, puesto que prevé para tal tipo penal como pena la especie de arresto, primando así sobre la aplicación retroactiva de las disposiciones previstas en el nuevo Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010–, puesto que de escoger esta última normativa se harían más gravosas tanto cuantitativamente como cualitativamente las consecuencias punitivas de tal reato.

(...)

En tal virtud, no puede concluirse que las conductas punibles sancionadas con arresto en el Código Penal Militar –Ley 522 de 1999–, y que frente al nuevo Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010– pasaron a ser sancionadas con prisión, fueron descriminalizadas y que por lo tanto no puedan ser penadas –despenalizadas–, como erróneamente lo interpreta el Juzgado Militar Segundo de Brigada, por cuanto debe recordársele que el tránsito de leyes obliga por el principio de favorabilidad, determinar si se aplica la retroactividad frente a la nueva ley o la ultractividad de cara a la derogada.

Colíjase entonces que para el procesado –señor SL.R. E.L.A.– frente al supuesto fáctico del punible de Deserción, la norma anterior del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999– resulta más favorable que la vigente del nuevo Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010–, puesto que ante un eventual juicio de responsabilidad penal la pena de arresto resulta menos gravosa que la de prisión; por lo cual acogiendo el concepto del digno representante del Ministerio Público Ad quem se revocará el auto interlocutorio de calenda 10 de noviembre de 2010, por medio del cual el Juzgado Militar de Brigada decretó la cesación de procedimiento a favor del procesado por el punible de Deserción. Secuela de ello se dispondrá, por el contrario, que se continúe con la ritualidad del Juicio, esto es, la corte marcial –audiencia de acusación y aceptación de cargos–, y una vez surtida dicha etapa procesal se profiera la sentencia que en derecho corresponda”. (**Rad. 156857, 21 de febrero de 2011, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE. Segunda Sala de Decisión**).



PENA DE MULTA

El Juez de Ejecución de Penas puede conceder los dispositivos previstos en el Código Penal Militar, cuando el condenado está en incapacidad material de pagar

“Revisados los argumentos del impugnante, en contraste con los que fundamentan la decisión recurrida, procede esta Sala de Decisión a adoptar la determinación correspondiente dentro de los límites de su competencia, anunciando de manera anticipada, que la providencia apelada será confirmada en su integridad, en cuanto siendo la multa una pena, contenida en el propio tipo penal, el juez no puede prescindir de ella, ni efectuar disminuciones en su monto, aun bajo consideraciones cimentadas en la ausencia de capacidad económica del sentenciado.

Lo que sí puede hacer el Juez de Primera Instancia, como executor de la pena, y una vez demostrada la incapacidad material para sufragar dicha sanción en un

único e inmediato acto o dentro de un determinado plazo, es analizar la viabilidad de conceder alguno de los dispositivos previstos en el Código Penal Militar, como la amortización a plazos o la amortización mediante trabajo, que son mecanismos alternativos para los condenados que no puedan pagar la pena de multa en forma total o dentro de los plazos señalados por el Juez de ejecución de penas.

En efecto, el artículo 51 del Código Penal Militar de 1999 prevé la posibilidad de que el Juez señale el plazo para el pago o autorizarlo por cuotas adecuadas, dentro de un término no superior a los tres (3) años, para lo cual es necesario que se suscriba caución, disposición que en forma similar aparece contenida en el artículo 42 de la Ley 1407 de 2010.

A su vez, el artículo 52 de la Ley 522 de 1999 (ó 43 de la Ley 1407 de 2010), contempla la posibilidad de que el condenado a pena de multa la amortice mediante trabajo, cuando se cumplan las condiciones y exigencias que esa norma establece, siendo necesario de manera primordial que se acredite la imposibilidad de pagar con el fin de que el juez pueda autorizar el trabajo no remunerado, el cual debe ser libremente escogido por el sentenciado y realizado a favor de la Fuerza Pública, la administración pública o de la comunidad. Dicha autorización implica una serie de gestiones concomitantes que corresponden al Juez de Primera Instancia, pues debe determinar las condiciones en que tal trabajo se debe desarrollar, la forma en que se computará el salario equivalente para el pago de la multa y la forma de comprobar y controlar el trabajo no remunerado". **(Rad. 154728, 26 de enero de 2011, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**



PREVARICATO POR OMISIÓN

Se debe considerar la multiplicidad de funciones que deben cumplir los miembros de la Fuerza Pública

"En una institución militar como el Ejército Nacional, donde los oficiales cuando se encuentran en una unidad militar de patio, les son asignadas multiplicidad de funciones ora porque se encuentran en el manual, bien por necesidades del servicio a través de órdenes escritas y verbales que se van impartiendo en el día a día del cuartel, el carácter doloso no puede colegirse sin establecer previamente aspectos como la carga laboral, la prioridad de las órdenes, las funciones cumplidas y el personal con que se cuenta en esa oficina, así se puede establecer si el oficial estuvo en condiciones de cumplir con esa función de verificar los antecedentes y si al dejar de hacerlo obró en forma maliciosa.

(...)

Estas explicaciones niegan la existencia de dolo, pues si de tantos formularios que tenía que verificar los antecedentes, solo en dos de ellos como lo afirma el a quo se obtuvo el salvoconducto, cuando la persona tenía antecedentes penales, mal podría sostenerse que tuvo conciencia de la omisión, y si el volumen de trabajo le impidió realizar a cabalidad la verificación, no puede afirmarse que la omisión fue deliberada,



dentro del proceso no se pudo probar lo contrario, es decir, que el TE. SAAVEDRA tenía conocimiento cierto de que estaba omitiendo un deber legal, y que no obstante pudiendo actuar, evitó maliciosamente o deliberadamente hacerlo.

En este orden de ideas, posturas como las sugeridas por el apelante, en las que las condiciones particulares del Oficial son descartadas en virtud de los deberes funcionales que en razón de su cargo le resultan exigibles, y que llevan a una objetivización del dolo en la medida en que el elemento subjetivo de la conducta se demostraría tan solo por la condición de ser servidor público, no pueden ser aceptadas cuando, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, se llega a la conclusión de que en la conducta emprendida no hubo conocimiento de los elementos que integran el tipo objetivo ni voluntad para realizarlo, como sucedió en este asunto”. (Rad. 149438, 25 de enero de 2011, M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).



PRESCRIPCIÓN DE LA PENA

La interrupción opera a partir de la captura del condenado por el respectivo delito

“Así mismo, es diáfano que el término prescriptivo se cuenta a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria adiada el 4 de abril de 2001 cuya notificación por edicto se entendió surtida el 20 de abril de 2001, luego la prescripción de la pena se debía contar a partir de esta fecha⁴⁹ y hasta el 20 de abril de 2006, fecha en la que se cumplían los cinco años que determina la norma.

Y para poder predicar interrupción de la prescripción, era necesario que la captura del condenado por el delito objeto de la condena, es decir, por homicidio culposo, se hubiera dado durante este término sin que pueda entenderse que por el hecho de encontrarse al parecer detenido desde el 22 de noviembre de 2001, según constancia expedida por el Centro de Reclusión de Villavicencio⁵⁰ lo está también por el delito requerido por esta Jurisdicción. **Aclarando que fue encarcelado por Homicidio Culposo el 27 de abril de 2011⁵¹.**

Se llega a esa conclusión, por cuanto como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia ya referenciada cada conducta es singular y como tal le corresponde una pena, y no sería acorde que la interrupción de la prescripción pudiera realizarse por la comisión de un nuevo delito independiente al que ya fue fijado⁵², por ende tampoco sería afín que se diera la interrupción por el hecho de haber sido capturado por otros delitos que no guardan ninguna relación con el punible condenado por

49 Artículo 62 numeral 1, Código Contencioso Administrativo, firmeza de los actos administrativos.

50 Folio 342.

51 Boleta Encarcelamiento, folio 438.

52 Sentencia C-228 de 2003, M.P. Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA, Corte Constitucional.

esta jurisdicción". (Rad. 141138 del 9 de mayo de 2011, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).



PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

La correspondencia entre la resolución de acusación y la sentencia, debe predicarse únicamente respecto de la imputación fáctica y jurídica y no del razonamiento dogmático, ni de las posturas sobre la teoría del delito

"Salta a la vista el yerro en que incurre el libelista o la falta de lectura ponderada, tanto de la resolución de acusación como de la sentencia, o, en últimas el desconocimiento del verdadero alcance del principio de congruencia, en tanto que la correspondencia entre estos dos actos procesales debe predicarse únicamente respecto de la imputación fáctica y jurídica de la conducta imputada en la resolución de acusación o su equivalente y no del razonamiento dogmático, ni de las posturas asumidas por el operador judicial, propias de la teoría del delito, mientras que en el campo de la punibilidad no vayan en detrimento de la situación del procesado.

Por ello, no se quebranta el principio de congruencia cuando en la sentencia el Juez realiza valoraciones dogmáticas o jurídicas diversas de las expuestas por la Fiscalía en la providencia que califica el mérito del sumario o durante su intervención en la vista pública, mientras no se altere el núcleo fáctico de la imputación o se busque hacer más gravosa la situación del enjuiciado en términos punitivos, en tanto que los fundamentos argumentativos de la teoría del delito que cada operador judicial acoja, conocimiento científico-jurídico que debe ser del dominio de todos los profesionales del derecho, no están sujetos a los que haya esgrimido el ente acusador; contrario sensu se haría nugatoria la etapa de juicio, por tanto, bastaría con la decisión del Fiscal para dar por terminada la acción penal, posición por demás contraria a los principios de autonomía e independencia de los Jueces, consagrada en el artículo 230 Superior". (Rad. 155903, 19 de noviembre de 2010. M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).



LA PRISIÓN DOMICILIARIA Y LA RESTRICCIÓN DOMICILIARIA

La restricción domiciliaria no puede equipararse a la prisión domiciliaria, pues como sustitutiva de la prisión tiene alcance diferente al utilizarse esta figura para la ejecución de pena privativa de la libertad

"Sea lo primero precisar que la pena, en un sistema como el nuestro, tiene como fin asegurar la convivencia pacífica de todos los residentes en Colombia, mediante la protección de los bienes jurídicos de que son titulares las personas. Por



ello, se ha consagrado no solo para castigar al sujeto activo del delito, para procurar su readaptación, sino también para prevenir las conductas socialmente reprochables y proteger a la sociedad de su posible ocurrencia⁵³. Es así como el Código Penal Militar, en su artículo 17, señala que “La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora”.

El Código Penal Militar, teniendo en cuenta la importancia o entidad de las penas, las clasifica en principales (artículo 44 Ley 522 de 1999, artículo 36 Ley 1407 de 2010), según que se impongan de manera autónoma, a consecuencia de una infracción penal, y accesorias (la restricción domiciliaria; interdicción de derechos y funciones públicas; prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio; la suspensión de la patria potestad; la separación absoluta de la Fuerza Pública; la prohibición de porte y tenencia de armas de fuego, etc. (art. 45 Ley 522 de 1999, artículo 37 de la Ley 1407 de 2010), cuando suponen una pena principal a la cual se unen o acceden.

Lo anterior se precisa, por cuanto el recurrente ha confundido dos conceptos que difieren al pretender asimilar la prisión domiciliaria con la restricción domiciliaria, sin que tuviera en cuenta que la primera es una pena principal y la segunda es accesoria, la que requiere de una principal a la cual debe unirse.

La restricción domiciliaria que consagra el artículo 45 del Estatuto Punitivo Castrense y que encuentra su descripción en el artículo 55 *ibídem*⁵⁴, hoy artículo 47 Ley 1407 de 2010, consiste en la obligación impuesta al condenado de permanecer en determinado lugar o en la prohibición de residir en determinado lugar y aunque la norma no lo dice expresamente, ha de inferirse en razón de su propia naturaleza, que el municipio en que debe permanecer el condenado o fijar su residencia ha de ser diverso y más o menos distante de aquel en que residía él mismo, el sujeto pasivo o su familia o en que cometió el delito, por una parte, o la de acudir a esos lugares⁵⁵. No puede confundirse con la prisión domiciliaria pues esta es sustitutiva de la prisión que es una pena principal y por lo mismo tiene un alcance diferente al antes enunciado, toda vez que está consagrada para la ejecución de la pena privativa de la libertad en el lugar de la residencia del sentenciado, o en su defecto en el que el juez determine⁵⁶. Sigue siendo prisión, y lo único que se cambia es el lugar donde se cumple.

Las penas accesorias, se caracterizan por ser privativas de otros derechos y para el caso de la restricción domiciliaria no comporta en ningún momento privación de la libertad”.

Bajo este entendido, no es cierto como lo manifiesta la defensa que los artículos 36 y 38 de la Ley 599 de 2000, sean concordantes con el artículo 44 y 45 numeral 1 de la Ley 522 de 1999, toda vez que los dos primeros se están refiriendo a las

53 Sentencia No. C-026/95 del 2 de febrero de 1995, M.P. Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ, Corte Constitucional.

54 Ley 522 de 1999. Artículo 55. “Restricción domiciliaria. La restricción domiciliaria consiste en la obligación impuesta al condenado de permanecer en determinado municipio o en la prohibición de residir en determinado lugar”.

55 Derecho Penal Parte General. Alfonso Reyes Echandía. Decimaprimera edición. P. 257.

56 Artículo 38 Ley 599 de 2000.

penas principales y penas sustitutivas, mientras que los segundos si bien también se refiere el artículo 44 a las penas principales, el 45 numeral primero de la Ley 522 de 1999 lo hace en relación con las penas accesorias, siendo una de ellas la restricción domiciliaria que no se puede equiparar a la prisión domiciliaria como antes se explicó, pues como sustitutiva de la prisión, tiene otro alcance diferente al utilizarse esta figura para la ejecución de pena privativa de la libertad”. (Rad. 155827, 10 de mayo de 2011, M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión).



LA PRISIÓN DOMICILIARIA

No tiene cabida en la Justicia Penal Militar al no consagrar esta jurisdicción penas sustitutivas, no pudiéndose aplicar el principio de integración al no existir vacío legal

“El segundo aspecto a tener en cuenta es el relacionado con la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, la que no puede ser concedida al interior de la jurisdicción castrense, toda vez que la normatividad que regula la Justicia Penal Militar tuvo a bien no considerar penas sustitutivas, sin que se pueda llegar a afirmar que por ello haya un vacío legal y tengamos que acudir a la integración de normas.

La procedencia de las normas integradoras, considera la Corte que ello puede operar siempre y cuando exista plena compatibilidad entre las distintas especialidades o ramas cuya construcción jurídica integradora se presente, pero, además, desde luego, siempre y cuando, en efecto, exista un vacío legal⁵⁷.

Y se presenta un vacío legal, cuando hay una deficiencia en el ordenamiento jurídico, en relación con temas o situaciones objetivas que por variadas razones no fueron previstas por el legislador, evento en el cual, previo a un razonamiento analógico, debe establecerse si es viable la integración de los preceptos legales atendiendo a la naturaleza de los distintos procedimientos y el sistema dentro del cual operan⁵⁸.

Frente a este tema, y al igual como lo consideró el Ministerio Público solo podríamos aceptar la existencia de un vacío legal si el Código Penal Militar (Ley 522 de 1999 - Ley 1407 de 2010) no hubiese regulado el tema de la punibilidad, concepto jurídico referido a la imposición de sanción penal respecto de quienes han ejecutado comportamiento delictivo. Esta potestad sancionadora del Estado se manifiesta en la determinación legislativa de sancionar penalmente determinados comportamientos que considera reprochables y una vez creada la sanción, los jueces en nombre de la jurisdicción estatal tienen el deber de imponerla a quienes sean declarados responsables de la comisión de un hecho punible, salvo las excepciones de ley.

Esta potestad punitiva del Estado se concreta en dos formas jurídicas, a saber: pena y medida de seguridad.

57 Corte Suprema de Justicia, Rad. 11.660 del 18 junio de 2001. M.P. Dr. CARLOS GÁLVEZ ARGOTE.

58 Corte Suprema de Justicia, Rad. 11.660 del 18 junio de 2001. M.P. Dr. CARLOS GÁLVEZ ARGOTE.



Observada en cada caso las leyes penales militares, tenemos que la Ley 522 de 1999 consagró de forma completa el tema de la punibilidad; en el Libro Primero en su Título Tercero estableció las penas principales y las accesorias y en el Título Cuarto las medidas de seguridad. Por su parte la Ley 1407 de 2010 en el Título III denominado punibilidad, consagró tanto las penas como las medidas de seguridad sin que haya lugar a hablar de vacíos.

No hay lugar tampoco a hablar de un vacío legal por el simple hecho de que la norma penal militar no guarde concordancia con las normas penales ordinarias basado en el principio de igualdad, como así lo ha entendido la defensa, por cuanto la Justicia Penal Militar y las leyes que la regulan, obedecen a un régimen especial, por consiguiente, no es asimilable a otros⁵⁹.

Lo antes transcrito y el hecho de que posterior a la inclusión en la Ley 599 de 2000 de la figura las penas sustitutas, se hayan efectuado dos modificaciones a la Ley penal militar, esto es la Ley 1058 de 2006 y la Ley 1407 de 2010 sin que se incluyera esta figura jurídica, nos indica claramente que esa fue la intención del legislador, y esa ausencia de consagración en el Código Penal Militar resulta ser la expresión de la libertad de configuración del legislador que no quebranta mandatos superiores.

Tampoco es cierto que las normas penales ordinarias sean aplicables a todas las personas sin discriminación, o que los militares y particulares se encuentren en situación de igualdad, pues es la misma Corte Suprema de Justicia la que ha reconocido la diferencia real que existe entre los integrantes de la Fuerza Pública y la población civil. Afirma que constituyen según la Carta Política un cuerpo no deliberante, al que se le restringen los derechos de petición y se les impide tanto el sufragio como la intervención en política (artículo 219). Sin embargo, dada la delicada responsabilidad funcional que se les confiere, existe con ellos un régimen especial deontológico que se proyecta en planos exigentes, muy diversos de los que operan para los demás habitantes del territorio colombiano. Por ello sus códigos de honor, sus grados y hasta sus privilegios, todo lo cual explica que ciertas instituciones que la legislación ordinaria establece como justicia premial para sus destinatarios primarios no tengan cabida en un orden tan sui generis⁶⁰. (Rad. 155827, 10 de mayo de 2011, M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión).



PRUEBAS EN LA ETAPA DEL JUICIO

Su práctica debe estar sujeta al marco fáctico y jurídico de la calificación

“El artículo 563 del Código Penal Militar, inciso 3, consagra un periodo probatorio en la etapa de juzgamiento y para ello dispone que una vez declarada la iniciación a juicio, se le debe correr traslado a los sujetos procesales por el término de

59 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 17709 del 21 de julio de 2004. M.P. Dr. HERMAN GALÁN CASTELLANOS.

60 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 17709 del 21 de julio de 2004. M.P. Dr. HERMAN GALÁN CASTELLANOS.

tres (3) días para solicitar pruebas, pero de manera expresa señala, que “... El juez ordenará las pruebas que estime conducentes que se practicarán en la audiencia, salvo las que deban realizarse fuera de la sede del juzgado o requieran de estudios previos, ...”, vale decir, le impone la obligación a ese operador judicial como director de la causa, de evaluar a la luz de los principios que regulan la admisibilidad y rechazo de pruebas⁶¹, para determinar la conducencia, pertinencia, racionalidad y utilidad de los medios probatorios, congruente con el marco fáctico y jurídico de la imputación fijado en la resolución de acusación.

Ello por cuanto la resolución de acusación es el marco fáctico y jurídico que gobierna la realización del juicio en sede a determinar la responsabilidad penal que le pueda asistir al procesado, por ello, en virtud a esa dinámica procesal presentada en este estadio procesal, las pruebas que deban decretarse y practicarse, deben tener como objeto afianzar la certeza de la imputación fáctica y jurídica o en su defecto, desvirtuar los argumentos en los que funda la Fiscalía el llamamiento a juicio criminal, manteniendo incólume la presunción de inocencia, comoquiera que es en esta etapa donde se materializa con mayor fuerza el ejercicio del derecho de contradicción...

Es por lo anterior que en el examen de conducencia, pertinencia, racionalidad y utilidad de los medios de prueba solicitados por los sujetos procesales, el Juez debe ponderar el marco fáctico y jurídico de la imputación fijado en la resolución de acusación, con el fin de que persiga la parte que los solicita; de ahí la importancia de expresar de manera concreta el objetivo que busca con el medio de prueba que requiere, obligación de orden procesal impuesta a las partes en el artículo 397 del estatuto punitivo castrense y correlativamente al Juez de Conocimiento en el artículo 603 Ibídem, comoquiera que si los medios de prueba ya se encuentran acreditados dentro del proceso o el medio no es idóneo para probar los hechos imputados o lo que se pretende demostrar es ajeno a la imputación, o el hecho ya se halla demostrado con otros medios de prueba, las mismas serían inconducentes, impertinentes, inútiles o innecesarias, como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia”. **(Rad. 156321, 25 de marzo de 2011. M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**



RECURSO DE CASACIÓN

Con la entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2010, el término para su interposición es de 60 días

“Lo anterior significa que si bien inicialmente, más precisamente con base en el artículo 210 de la Ley 600 de 2000, y no con referencia a la Ley 522 de 1999, como allí se anotó, el recurrente disponía de 30 días para presentar la demanda respecti-

61 Artículo 400 Ley 599 de 1999: “No se admitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos que sean materia de investigación.”. Artículo 235 del Código de Procedimiento Penal – Ley 600 de 2000: “RECHAZO DE LAS PRUEBAS. Se inadmitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o las que hayan sido obtenidas en forma ilegal. El funcionario judicial rechazará mediante providencia interlocutoria la práctica de las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifestamente superfluas”.



va, en este momento se hace necesario resaltar que el artículo 346 de la citada Ley 1407 reza lo siguiente, respecto al recurso de casación:

“El recurso se interpondrá ante el tribunal dentro de un término común de sesenta (60) días siguientes a la última notificación de la sentencia, mediante demanda que de manera precisa y concisa señale las causales invocadas y sus fundamentos”.

La anterior norma, por supuesto, era la vigente al momento de haberse interpuesto el recurso por parte del recurrente, e igualmente más beneficiosa para el interesado, en cuanto prescribe la posibilidad de interponerse el recurso dentro de los 60 días siguientes a la última notificación de la sentencia.

Desde otro punto de vista, como lo expuso la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el auto Radicado N° 23701 del 22 de junio de 2005, con ponencia del doctor Mauro Solarte Portilla, en el que se refiere a las fases del trámite casacional, hoy debe consignarse que se trata de una interposición motivada del recurso, en cuanto ello debe cumplirse dentro del término de 60 días referido por la ley, de tal forma que el acto de concesión desaparece.

Corolario de lo anterior se dispondrá la revocatoria del auto adiado el 23 de septiembre de 2010, el cual concedió el recurso de casación, disponiéndose en su lugar que, conforme al artículo 346 de la Ley 1407 de 2010 (nuevo Código Penal Militar), se dé curso al término dentro del cual procede la interposición del recurso de casación, esto es, 60 días comunes a los sujetos procesales para que se presente la demanda de casación que a bien consideren”. **(Rad. 152932, 9 de diciembre de 2010, M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**



RECURSO DE CASACIÓN

Término para su interposición, frente al contenido de las Leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010

El doctor C.D.B.M. interpuso recurso extraordinario de casación en contra de la providencia de fecha 2 de septiembre de 2010, donde se condenó por el punible de lesiones personales dolosas a su defendido PT. S.M.A., el cual no fue sustentado dentro del término establecido para la presentación de la demanda respectiva, encontrándose la actuación al despacho para resolver lo pertinente.

Así mismo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁶², se refiere a las fases del trámite casacional, en cuanto ello debe cumplirse dentro del término de 60 días referido por la ley, de tal forma que el acto de concesión desaparece.

Es por ello que se dispondrá la revocatoria parcial del auto adiado 19 de septiembre de 2010, el cual concedió el recurso de casación, específicamente en ma-

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto radicado 23701 del 22 de junio de 2005, M.P. Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA.

teria de los términos, disponiéndose en su lugar que conforme al artículo 346 de la Ley 1407 de 2010 (nuevo Código Penal Militar) sea un total de sesenta (60) días comunes a los sujetos procesales para que se presente la demanda de casación que a bien consideren, aclarando que se tendrán en cuenta los 30 días inicialmente otorgados”. **(Rad. 154316, 7 de febrero de 2011, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**



RECURSO DE HECHO

En el proceso penal militar, la parte que lo presenta debe exponer las razones por las cuales fue negado el recurso de apelación

“De la sistemática transcrita en precedencia se infiere que el recurso de hecho es subsidiario del recurso de reposición, comoquiera que primeramente debe recurrirse en reposición ante el mismo funcionario que denegó la concesión del recurso y subsidiariamente se deben solicitar copias de la providencia apelada, de las diligencias de notificación y del auto que deniega la apelación, copias que al ser expedidas por el juzgado, la secretaría debe dejar constancia expresa de la fecha en que le sean entregadas al opugnador, trámite que debe realizarse previamente a recurrir de hecho ante el superior; por ello, la ley prevé que el escrito que contiene el recurso de hecho debe presentarse con las copias arriba referidas y copia de la sustentación del recurso de apelación dentro de los tres días siguientes.

Aquí debe hacerse una precisión, el escrito mediante el cual se sustenta la apelación debe presentarse por el impugnante dentro de términos ante el Juzgado que produce la providencia que se recurre, no de manera directa ante el superior, comoquiera que el Juzgado Primario es quien tiene la competencia para conceder el recurso y en el evento de negarse la concesión, debe exponer los motivos en los que funda la denegación del recurso, por ello, la ley prevé que al presentar el recurso de hecho ante el superior, se allegue copia del escrito de apelación y no la sustentación del mismo, en tanto que el Ad quem solo se deberá pronunciar sobre las razones que expone el opugnador contrastadas con los argumentos expuestos por el A quo para denegar el trámite de la apelación, no sobre el objeto de esa impugnación”. **(Rad. 156892, 17 de febrero de 2011. M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**



RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

Esta pieza procesal debe siempre ser motiva, sin importar si se profiere en proceso rituado por el procedimiento especial u ordinario

“Como se aprecia, la acusación carece de todo análisis y evaluación frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos que se le imputan



al auxiliar militar, no señala ni siquiera en forma superflua las pruebas que sustentan esa efímera acusación, es decir, que no asistió al servicio porque se dedicó a reunir documentación para ingresar a laborar en una empresa petrolera.

Olvidando con ello, la Funcionaria que no por encontrarnos ante el procedimiento especial consagrado en la Ley 1058 de 2006 cuyo propósito es imprimirle más celeridad al proceso y contribuir con esto a la pronta administración de justicia, lo que está reflejado en la reducción de los términos, no obstante esa prontitud en el proceso, deben surtirse eficazmente las tres etapas del procedimiento ordinario, es decir, la instrucción, la calificación y el juzgamiento y en cada una de estas fases es necesario que se respeten las normas procedimentales, además, a ello revestir de garantías a los sujetos procesales dentro de las cuales se encuentra la obligación de motivar todas las decisiones judiciales.

La etapa de calificación debe ceñirse igualmente a los ritos del procedimiento, como son el cierre de investigación, contra el cual procede el recurso de reposición, seguidamente calificar dentro de los cinco días el sumario y si encuentra mérito para acusar así debe disponerse mediante interlocutorio, el cual debe contener una exposición fáctica y una descripción de los cargos, pero debe entenderse que dada la importancia de la resolución de acusación, puesto que esta es la base del desarrollo del juicio y de ella se predica congruencia con la sentencia, debe ser motivada, clara su imputación fáctica, es decir, definir las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos investigados, igualmente contener un análisis probatorio, que sustente tal acusación y que le permita al procesado conocer sin dubitación los cargos por los cuales se está llamando a juicio, para poder ejercer cabalmente el derecho de defensa con todo lo que ello implica.”. (Rad. 156489, 31 de enero de 2011, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).



RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

El superior no puede modificarla para hacer más gravosa la situación del procesado en virtud a prohibición de la reforma en peor

“Sea lo primero, referirnos a la resolución de acusación de fecha 21 de noviembre de 2007, proferida por la Fiscalía 149 Penal Militar, mediante la cual acusó al procesado SS. S.Z.H. por el delito de homicidio culposo. Esto, por cuanto dicha resolución solo fue recurrida en apelación por la defensa, y no obstante ello, la Fiscalía Sexta Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar decide modificar la calificación jurídica a homicidio simple.

Al margen de lo acertado o desacertado de los argumentos expuestos por la Fiscalía Penal Militar de Segunda Instancia para entrar a modificar la calificación efectuada por quien fungía en Primera Instancia y pasar de culposa a dolosa la conducta atribuida al procesado SV. S.Z., tenemos que afirmar que el Ad quem no

podía modificar dicha calificación y que al hacerlo desconoció no solo el principio de prohibición de reforma en peor, por ser el procesado apelante único e implicar la modificación introducida el desmejoramiento de su situación jurídica, sino el de limitación funcional, por desbordamiento de la competencia que le fijaba el contenido de la impugnación”. **(Rad. 156864, 28 de abril de 2011, M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión).**



SABOTAJE

Estudio de los elementos subjetivos del tipo distintos al dolo

“Del presupuesto anterior, la Sala no tiene mayor reparo y resulta apenas natural aceptar indiscutiblemente que la moderna teoría del delito en el estadio de la tipicidad contiene elementos tanto objetivos como subjetivos, sin embargo, ha de aclararse que existen elementos subjetivos distintos al dolo, tal sería el caso de los denominados elementos subjetivos especiales que suponen en el autor un determinado propósito o intención, una motivación o un impulso, que se suman al conocimiento y la voluntad en la realización del tipo (dolo); dentro de esta especialidad de elementos subjetivos tenemos aquellos motivos del autor, tal sería el caso de “los motivos nobles o altruistas, o aquel motivo abyecto o fútil, o aquel motivo para satisfacer los deseos de otro”⁶³. (...).

Considera esta Sala de decisión que no es necesario ahondar en mayores disquisiciones dogmáticas de la existencia de elementos subjetivos distintos del dolo en el tipo penal, diferencia en el entendido de que la motivación del sujeto puede tratarse de circunstancias que incidan en la punibilidad como las que se refirieron en precedencia y que están previstas en nuestro ordenamiento penal en sus artículos 66 y 69.

Y para seguir ahondando en razones, respecto del dolo que el apelante señala como no configurado, la Sala hace la siguiente reflexión: En el evento hipotético de aceptar que efectivamente desde un inicio la motivación por parte de los procesados era la de buscar la destitución o desprestigio del CP. T.M.O., ello no impide de manera alguna la estructuración del dolo, pues la ley no exige que el conocimiento y la voluntad sean antecedentes a la consumación del hecho, sino que ellos también pueden ser previos o concomitantes; son precisamente estas circunstancias temporales las que se pueden deducir en el momento en que el SLR. L.U.J.E. y sus otros dos compañeros de armas prendieron fuego al material de intendencia y de guerra, objeto material en el que recayó la conducta dolosa”. **(Rad. 156901, 22 de agosto de 2011, MP. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**





SENTENCIA

Congruencia entre el sentido del fallo y la sentencia, en el proceso penal militar

Sobre este último evento, el Juez de Instancia señaló a la audiencia que el fallo a admitir sería condenatorio, pero lo ocurrido fue lo contrario. En este sentido la Ley 1058 de 2006 quiso, ante el nuevo sistema oral acusatorio implementado en la jurisdicción ordinaria, tomar esta figura, lo mismo que el instituto de la aceptación de cargos, y de ahí que debe predicarse congruencia entre el sentido del fallo y el fallo mismo proferido por el Juez, de tal forma que de advertir el funcionario que la decisión deba ser contraria al sentido anunciado, lo procedente es la nulidad a partir de ese anuncio, para poder rehacer la actuación y corregir el yerro que considera el Juez. Es que de otra forma no puede entenderse el inciso 11 del art. 579 de esa ley, en cuanto ordena al Juez, una vez culminado el debate, anunciar el sentido del fallo, que por claras razones debe ser el resultado de una evaluación, completa, sistemática y juiciosa, de las pruebas practicadas en la misma audiencia y las allegadas en la etapa instructiva, y de la misma actuación procesal, frente a las dos vertientes que antes se han señalado: la conducta punible y la responsabilidad del acusado. No es pues, un acto formal, sino que debe responder a la sentencia que se proferirá en el término de los dos días siguientes, pues aquello obliga esto último. Así pues, la ley exige la elaboración de un acta de la audiencia, donde quedaría consignado ese sentido del fallo, cuyo cumplimiento se espera por parte de los sujetos procesales, y quienes, por supuesto, se les debe lealtad. **(Rad. 156813, febrero 8 de 2011, M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**



TASACIÓN DE LA PENA

No se pueden exceder los límites mínimos y máximos fijados por el legislador

“Por manera que, al momento de tasar las penas, necesariamente deben hacerlo dentro de los parámetros señalados por la normatividad, siendo claro que bajo ninguna circunstancia pueden deducir penas por fuera de los mínimos o máximos legales, dejar de aplicar las consagradas por el legislador o imponer penas prohibidas o no contempladas en la ley.

La competencia que la Carta Política les otorga a los jueces de la República, se insiste, solo les permite obrar dentro del marco del derecho, y no puede sustituirlo arbitrariamente por sus propias concepciones. La igualdad en la aplicación de la ley está íntimamente ligada a la seguridad jurídica que descansa en la existencia de un ordenamiento universal y objetivo, que con idéntica intensidad obliga a todos, autoridades y ciudadanos.

Cuando el juez impone una pena que no está establecida en la ley (en cuanto a sus límites mínimos y máximos, naturaleza, etc.), desconoce de entrada el Estado de Derecho y la esencial función del legislador, entrando a suplirlo con la sentencia, generando anarquía y causando la quiebra del orden establecido. Ese juez que así

actúa se aparta del Estado de Derecho, se convierte en legislador y juez, inducido por la arrogancia y la arbitrariedad de sus actos. Esas decisiones así concebidas, jamás podrán estar ajustadas al principio de legalidad”. (Rad. 156212, 28 de febrero de 2011, M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).



EXTRACTOS PROVIDENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL

ALCANCE DEL FUERO PENAL MILITAR

La Justicia Penal Militar puede conocer tanto de los delitos relacionados con la función militar, como de los delitos comunes

M.P. Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

“El artículo 221 de la Constitución, reformado por el acto legislativo No. 2 de 1995, establece: *“De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”*.

Ha sido el propio Constituyente, entonces, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, Sentencia C-358 de 1997, entre otras, el que limitó el alcance del fuero militar y la aplicación excepcional de la jurisdicción penal militar, al señalar los elementos estructurales de este, pues expresamente señaló que solo podrán ser juzgados por la jurisdicción penal militar, los miembros activos de la fuerza pública, entendiéndose Fuerza Militar y Policía Nacional, cuando estos cometan un delito relacionado con el servicio mismo. Así, se ha dicho que son dos los elementos que deben estar presentes para que opere la competencia de las Cortes marciales o tribunales militares. El primero, de carácter subjetivo, pertenecer a la institución castrense y ser miembro activo de ella, el segundo, de carácter funcional, por cuanto el delito cometido debe tener relación con el servicio.

Con fundamento en estos dos elementos, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que cuando el Constituyente hizo referencia a que el fuero militar ha de operar cuando el delito tenga *“relación con el servicio”*, está indicando que el acto delictivo por el cual un miembro de la fuerza pública puede ser juzgado por la justicia penal militar ha de ser cometido en ejercicio de *“las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares –defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional– y de la Policía Nacional –mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica–”* (Sentencia C-358 de 1997), en donde se hace necesario distinguir entre los actos que ejecuta el miembro de la fuerza pública en ejercicio de las actividades propias de su cargo, y aquellos que puede ejercer como cualquier persona dotada de la capacidad



de actuar delictivamente. Distinción esta que, en su momento, corresponderá ejercer a las autoridades encargadas de las funciones de investigación y juzgamiento.

Al respecto, se expuso en el fallo mencionado:

“(…)

Dentro de este contexto, es claro que tanto la jurisprudencia de esta Corporación como de la Corte Suprema de Justicia, citada en el fallo transcrito, ha definido que son de competencia de la jurisdicción penal militar no solo aquellos delitos que, por su naturaleza, únicamente pueden ser cometidos por los miembros activos de la fuerza pública, tales como el abandono del comando y del puesto; el abandono del servicio; la insubordinación, etc., sino aquellos comunes que se relacionen *directa y sustancialmente* con las funciones que constitucionalmente está llamada a cumplir la fuerza pública”. (Rad. C-878, 12 de julio de 2000, Corte Constitucional).



FUERO PENAL MILITAR

Alcance e interpretación del artículo 221 de la Constitución Política
M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

“En los precisos términos de la Constitución Política, la jurisdicción penal militar conoce: (1) de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, (2) siempre que ellos tengan “relación con el mismo servicio”. De esta manera, la misma Carta ha determinado los elementos centrales de la competencia excepcional de la justicia castrense, con lo cual limita el ámbito de acción del legislador en este campo y exige un más estricto control de constitucionalidad sobre él, pues, como bien se expresó en la Sentencia C-081/96 de esta Corporación, entre más definida se encuentre una institución por la Carta, menor será la libertad de configuración del Legislador sobre ella. Por ende, la ley que señala cuáles son los delitos que corresponde conocer a esta jurisdicción debe respetar la orden constitucional que impone tanto el contenido esencial del fuero militar como su carácter limitado y excepcional. La extensión de este, por fuera de los supuestos constitucionales, menoscabaría la jurisdicción ordinaria, que se impone como juez natural general, por mandato de la misma Constitución y, por contera, violaría asimismo el principio de igualdad, el cual solo se concilia con una interpretación restrictiva de las excepciones a la tutela judicial común⁶⁴.

3. La expresión “relación con el mismo servicio”, a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca. Los delitos que se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la fuerza pública. Los justiciables son únicamente los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan “relación con el

64 Diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional han reiterado que el fuero penal militar tiene carácter excepcional y restringido. Al respecto ver, entre otras, las siguientes providencias de la Corte Suprema de Justicia: sentencia del 4 de octubre de 1971, M.P. Eustorgio Sarria, Gaceta Judicial CXXXVIII, p. 408; auto del 22 de septiembre de 1989, M.P. Edgar Saavedra, proceso 4065; sentencia del 14 de diciembre de 1992, M.P. Dídimo Páez, proceso 6750; sentencia del 7 de julio de 1993, M.P. Gustavo Gómez, proceso 7187; sentencia del 26 de marzo de 1996, M.P. Jorge Córdoba, proceso 8827. Entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional ver el auto 012 de 1994, M.P. Jorge Arango, y las Sentencias C-399 de 1995 y C-17 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

mismo servicio". El término "servicio" alude a las actividades concretas que se orientan a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares —defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional— y de la Policía Nacional— mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica—.

4. La norma constitucional parte de la premisa de que el miembro de la fuerza pública actúa como tal, pero también se desempeña como persona y ciudadano. El servicio público no agota ni concentra todo el quehacer del miembro de la fuerza pública, como por lo demás ocurre con cualesquiera otra persona. La totalidad de los actos u omisiones del miembro de la fuerza pública no puede, en consecuencia, quedar comprendida dentro del fuero castrense. Para los efectos penales, se torna imperioso distinguir qué actos u omisiones se imputan a dicho sujeto como miembro activo del cuerpo militar o policial, y cuáles se predicen de su actividad propia y singular como persona o ciudadano ordinario. La distinción es básica y obligada si se quiere preservar la especialidad del derecho penal militar, que complementa el derecho penal común, pero que en modo alguno lo sustituye.

5. La nota de especialidad del derecho penal militar, que explica su contenido y fija su alcance, la determina la misma Constitución al vincular las conductas típicas sancionadas por este código a la prestación activa del servicio confiado a los integrantes de la fuerza pública. En un Estado de Derecho, la función militar y la policiva están sujetas al principio de legalidad. El ejercicio del monopolio de la fuerza por el Estado, y las condiciones y modalidades en que se desarrolla, solo son legítimos cuando se realizan conforme a la Constitución y a la ley. Entre las muchas normas que configuran el marco jurídico aplicable al uso y disposición de la fuerza que detenta el Estado, las que se plasman en el Código Penal Militar tienen la mayor relevancia en cuanto que en ellas se imponen deberes de acción o de abstención a los miembros de la fuerza pública. A través del derecho penal militar se pretende excluir comportamientos reprochables que, pese a tener relación con el servicio, denotan desviación respecto de sus objetivos o medios legítimos.

6. El concepto de servicio corresponde a la sumatoria de las misiones que la Constitución y la ley le asignan a la fuerza pública, las cuales se materializan a través de decisiones y acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico. La sola circunstancia de que el delito sea cometido dentro del tiempo de servicio por un miembro de la fuerza pública, haciendo o no uso de prendas distintivas de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial o, en fin, aprovechándose de su investidura, no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal militar. En efecto, la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la fuerza pública. El uniforme del militar, por sí solo, no es indicativo de que lo que hace la persona que lo lleva sea en sí mismo delito militar; por lo tanto, deberá examinarse si su acción o abstención guarda relación con una específica misión militar. De otro lado, el miembro de la fuerza pública, así se encuentre en servicio activo, ha podido cometer el crimen al margen de la misión castrense encomendada: en este caso, el solo



hecho de estar en servicio activo no lo exime de ser sometido al derecho penal común. Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo.

Un entendimiento distinto del que se concede a estas hipótesis en esta sentencia, conduciría a desvirtuar la esencia del fuero militar y policial, que de otro modo terminaría por convertirse en privilegio estamental. Repárese que si se aceptara que fueran juzgadas por la justicia penal militar todas las personas a las que se imputa un delito, que haya sido perpetrado haciendo uso de las prendas distintivas de la fuerza pública o utilizando armas de dotación oficial, se estaría admitiendo que el fuero se discierne por la mera circunstancia de que el sujeto activo tenga el carácter de miembro de la fuerza pública sin parar mientes en la relación de su proceder con el servicio castrense objetivamente considerado. El simple hecho de que una persona esté vinculada a la fuerza pública no dota a sus propósitos delictivos de la naturaleza de misión de esta institución. Ellos continúan siendo simplemente la voluntad delincuencial imputable a la persona, desconectada del servicio público de la defensa y de la seguridad públicas, la cual en un plano de estricta igualdad deberá ser investigada y sancionada según las normas penales ordinarias.

7. Además del elemento subjetivo —ser miembro de la fuerza pública en servicio activo—, se requiere que intervenga un elemento funcional en orden a que se configure constitucionalmente el fuero militar: el delito debe tener relación con el mismo servicio. Lo anterior no significa que la comisión de delitos sea un medio aceptable para cumplir las misiones confiadas a la fuerza pública. Por el contrario, la Constitución y la ley repudian y sancionan a todo aquel que escoja este camino para realizar los altos cometidos que se asocian al uso y disposición de la fuerza en el Estado de derecho, puesto que este ni requiere ni tolera el recurso a medios ilegítimos para la consecución de sus fines. El servicio está signado por las misiones propias de la fuerza pública, las cuales por estar sujetas al principio de legalidad en ningún caso podrían vulnerarlo.

No obstante que la misión o la tarea cuya realización asume o decide un miembro de la fuerza pública se inserte en el cuadro funcional propio de esta, es posible que en un momento dado, aquel, voluntaria o culposamente, la altere radicalmente o incurra en excesos o defectos de acción que pongan de presente una desviación de poder que, por serlo, sea capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. Justamente a este tipo de conductas se orienta el Código Penal Militar y se aplica el denominado fuero militar. La legislación penal militar, y el correspondiente fuero, captan conductas que reflejan aspectos altamente reprochables de la función militar y policial, pero que no obstante tienen como referente tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial.

La exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda

hasta convertirse en un puro privilegio estamental. En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial.

(...)

En el plano normativo el legislador no puede, pues, construir los tipos penales militares, modificar los tipos penales ordinarios o incorporarlos en el Código Penal Militar, sin tomar en consideración lo que genuinamente tiene relación directa con los actos propios del servicio militar y policial. La justicia penal militar está montada sobre dos elementos que se equilibran mutuamente: uno de carácter personal—miembro de la fuerza pública en servicio activo— y otro de índole funcional—relación del delito con un acto del servicio—. Por consiguiente, el legislador no puede sin más alterar este equilibrio.

Hacer caso omiso de la relación funcional o relajarla hasta el punto de que por ella pueda entenderse todo lo que ocurra mientras se adelanta una acción emprendida por miembros de la fuerza pública o todo aquello que se siga de su actuación, como se desprende de las expresiones examinadas, conduce inexorablemente a potenciar sin justificación alguna el aspecto personal del fuero militar.

Tanto en los delitos típicamente militares como en los comunes cuyos elementos, de una o de otra manera, han sido modificados con el objeto de adaptarlos al contexto de la función militar o policiva, el concepto de servicio o misión legítima constituye un referente obligado para el legislador, que toma de estas características y exigencias propias para proyectarlas luego como ingredientes o aspectos de las diferentes especies punitivas. En estos dos casos convergen de manera ciertamente más acusada los elementos personal y funcional que integran la justicia penal militar.

En el tercer caso—recepción pasiva de tipos penales comunes—, el riesgo de reforzar el elemento personal de la justicia penal militar en detrimento del elemento funcional es definitivamente mayor, lo que debe llevar a la Corte a un examen más estricto y riguroso sobre esta parte de la normativa, máxime si se repara en que por dicho sendero el fuero puede fácilmente trocarse en privilegio y, paralelamente, el derecho especial extender su dominio a costa del derecho penal común y de la jurisdicción ordinaria.

9. Antes de decidir acerca de la aplicación del derecho penal militar en un caso concreto es indispensable que el juez, al analizar el contexto fáctico en el que se cometió el acto delictivo, distinga y confronte la conducta efectivamente realizada y la operación o acción propios del servicio. Tratándose del delito típicamente militar y del delito común adaptado a la función militar—o “militarizado” como lo señalan algunos autores—, tanto el elemento personal como el funcional, constitutivos de la justicia penal militar, son forzosamente estimados por el juez, habida cuenta de que la norma penal los involucra conjuntamente. En el caso de los delitos comunes objeto de recepción pasiva por parte del Código Penal Militar, la ausencia de un condicionamiento positivo estricto dentro del mismo tipo penal, que supedite la competencia de la justicia penal militar a



su vinculación directa con un acto u operación propios del servicio, dificulta la decisión acerca de cuál es el derecho penal aplicable. Esa decisión está siempre expuesta a dos peligros igualmente graves y lesivos de la igualdad y del debido proceso: por una parte, la discrecionalidad judicial para definir el juez natural y el derecho aplicable; por otra, la conversión del fuero en privilegio personal y el socavamiento injustificado de la jurisdicción ordinaria. Los mencionados peligros pueden menguarse, sin embargo, si se parte de la definición del fuero penal militar como una excepción a la regla del juez natural general. Ello significa que en todos aquellos casos en los que no aparezca diáfananamente la relación directa del delito con el servicio habrá de aplicarse el derecho penal ordinario.

10. La jurisdicción penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general. Por ende, su ámbito debe ser interpretado de manera restrictiva, tal como lo precisa la Carta Política al establecer en su artículo 221 que la justicia penal militar conocerá “de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”. Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor —es decir del servicio— que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública. Esta definición implica las siguientes precisiones acerca del ámbito del fuero penal militar:

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

b) Que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública. Al respecto, es importante mencionar que esta Corporación ya ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia. En efecto, en la Sentencia C-578 de 1995, en el fundamento jurídico 5.3.1. se expresó:

“La orden del servicio es la que objetivamente se endereza a ejecutar los fines para los cuales está creada la institución. Una orden que de manera ostensible atente contra dichos fines o contra los intereses superiores de la sociedad, no puede reclamar válidamente obediencia. La orden de agredir sexualmente a una persona o de infligirle torturas, bajo ninguna circunstancia puede merecer el calificativo de orden del servicio. Estas acciones, que se enuncian a título de ilustración, son ajenas completamente al objeto de la función pública confiada a los militares y al conjunto de sus deberes legales”.

Por consiguiente, un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria.

La Corte precisa: es obvio que nunca un acto del servicio puede ser delictivo, razón por la cual una conducta propia del servicio no amerita jamás castigo. Por ello, la justicia castrense no conoce de la realización de “actos del servicio” sino de la comisión de delitos “en relación” con el servicio. Es decir, lo que esta Corporación afirma no es que los delitos de lesa humanidad no constituyen actos del servicio, pues es obvio que en un Estado de derecho jamás un delito —sea o no de lesa humanidad— representa una conducta legítima del agente. Lo que la Corte señala es que existen conductas punibles que son tan abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública que su sola comisión rompe todo nexo funcional del agente con el servicio.

c) Que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción”. (Rad. D-1445-C-358, 5 de agosto de 1997, Corte Constitucional).



FUERO PENAL MILITAR

“...La justicia penal militar nunca puede juzgar los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada, ni ninguno otro de lesa humanidad, o que signifiquen atentado contra el Derecho Internacional Humanitario...”

M.P. Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

“7.8. Cabe recordar, que de conformidad con lo previsto en el artículo 221 de la Constitución, de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Y,



como lo ha considerado de manera reiterada esta corporación, al definir la misma Constitución los elementos centrales de la competencia de la justicia castrense, esta adquiere un carácter limitado y excepcional⁶⁵.

En efecto, los delitos que se investigan y sancionan a través de la jurisdicción penal militar no pueden ser ajenos a la órbita funcional de la fuerza pública, resultando como justiciables por esta únicamente los que cometan: (i) los miembros de la fuerza pública, (ii) en servicio activo, (iii) cuando cometan delitos que tengan “relación con el mismo servicio”, es decir, los que se derivan directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley o los reglamentos les han asignado.

Por tanto, los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, pero que no tengan relación directa con el mismo servicio no están cobijados por el fuero militar y por ello a la justicia penal militar no le corresponde investigarlos y sancionarlos.

9. Conclusión

De conformidad con lo expuesto anteriormente, puede concluirse de manera concreta:

9.1. La justicia penal militar nunca puede juzgar los delitos de tortura, genocidio y desaparición forzada, ni ninguno otro de lesa humanidad, o que signifiquen atentado contra el Derecho Internacional Humanitario y las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio.

9.2. El fuero militar cubre única y exclusivamente los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, es decir, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les han asignado.

9.3. La sola circunstancia de que el delito sea cometido dentro del tiempo de servicio por un miembro de la fuerza pública, haciendo o no uso de prendas distintivas de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial, o aprovechándose de su investidura, no es suficiente para que el juzgamiento de tal conducta corresponda a la justicia penal militar, pues tal conducta debe tener relación directa con la función militar o policial que la Constitución, la ley o el reglamento les ha asignado.

9.4. El objetivo del derecho penal militar es excluir comportamientos reprochables que, pese a tener relación con el servicio, denotan desviación respecto de sus objetivos o medios legítimos, que son repudiables y sancionables a la luz de la Constitución y la ley, pues en un Estado de Derecho no es tolerable el uso de medios ilegítimos para la consecución de sus fines.

⁶⁵ Sentencia C-358 de 1997.

9.5. En virtud de su potestad de configuración, el legislador puede crear tipos penales militares, o modificar o incorporar los tipos penales ordinarios siempre y cuando tome en cuenta elementos estructurales que genuinamente tengan relación directa con los actos propios de servicio militar y policial, es decir, puede adaptarlos al contexto de la función militar o policiva.

9.6. La justicia penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general, y por ello su ámbito de acción debe ser interpretado de manera restrictiva.

9.7. El Código Penal Militar puede tipificar conductas cuando considere conveniente extender su aplicación en todo momento, lugar y circunstancia, cuando son cometidas en escenarios diferentes al desarrollo de conflicto armado, siempre y cuando les incorpore elementos propios del servicio militar o policial, y estas podrán ser juzgadas por la justicia penal militar única y exclusivamente si se demuestra el nexo directo y original con la misión propia del servicio militar o policial, pues de no ser así, les serían imputables a quienes las cometan, los delitos tipificados en la ley penal común que les sean aplicables y serán investigadas y juzgadas por la justicia penal ordinaria". (Rad. C-533, 28 de mayo de 2008, Corte Constitucional).



FUERO PENAL MILITAR

"...Los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, que no tengan relación directa con el mismo servicio no están cobijados por el fuero militar y por ello, su investigación y sanción no le corresponde a la justicia penal militar..."

M.P. Dr. NILSON PINILLA PINILLA

"Según el fuero penal militar, los delitos que cometan los miembros de la fuerza pública (fuerzas militares y Policía Nacional) en servicio activo, y en relación con el mismo, son competencia de las cortes marciales o tribunales militares (integrados por personal en servicio activo o en retiro), con arreglo a las disposiciones del Código Penal Militar. El fuero penal militar se estableció como una excepción a la competencia general de la jurisdicción ordinaria para el conocimiento de ese tipo de conductas, por lo tanto sus alcances deben ser determinados en forma estricta y rigurosa, no solo por la ley sino también por el intérprete, comoquiera que acorde con la hermenéutica constitucional las excepciones, para evitar que se conviertan en la regla general, deben ser interpretadas de forma restrictiva.

(...)

El artículo 221 de la Carta señala que el fuero militar abarca los delitos cometidos por un miembro de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, pues dicha preceptiva deja entrever que las actuaciones de los miembros de la fuerza pública se presentan como integrantes de la misma, como personas y como ciudadanos, de modo que la totalidad de los actos u omisiones



no puede quedar comprendida dentro del fuero. De esta forma, se denotan dos elementos para que se configure el fuero militar: el primero de orden subjetivo, que el delito sea cometido por un miembro de la fuerza pública en servicio activo, y el segundo de orden funcional, que esa acción u omisión guarde relación con el mismo servicio. Así pues, para efectos penales se deben distinguir aquellas acciones u omisiones que tienen ocurrencia como miembro activo del cuerpo militar o policial, de las que corresponden a su actividad propia y singular como integrante de la colectividad.

(...)

Los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, que no tengan relación directa con el mismo servicio no están cobijados por el fuero militar y por ello, su investigación y sanción no le corresponde a la justicia penal militar.

(...)

El Código Penal Militar regula aquellos comportamientos en los cuales un miembro de la fuerza pública, a pesar de encontrarse ejecutando una misión o tarea propia de sus funciones, voluntaria o culposamente, la altera radicalmente o incurre en excesos o defectos de acción que pongan de presente una desviación de poder que, por serlo, sea capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. La legislación penal militar, y el correspondiente fuero, captan conductas que reflejan aspectos altamente reprochables de la función militar y policial, pero que no obstante tienen como referente tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial". **(C-1184/08, 3 de diciembre de 2008, Corte Constitucional).**



FUERO PENAL MILITAR

"...Los miembros de la Policía Nacional tienen un fuero especial de carácter penal, conforme al cual deben ser juzgados por cortes marciales o tribunales militares cuando cometan delitos en servicio activo y en relación con el mismo servicio..."

M.P. Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

"Según lo establece el artículo 221 de Ordenamiento Superior, los miembros de la Policía Nacional tienen un fuero especial de carácter penal, conforme al cual deben ser juzgados por cortes marciales o tribunales militares cuando cometan delitos en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

Este fuero especial corresponde a un tratamiento de carácter excepcional, y por ello, para la determinación de las materias propias del Código Penal Militar el Legislador tiene un poder de configuración restringido, dado que tiene que ajustarse a los parámetros que en forma especial ha determinado el Constituyente. Entonces, no puede extender libremente la aplicación del fuero militar a personas que no se encuentren en las circunstancias especialmente previstas por el artículo 221 de la Constitución.

La jurisprudencia constitucional⁶⁶ ha expresado que fue inequívoca la voluntad del constituyente, en el sentido de aplicar el fuero penal militar a los miembros de la Policía Nacional por los delitos que cometan en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, tomando en cuenta el hecho de que la actividad de esta institución está situada en los límites entre lo militar y lo civil, y la defensa y la seguridad dentro del contexto social colombiano. Por tal razón estableció una regulación constitucional que intenta conciliar las aspiraciones ideales y las necesidades coyunturales.

También ha reconocido la Corte que, si bien en esta materia existe una aparente contradicción de carácter constitucional entre la disposición que le asigna a la Policía Nacional naturaleza civil y la que ordena que los delitos cometidos por sus miembros en servicio activo y por razón del mismo sean de conocimiento de las cortes marciales o tribunales militares, no puede desconocerse el contenido del artículo 221 Superior, disposición que no resulta irreconciliable con la contenida en el artículo 218 *ibídem* que consagra el carácter civil de la Policía Nacional⁶⁷.

Hecha esta observación, conviene hacer las siguientes precisiones sobre el sentido y alcance del fuero militar consagrado en el artículo 221 Superior:

Esta Corporación ha señalado que solo pueden ser juzgados por la jurisdicción penal militar los miembros activos de la fuerza pública —entiéndase fuerza militar y Policía Nacional—, cuando estos cometan un delito relacionado con el servicio mismo. De ahí que haya dicho que son dos elementos que deben estar presentes para que opere la competencia de las Cortes marciales o tribunales militares. El primero, de carácter *subjetivo*: pertenecer a la institución castrense y ser miembro activo de ella; el segundo, de carácter *funcional*, por cuanto el delito cometido debe tener relación con el servicio⁶⁸. (Rad. C-1214/01, 21 de noviembre de 2001, Corte Constitucional).



NATURALEZA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

“...A pesar de que la Justicia Penal Militar no forma parte de la estructura orgánica de la Rama Judicial, ella administra justicia respecto de aquellos delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio...”

M.P. Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

“10. Visto como está, que a pesar de que la Justicia Penal Militar no forma parte de la estructura orgánica de la Rama Judicial, ella administra justicia respecto de aquellos delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio; debe aceptarse que todas aquellas garantías y

66 Sentencia C-444 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

67 Sentencia C-444 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

68 Debe precisarse que en relación con los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, el artículo 234-34 de la Carta establece una excepción al fuero penal militar, puesto que respecto de ellos la norma superior consagra un fuero *integral* para ser juzgados por la Corte Suprema de Justicia por todos los delitos que cometan y no solo a aquellos llevados a cabo en relación con el servicio activo. Así lo reconoció esta Corte en la Sentencia C-361 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



principios que conforman la noción de debido proceso resultan igualmente aplicables en esta jurisdicción especial.

Dentro de los principios que rigen la actividad jurisdiccional, los de independencia e imparcialidad de los jueces son determinantes para el logro de los objetivos de realización del orden justo que es fundamento del Estado. Sobre el alcance de estos dos principios, en oportunidades anteriores la Corte ha definido que “[la] independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones, (...) a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales”. Sobre la imparcialidad, ha señalado que esta “se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no solo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial”⁶⁹.

Los principios de independencia e imparcialidad judicial garantizan a los ciudadanos que el juez tendrá un juicio libre, no sometido a presiones de ninguna índole, con lo cual se asegura la primacía del orden social justo. Por ello, quien juzga no puede estar afectado por ningún tipo de interés personal, ni sujeto a presiones de ninguna clase. Tal es el fundamento de la institución de los impedimentos y recusaciones dentro de los procesos judiciales”. (Rad. D-3167-C-361, 2 de abril de 2001, Corte Constitucional).



EXTRACTOS PROVIDENCIAS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

“...Son de competencia de la jurisdicción penal militar no solo aquellos delitos que por su naturaleza únicamente pueden ser cometidos por los miembros activos de la fuerza pública, (...) sino aquellos comunes que se relacionen directa y sustancialmente con las funciones que constitucionalmente está llamada a cumplir la fuerza pública...”

M.P. Dr. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

“En esa labor resulta pertinente precisar que el término fuero se define en forma general como la competencia jurisdiccional especial que corresponde a ciertas personas por razón de su cargo”⁷⁰.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Es una de las acepciones que ofrece el Diccionario de la Lengua Española.

La jurisprudencia de la Corte tiene establecido que el fuero como institución jurídica tiene dos connotaciones fundamentales. De una parte, es una prerrogativa que la Constitución y las leyes reconocen a las personas que desempeñan ciertas funciones públicas, en atención a la naturaleza de la función o a la dignidad del cargo, para que únicamente puedan ser investigadas y juzgadas por funcionarios judiciales de determinada jerarquía o especialidad; y desde otro punto de vista, materializa la facultad del Estado consagrada en la Constitución y en la ley, de asignar exclusivamente a determinados funcionarios judiciales la competencia para la investigación y el juzgamiento de ciertos delitos, o de los ilícitos cometidos por algunos servidores públicos en ejercicio de sus funciones⁷¹.

En ese contexto, el fuero militar es una categoría constitucional destinada a establecer la competencia excepcional de la justicia castrense.

En efecto, de conformidad con el artículo 221 de la Constitución Política, reformado por el Acto Legislativo No. 2 de 1995, “De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”.

Como esta figura constituye una excepción al principio del juez natural general, tiene carácter especial y de aplicación restrictiva a la hora de asignar competencia a la justicia penal militar por los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública. En tal sentido, “... se ha dicho que son dos los elementos que deben estar presentes para que opere la competencia de las Cortes marciales o tribunales militares. El primero, de carácter subjetivo, pertenecer a la institución castrense y ser miembro activo de ella, el segundo, de carácter funcional, por cuanto el delito debe tener relación con el servicio”⁷².

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

(...)

Por el contrario, si no se presenta esa relación directa del delito con el servicio, o si su determinación no resulta diáfana, el integrante de la fuerza pública a quien se le atribuya autoría o participación en el hecho, quedará sometido al derecho penal ordinario, pues si la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria “... será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá

71 Por ejemplo, sentencias del 06-10-04, Rad. 15904 y del 28-09-06, Rad. 22872.

72 Sentencias C-878 de 2000 y T-677 de 2002.



recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción”⁷³.

Pero quede claro que en tales casos la asignación de competencia a la justicia ordinaria no implica que el integrante de la fuerza pública desprovisto de fuero pierda su condición de servidor público, que se le tenga como un particular que ha delinquido, o que pueda tener un trato diferente y beneficioso por parte de la administración de justicia. Lo único que significa es que su caso se tramitará de conformidad con las normas comunes del derecho penal.

Lo anterior si en cuenta se tiene que la calidad de integrante de la fuerza pública es condición necesaria para alcanzar el fuero de juzgamiento, pero no suficiente, en tanto el factor funcional depende enteramente de la actividad en cuyo cumplimiento infringió la ley; sin que en uno u otro caso pierda la calidad de servidor público y por tanto en los dos eventos se le aplica el régimen punitivo previsto normativamente para este tipo de funcionarios.

(...)

El punto que genera controversia radica en determinar si el concurso de delitos que se le atribuye guarda relación con el servicio, labor frente a la cual deben examinarse las atribuciones y deberes del integrante de la fuerza pública y la forma como fueron desarrollados o cumplidos por el sujeto agente, en orden a determinar si las conductas constitutivas de los delitos son producto de un ejercicio desviado o excesivo de las facultades atribuidas por la Constitución y la ley.

Si se mantiene esa correspondencia entre el servicio activo, funciones y desviación o extralimitación de ellas, se estará frente a un delito relacionado con el servicio y por tanto de competencia de los Tribunales Militares. Por el contrario, si la conducta punible no es resultado de un desvío o exceso del poder militar, o no pertenece al ámbito de las funciones castrenses, se tratará de un delito común en el que el servidor público actúa como un particular y, por consiguiente, la competencia de juzgamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria.

(...)

Y, si bien existen delitos que, por su propia naturaleza, en ningún caso pueden considerarse relacionados con el servicio, no empuje ser ejecutados por miembros activos de la fuerza pública y estar ligados al servicio, como los de tortura, genocidio y desaparición forzada, los de lesa humanidad o los que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario entendidos en los términos definidos en Convenios y Tratados Internacionales ratificados por Colombia, o las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio⁷⁴; no se advierte por qué en este asunto tendría que sustraerse de la competencia de la Justicia Penal Militar el acuerdo ilícito establecido entre los suboficiales de la Policía procesados, teniendo en cuenta que se dirigía a la apropiación, en diversos momentos, de las municiones y del material de guerra a su cargo, para comercializarlos posteriormente con grupos armados al margen de la ley.

⁷³ Sentencia C-358 de 1997.

⁷⁴ Artículos 3º de la L. 522 de 1999 y 3º de la L. 1407 de 2010.

Para la Corte es claro que el ilícito convenio surgió también del desvío de las funciones que debían cumplir dentro de la institución los acusados; razón por la cual advierte que la competencia para investigar y juzgar el punible referido correspondía igualmente a la Justicia Penal Militar”. (Rad. 30575, 23 de febrero de 2011, Sala de Casación Penal, C.S.J.).



FUERO PENAL MILITAR

“...El desvío de la función administrativa encomendada al sindicato dentro de la institución castrense es lo que hace que (...) se esté frente a conductas punibles relacionadas con el servicio (...) competencia de la justicia penal militar y no de la ordinaria...”

M.P. Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS

“2. Con base en la anterior disposición, la Sala ha venido reiterando que dos son las condiciones que se establecen para que la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública sean de conocimiento de la justicia penal militar: i) Que el imputado al ejecutar la conducta punible se encuentre en servicio activo; y ii) Que el delito guarde relación con el servicio.

3. Para la aplicación del régimen foral militar no es suficiente que se tenga la calidad de miembro activo de la fuerza pública al ejecutar el delito; es necesario, además, que la conducta punible esté sustancialmente vinculada con la actividad militar o de policía desarrollada por el sujeto agente. Si este nexo no se presenta, será la justicia ordinaria, no la militar, la que deba conocer del proceso.

4. En lo que hace referencia al concepto **relación con el servicio**, la jurisprudencia ha sido reiterativa al señalar que no puede entenderse como una conexión genérica que se presenta entre el servicio activo militar o de policía y la conducta punible que realiza quien lo presta, sino que es necesario determinar una conexión entre el comportamiento constitutivo de infracción a la ley penal y los deberes que constitucional y legalmente le competen a esos servidores públicos, toda vez que tales preceptos imponen las barreras dentro de las cuales se puede actuar en un Estado Social de Derecho.

Por tanto, entre las funciones propias del servicio militar o policial y la conducta punible investigada, debe presentarse una relación según la cual el delito debe ser el producto de un ejercicio extralimitado o desviado de las funciones propias del servicio que prestan las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional”.

(...)

6. Corresponde ahora a la Sala examinar si las conductas investigadas en este asunto se cumplieron dentro de las dos condiciones que el artículo 221 de la Constitución Política establece para que la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública sea de conocimiento de la justicia penal militar.

Ninguna dificultad se presenta en cuanto que L.A.C.A. era un suboficial naval y desempeñaba en el Ministerio de Defensa –Armada Nacional– un cargo administra-



tivo, y para el momento de ejecutar las conductas punibles investigadas se hallaba en servicio activo, aspectos que no se ponen en duda.

El punto materia de controversia radica en si los delitos cometidos por el procesado guardan relación con el servicio. Para determinar si un delito cometido por un miembro de las Fuerzas Militares en servicio activo se encuentra relacionado con el mismo, es imprescindible examinar las atribuciones y deberes del integrante de ese cuerpo armado y la forma como estos fueron desarrollados o cumplidos por el sujeto agente, determinando si la conducta constitutiva del delito es producto de un ejercicio desviado o excesivo de las facultades atribuidas por la Constitución y la ley.

Si se mantiene esa correspondencia entre el servicio activo, funciones y desviación o extralimitación de ellas, se estará frente a un delito relacionado con el servicio y por tanto de competencia de los Tribunales Militares. Por el contrario, si la conducta punible no es resultado de un desvío o exceso del poder militar, o no pertenece al ámbito de las funciones castrenses, se tratará de un delito común en el que el servidor público actúa como un particular y por consiguiente, la competencia de juzgamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria.

(...)

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

El desvío de la función administrativa encomendada al sindicado dentro de la institución castrense es lo que hace que en el presente caso se esté frente a conductas punibles relacionadas con el servicio del suboficial investigado de competencia de la justicia penal militar y no de la ordinaria". (Rad. 20764, 6 de abril de 2006, Sala de Casación Penal, C.S.J.).



FUERO PENAL MILITAR

"...El simple hecho de pertenecer a la Fuerza Pública no conlleva indefectiblemente la situación foral (...) se ha de analizar si el delito tiene relación con el servicio siempre y cuando su ejecución se desarrolle dentro de las tareas propias de las labores que cumplen tanto las Fuerzas Militares como la Policía Nacional"

M.P. Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

"La Corte ha enfatizado respecto de la circunstancia foral que se desprende del artículo 221 de la Constitución Política para efectos del conocimiento del juzga-

miento castrense de los miembros de la fuerza pública, que un delito tiene relación con el servicio siempre y cuando su ejecución se desarrolle dentro de las tareas propias de las labores que ellos cumplen.

En este caso, por la forma como se desarrollaron los hechos, las lesiones causadas a JRIA por el accionar del patrullero de la Policía YJO, pese a su claro viraje o desafuero, mantienen un vínculo con el servicio atribuido constitucional y legalmente a la Policía Nacional, como pasa a explicarse:

Efectivamente, según los artículos 216 y 218 de la Constitución Política, la Policía Nacional pertenece a la Fuerza Pública, es un cuerpo armado permanente de carácter civil, cuya finalidad es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, así como para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

De la misma forma, el artículo 221 del texto superior preceptúa que las cortes marciales o tribunales militares conocerán de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio de conformidad con las disposiciones del Código Penal Militar.

Esta Sala, desde la postura adoptada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997, en relación con el pretérito Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1998) al excluir de dicho ordenamiento las expresiones “*con ocasión del servicio*” o “*por causa de éste*”, que hacían extensivo el fuero penal militar a actos que no tuvieran estricta relación con el servicio de la fuerza pública, ha establecido que las circunstancias temporales, espaciales y modales de la conducta desarrollada por miembros activos de la fuerza pública son las que determinan el conocimiento del asunto en la justicia castrense, siempre que de ellas se pueda concluir racionalmente que tal comportamiento tiene relación fáctica con el servicio que les corresponde prestar.

Resulta palmario que el simple hecho de pertenecer a la Fuerza Pública no conlleva indefectiblemente la situación foral. Para atribuir el conocimiento del juzgamiento castrense de los miembros de la fuerza pública se ha de analizar si el delito tiene relación con el servicio siempre y cuando su ejecución se desarrolle dentro de las tareas propias de las labores que cumplen tanto las Fuerzas Militares como la Policía Nacional.

Lo expuesto conlleva la delimitación de la función militar o policial, según el caso, en el sentido de que es insuficiente la pertenencia y ejercicio activo del sujeto pasivo de la acción judicial, pues se impone verificar si el delito cometido tiene un nexo directo y próximo con el servicio que constitucional o legalmente se le asigna, en este caso a la Policía, acerca del mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica.

Al decantar las anteriores consideraciones al hecho investigado, se acreditó que: *i)* YJO hacía parte de la institución policial al desempeñarse como patrullero; *ii)*



para el momento de los sucesos prestaba turno de vigilancia cumpliendo funciones de tránsito en una patrulla motorizada; *iii*) en tal virtud, fue requerido por el Comandante de la Estación de Policía para atender el caso de un conductor que, además de encontrarse en estado de ebriedad, había cometido una infracción vial; *iv*) inmovilizó el vehículo y condujo a JRIA a las dependencias policiales; *v*) una vez en el sitio, como el infractor se refirió en términos desobligantes hacia los miembros de la autoridad, tratando incluso al patrullero de ladrón, el patrullero reaccionó propinándole un puntapié en la rodilla.

Para la Corte, tal empleo de la fuerza física del procesado como respuesta a la reacción del ciudadano al verse compelido ante la autoridad policial nació en un acto del servicio, al punto de que la conducta se desarrolló a raíz del procedimiento relacionado con la imposición de un comparendo por la infracción de tránsito.

Lo anterior no quiere significar o cohonestar acciones violentas en cumplimiento de las operaciones policiales, pues es claro que si bien a la Policía le es permitido el empleo de la fuerza para, v.g., la contención, ella en todo momento debe ser proporcional.

Tampoco se puede generalizar que las lesiones personales causadas por un miembro de la fuerza pública han de ser conocidas indefectiblemente por la jurisdicción penal militar. En cada caso será necesario trazar el límite a fin de determinar cuándo la conducta no constituye en un acto relacionado con el servicio, que no se trate de una extralimitación de poder dentro del marco de la actividad propia de la función militar o policial, pues si, *v. gr.*, se establece que si pese a estar en servicio activo el miembro de la fuerza pública delinque en actividad no relacionada con la prestación de dicho servicio, ha de ser sometido a la jurisdicción ordinaria al no quedar amparado por la circunstancia foral, como cuando se advierte que la actividad estuvo encaminada desde un inicio a la violación de la ley.

La Sala, en este caso no advierte la disposición previa o interés deliberado de YJO en causarle las lesiones a la víctima, pues medió una acción legítima del policial de imponerle la sanción pecuniaria por haber infringido normas de tránsito y fue en respuesta a la forma como el ciudadano reaccionó a ello cuando les profirió insultos a los miembros de la autoridad policial.

Bajo esta perspectiva, el accionar del patrullero al propinarle un golpe con su pie en la rodilla de JRIA, a cambio de formularle una querrela por su maltrato verbal, extralimitó los actos propios de su gestión policial para ubicarse en terrenos del ilícito de lesiones personales, siendo este el aspecto que lo ubica en la circunstancia foral, precisamente, por el desbordamiento de la función que le correspondía cumplir, en otras palabras, se marginó de la estricta legalidad prevalido de la autoridad funcional, pues ya que de haber ajustado su accionar al reglamento policial, no hubiera generado la conducta punible investigada.

Al ratificar así la relación causal entre la gestión policial y el delito cometido, ya que fue en desarrollo de tal función que JO entró en contacto con JRIA, efectivamente correspondía a la justicia castrense su investigación y juzgamiento.

En este orden, la Sala no accede a la petición de nulidad invocada por el representante del Ministerio Público”. (Rad. 26050, 21 de mayo de 2009. Sala de Casación Penal, C.S.J.).



FUERO PENAL MILITAR

“...No debe su existencia a exclusivos resultados positivos de operaciones preventivas y represivas en el objetivo de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas que permitan una convivencia pacífica, sino que además para el avance de sus ejecutorias desarrolla actividades académicas que necesariamente deben cursar y aprobar quienes aspiran a ingresar como policías...”

M.P. Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS

“De las anteriores normativas se derivan las condiciones necesarias para el reconocimiento del aforo militar: (i) que se trate de miembros de la Fuerza Pública en servicio activo al momento de la acción típica y (ii) que la conducta típica sea realizada en relación con actos del servicio, es decir, mediante actividades por medio de las cuales se cumplen las funciones esenciales que a la Fuerza Pública le entrega la Carta Política, que para el caso de la Policía Nacional son “las de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas que permitan una convivencia pacífica” (art. 217).

(...)

En el caso concreto, en relación con el factor subjetivo elemento del fuero penal militar, se encuentra demostrada probatoriamente la calidad de miembro activo de la Policía Nacional del Capitán LEBM, quien al momento de los hechos estaba vinculado en servicio activo a esa institución con funciones específicas de Coordinador Académico de Educación Continuada de la Escuela de Carabineros de la Policía Nacional ubicada en el Municipio de Vélez (Santander).

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

En el evento que ocupa la atención de la Sala, se advierte sin esfuerzo que las exigencias de dinero realizadas por el Capitán BM a los patrulleros estudiantes de la Escuela de Carabineros acompañadas del compromiso de relevarlos de presentar los trabajos escritos relacionados con las asignaturas cursadas por aquellos y asig-



narles una nota evaluativa correspondiente a exámenes parciales que era solicitada por la Secretaría Académica de la Escuela Nacional de Policía, constituyen actos relacionados con las funciones a él encomendadas.

(...)

El planteamiento que hace el impugnante en sentido de que las funciones de Coordinación Académica en la Escuela de Carabineros de la Policía asignadas al Capitán LEBM no tienen ninguna relación con el servicio, no deja de ser un argumento inane y sin ninguna trascendencia a efectos de la demostración del menoscabo del principio de juez natural.

Para el caso no se necesita de mayores elementos de juicio para advertir que esa institución no debe su existencia a exclusivos resultados positivos de operaciones preventivas y represivas en el objetivo de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas que permitan una convivencia pacífica, sino que además para el avance de sus ejecutorias desarrolla actividades académicas que necesariamente deben cursar y aprobar quienes aspiran a ingresar como policías, suboficiales y oficiales en las diferentes escuelas de formación.

En esa medida, cuando el procesado BM en su calidad de Coordinador Académico desplegó la conducta de exigir dinero a sus alumnos a cambio de exonerarlos de presentar trabajos de las asignaturas que estos cursaban, y con el compromiso de pasar una nota evaluativa falsa suplantando a los profesores como en efecto lo hizo, incurrió en conductas punibles relacionadas con el servicio y funciones a él asignadas, de donde se infiere que la debida competencia para la investigación y juzgamiento radicaba en la Justicia Penal Militar mas nunca en la jurisdicción ordinaria, situación distinta a la juzgada en la Radicación 29.934 del año en curso.” (Rad. 27709, 25 de agosto de 2010, Sala de Casación Penal, C.S.J.).



FUERO PENAL MILITAR

“...Pese a que el inculminado (...) desempeñaba un cargo administrativo, refule el nexo próximo y directo de la conducta imputada con el servicio (...) dado que era ordenador del gasto (...) cargo que precisamente empleó para realizar la acción falsaria documental en un desvío de la función administrativa a él encomendada dentro de la institución castrense...”

M.P. Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

“La Corte ha enfatizado respecto del fuero militar contemplado en el artículo 221 de la Constitución Política para efectos del conocimiento del juzgamiento castrense de los miembros de la fuerza pública, que un delito tiene relación con el servicio siempre y cuando su ejecución se desarrolle dentro de las tareas propias de las labores que ellos cumplen.

Lo anterior para ratificar el carácter excepcional y restrictivo que debe reinar cuando se trata de evaluar si la conducta debe o no ser juzgada por la Justicia Penal Militar.

La jurisprudencia de la Sala, de conformidad con la tesis plasmada por la Corte Constitucional en la sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997, en relación con el preterito Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988) cuando excluyó de ese ordenamiento las expresiones “*con ocasión del servicio*” o “*por causa de este*”, que hacían extensivo el fuero penal militar a actos que no tuvieran estricta relación con el servicio de la fuerza pública, ha establecido que las circunstancias temporales, espaciales y modales de la conducta desarrollada por miembros activos de la fuerza pública son las que determinan el conocimiento del asunto en la justicia castrense siempre que de ellas se pueda concluir racionalmente que tal comportamiento tiene relación fáctica con el servicio que les corresponde prestar.

Resulta palmario que el simple hecho de pertenecer a la Fuerza Pública no conlleva indefectiblemente la situación foral. Para atribuir el conocimiento del juzgamiento castrense de los miembros de la fuerza pública se ha de analizar si el delito tiene relación con el servicio siempre y cuando su ejecución se desarrolle dentro de las tareas propias de las labores que cumplen.

Así se delimita la función militar, en el sentido de que es insuficiente la pertenencia y ejercicio activo del sujeto pasivo de la acción judicial, pues se impone verificar si el delito cometido tiene un nexo directo y próximo con el servicio que constitucional o legalmente se le asigna.

Al decantar las anteriores consideraciones al hecho investigado, según los artículos 216 y 217 de la Constitución Política, la Armada Nacional hace parte de la Fuerza Pública, por lo mismo, tiene como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

Por su parte, se acreditó que C.C. en su condición de Director Administrativo del Dispensario de Sanidad del Apostadero Naval N° 11 de San Andrés (islas) y BJGP como Asistente Administrativo gestionaron la obtención de facturas en blanco para soportar costos ajenos a la realidad.

En ese sentido, desde la función que desempeñaban produjeron los documentos relacionando allí servicios de radiología y laboratorio clínico que no fueron prestados, para obtener así el desembolso de dos cheques por valores de \$2.030.400,00 y \$1.182.645,00.

En la sentencia se detalló que GP pidió a los proveedores facturas en blanco, proyectó los documentos, en tanto que CC como ordenador del gasto firmó los documentos y obtuvo los referidos títulos valores, acciones todas en desarrollo de las tareas que les competían como miembros de la Armada Nacional destacados en el Dispensario de Sanidad, surgiendo claro que la acción falsaria desplegada tiene su génesis en un acto del servicio, ante lo cual ha de estar amparada por la circunstancia foral.

La Sala, en este caso no advierte que la actividad de CC haya estado encaminada desde un inicio a la violación de la ley, pues fue en desarrollo de su actividad militar que extralimitó los actos propios de su gestión para ubicarse en terrenos



del ilícito de *falsedad ideológica en ejercicio de sus funciones* lo cual ratifica que el conocimiento del asunto radicaba en la justicia penal militar.

En suma, pese a que el inculcado, Teniente de Fragata de la Armada Nacional, desempeñaba un cargo administrativo, refule el nexo próximo y directo de la conducta imputada con el servicio, pues dentro de sus funciones estaba la de firmar los certificados de disponibilidad presupuestal y aprobar la facturación dado que era ordenador del gasto al fungir como Jefe de Sanidad y Jefe del Área Administrativa del Apostadero Naval N° 11, cargo que precisamente empleó para realizar la acción falsaria documental en un desvío de la función administrativa a él encomendada dentro de la institución castrense.” (Rad. 26709, 24 de febrero de 2010, Sala de Casación Penal, C.S.J.).



EXTRACTOS PROVIDENCIAS CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

COLISIÓN DE COMPETENCIAS

“...Con apoyo de dicha prueba documental (...) puede concluirse que los ciudadanos (...) recibieron los disparos a una distancia acorde con el enfrentamiento a bala referidos por los uniformados (...). En ese orden, desde el punto de vista probatorio, las conductas reprochadas a los uniformados fueron cometidas con relación al servicio...”

M.P. Dr. HENRY VILLARRAGA OLIVEROS

“Frente a este panorama probatorio, sin bien los testimonios rendidos por los militares involucrados en los hechos y por los familiares y amigos de las víctimas, presentan dudas sobre lo que realmente hubiere ocurrido, la Sala para despejar esa duda, valora bajo la sana crítica todo ese acervo probatorio y concluye que los protocolos de necropsia y los dictámenes de balística forense, son pruebas científicas que establecen aspectos diferentes a los testimonios rendidos por familiares y amigos de las víctimas. De ahí que con apoyo en dicha prueba documental –dictámenes de balística– puede concluirse que los ciudadanos JDJAV, JAAV y JEAC recibieron los disparos a una distancia acorde con el enfrentamiento a bala referidos por los uniformados, pues, según lo dictaminado por los expertos forenses, en las prendas de las víctimas no se detectaron residuos de pólvora.

En ese orden, desde el punto de vista probatorio, las conductas reprochadas a los uniformados fueron cometidas con relación al servicio, por ende, la Sala concluye que la Jurisdicción Ordinaria Penal no es la competente para conocer del presen-

te asunto". (Rad. 1001010200020070294401, 11 de febrero de 2009, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Consejo Superior de la Judicatura).



COMPETENCIA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

"...Si bien los inculpados estaban en ejercicio de la función policial (...) también lo es que las conductas por las cuales se le procesó y acusó, nada tienen que ver con la función que (...) desempeñaba en la Policía Nacional, pues el acto de proceder a ultimar a una persona capturada, reducida e indefensa (...) no guarda relación directa con el servicio que desempeñaban los acusados como agentes de la Institución Policial..."

M.P. Dra. JULIA EMMA GARZÓN DE GÓMEZ

"Como antes se dijo, los delitos cometidos en relación con el servicio son aquellos que se realizan en desarrollo de actividades militares o policivas orientadas al cumplimiento de la misión que la Constitución impone a la Fuerza Pública (artículos 217 y 218), situación que se presenta cuando el servidor de las Fuerzas Militares, en desarrollo de una orden u operativo inherente al cargo, excede la órbita propia de las funciones constitucionales o legales asignadas, u omite el cumplimiento de un deber jurídico propio de sus funciones.

El reconocimiento del fuero militar además del factor subjetivo, presupone la concurrencia de dos aspectos vinculados causalmente, que el agente de la Fuerza Pública ha iniciado la ejecución de una actividad propia de la función castrense y que en desarrollo de ella se excede o abusa del ejercicio de la autoridad incurriendo en la conducta punible.

En el caso bajo examen, si bien los inculpados estaban en ejercicio de la función policial cuando prestaban sus servicios al Comando de la Cuarta Estación de Policía Manrique de la ciudad de Medellín, para la fecha de los hechos, también lo es que las conductas por las cuales se le procesó y acusó, nada tienen que ver con la función que los señores OMB, HGC y NMG desempeñaba en la Policía Nacional, pues el acto de proceder a ultimar a una persona capturada, reducida e indefensa, como lo ocurrido y reseñado en el proceso penal bajo examen, no guarda relación directa con el servicio que desempeñaban los acusados como agentes de la Institución Policial.

De conformidad con lo anterior, la Jurisdicción Penal Militar no es la competente para conocer de la comisión del delito de homicidio agravado y lesiones personales, los cuales se les endilgó a los precitados orgánicos de la Policía Nacional, así dichos hechos punibles los hayan cometido en desempeño de sus funciones, como lo ocurrido en el caso de autos." (Rad. 11001010200020080319400, 14 de mayo de 2009, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Consejo Superior de la Judicatura).





FUERO PENAL MILITAR

“...El texto del artículo 3° del Código Penal Militar es con todo enunciativo de los casos en los cuales los delitos no pueden considerarse como relacionados con actos del servicio, pudiendo colegirse que se refiere en rigor a genocidios y delitos de “lesa humanidad” o contra la humanidad...”

M.P. Dra. JULIA EMMA GARZÓN DE GÓMEZ

“Para una mayor determinación y límite del fuero castrense, el artículo 3° del Código de Justicia Penal Militar ha señalado expresamente que *“en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada”*, entendidos en los términos de definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia.

La anterior previsión legal alude necesariamente hechos delictivos que tradicionalmente en la doctrina internacional venían calificándose como “**crímenes de lesa humanidad**”, o sea, injustos típicos extremadamente graves que atacan o lesionan los bienes más fundamentales de la humanidad o de la comunidad internacional en su conjunto, y que han sido actualmente definidos en el artículo 7° del Estatuto de Roma⁷⁵, y los cuales requieren, por definición legal, ser hechos que se cometan *“como parte generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”*, y que comprende asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzado de población, encarcelamiento u otra privación grave de la libertad, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, desaparición forzada de personas, el crimen de *apartheid*, y *“otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”*.

Por tanto, a Juicio de esta Corporación, el texto del artículo 3° del Código Penal Militar es con todo enunciativo de los casos en los cuales los delitos no pueden considerarse como relacionados con actos del servicio, pudiendo colegirse que se refiere en rigor a genocidios y delitos de “lesa humanidad” o contra la humanidad.

El término “lesa” viene de la voz latina “Laedsa” que significa sufrimiento, **dolor o daño producido intencionalmente, daño y angustia extremos**. La expresión “humanidad” por su parte comprende la esencia o lo propio e inherente o consustancial a la dignidad del ser humano individual y grupalmente entendido como “población”. Esta es la razón por la cual los delitos contra la humanidad significan en el contexto del derecho internacional graves afrentas o lesiones contra la humanidad, o sea al hombre como miembro de la comunidad humana.

Por tanto, los “delitos de lesa humanidad”, a los cuales se ha referido el artículo 3° del Estatuto Penal Militar, para excluirlos en todo caso como hechos relacionados con el servicio militar o policial, suponen básicamente según la expresa definición

⁷⁵ Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado por la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas, Roma, el 17 de julio de 1998, ratificada en Colombia por Ley 742 de 2002.

del artículo 7° del Estatuto de Roma, que por ser Ley de la República y por expresa previsión del artículo 3° del Código Militar, debe ser tomada como norma de interpretación, comprenden los siguientes elementos:

a. Deben ser acciones típicas definidas en el artículo 7° del Estatuto de Roma.

Lo anterior señala que dado el principio de legalidad o reserva, no pueden entenderse delitos contra la humanidad por fuera de las definiciones legales o convencionales, por tanto, no es a criterio apreciativo de su gravedad como se define el crimen de lesa humanidad, sino a partir de su expresa inclusión de la conducta en la relación del artículo 7° del Estatuto de Roma.

b. No pueden ser hechos aislados, sino que deben cometerse como parte de “un ataque generalizado o sistemático contra la población civil”.

El anterior requisito señala que no debe tratarse de situaciones aisladas o individuales, sino que la acción debe estar enmarcada en un contexto de violaciones, o hacer parte de un ataque generalizado o masivo contra la población civil, o como elemento constitutivo de una cadena sistematizada u orquestada contra la misma población civil. Los crímenes de lesa humanidad obedecen a una estructura colectiva, masiva o sistemática o cometidos a gran escala⁷⁶.

Por “generalizado” ha de entenderse el ataque masivo o que se dirige contra un gran número de personas⁷⁷, por tanto lo calificable aquí no es un crimen aislado por grave que este sea dirigido contra un individuo o individuos, el hecho tiene que dirigirse contra la “población civil”. Pero un ataque contra una persona o personas, puede ser crimen de lesa humanidad, si es “sistemático”, esto es, si se ejecuta como parte de un “plan”, o si se manifiesta con un carácter reiterado o repetitivo que no deja entrever dudas de la verdadera intención, es decir cuando se trata de hechos inspirados por el móvil religioso, político, racial, cultural.

*c. Debe tratarse de conductas **producidas intencionalmente** contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque.*

Indica lo anterior que el autor o autores deben tener conocimiento claro de la naturaleza del hecho realizado, como tener el **propósito de dirigir el ataque contra la población civil**.

Como lo anterior se encuentra reglamentado internacionalmente, tanto en el artículo 30 del Estatuto de Roma⁷⁸, como en la definición sobre “Elementos de los

76 Antonio Blanc Altemir. La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional. Ed. Bosch. Barcelona, 1990. Pp. 55 y ss.

77 Véase Derecho Penal Internacional. Universidad Javeriana. Plaza & Janes. Bogotá, año 2000, p. 140. Alicia Londoño. Elementos para la creación de un contexto de diálogo sobre la Corte Penal Internacional y los delitos de genocidio y de lesa humanidad. Pp. 117 y ss.

78 Art. 30 Estatuto de Roma: Elemento de intencionalidad. 1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizaron con intención y conocimiento.
2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:
a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;
b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que producirá en el curso normal de los acontecimientos.
3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se



Crímenes”, aprobados por la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Sesiones del 3 a 10 de septiembre de 2002, artículo 7. 2, donde se aclara que *“Los dos últimos elementos de cada crimen de lesa humanidad describen los contextos en que debe tener lugar la conducta. Esos elementos aclaran la participación requerida en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el conocimiento de dicho ataque...”*, se puede concluir sin lugar a dudas, que los **delitos, a los que se refieren los artículos 7° del Estatuto de Roma, y el artículo 3° del C.P.M., cuando los hechos objetivos han ocurrido por culpa, descuido, negligencia o error de los ejecutores**, no se podrán tener como de lesa humanidad. (...)

En relación a esta exigencia, el artículo 7° del Estatuto de Roma, siguiendo en ello los Proyectos de reglamentación anteriores, indica que debe existir “conocimiento de dicho ataque”, es decir no solo una acción dolosa y deliberada, sino como también con representación de que la acción se dirige contra la población civil, es decir contra bienes propios de la comunidad humana.

Lo anterior permite a la Sala colegir, con relación a las exclusiones aludidas en el artículo 3° del Código Penal Militar, que no es cualquier violación a los derechos humanos, lo que de por sí se excluye de la competencia de los tribunales militares, pues si así fuera, las lesiones personales, el homicidio, la violación al domicilio, el hurto, la injuria, la calumnia que de suyo constipen violaciones a derechos fundamentales, no podrían ser de competencia de la justicia penal militar, competencia que efectivamente se prevé en los artículos 140 a 194 de la Ley 522 de 1999. Por tanto, los crímenes que restan por fuera de esa competencia especializada, son en síntesis, los que **no tienen relación con el servicio**, y los que constituye la más grave violación **a derechos de la humanidad**.

Por el contrario, si el hecho guarda relación directa y próxima con actos propios del servicio, o se deriva del ejercicio de la función militar o policial propia, el mismo se inserta en la jurisdicción penal militar.

Y para corroborar el anterior análisis de esta Corporación, en lo atinente a la relación con actos del servicio, y a exclusión de los crímenes de lesa humanidad del fuero penal militar, debe citarse lo dicho por la **Corte Constitucional** lo siguiente en Sentencia C-359 de agosto 5 de 1997:

“(...)”

Ahora bien, con relación a los llamados por el derecho internacional como **“infracciones graves al derecho internacional humanitario”**, que cuando se refieren a hechos ocurridos dentro de un conflicto armado de carácter internacional, toman el nombre de “crímenes de guerra”, y “violaciones graves al derecho internacional humanitario” en caso de conflicto armado interno, los cuales como se sabe, constituyen una categoría de los delitos internacionales, y que consisten en graves violaciones a las costumbres, usos y convenios de la guerra, se encuentran actualmente recogidos y definidos en el artículo 8° del Estatuto de Roma⁷⁹, requieren además de

entenderán en el mismo sentido.

79 El artículo 8° del Estatuto de Roma no ha creado las figuras, simplemente recogió las definiciones que traen los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos I y II de 1977, adicionales a los Cuatro Convenios de Ginebra.

su expresa enunciación típica, que “*se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes*”.

Estas infracciones para el derecho internacional e interno, pueden ocurrir en el contexto de un conflicto armado internacional, o guerra entre Estados –situaciones reguladas en los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949, o dentro de un conflicto armado interno y a los cuales se refiere el artículo 1° del Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra (aprobado por Ley 171 de 1994).

Y tampoco es cualquier hecho el que constituye Violación Grave al Derecho Internacional Humanitario, pues el hecho típico debe reunir las siguientes condiciones:

a). Deben ser comportamientos previstos como infracciones graves en el Derecho Internacional Humanitario, lo cual requiere una descripción típica en los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949, o en alguno de los dos Protocolos Adicionales I y II, y tener ocurrencia dentro de un conflicto armado internacional o de carácter interno. Por tanto su determinación no obedece a cualquier criterio subjetivo, ni de simple gravedad del hecho, pues se requiere el cumplimiento del principio internacional de *legalidad previa*.

b). El hecho debe ser cometido ***dolosamente, esto es con conocimiento*** de la naturaleza del hecho ejecutado y de las circunstancias que los tipifica como un crimen contra el Derecho Humanitario, o sea los ejecutores deben saber que se ataca a persona o bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, y en caso de ataque a personas, actuar a sabiendas de que tales personas “no participan directamente en las hostilidades” (arts. 8.2.c., Estatutos C. P. I.); la misma exigencia de intención y conocimiento se exige también en caso de otras violaciones graves a las leyes y usos aplicables a los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido en el derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: “i) *Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades.* ii) *Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios...*”.

c). Deben ser hechos ejecutados dentro de un conflicto y en relación con el conflicto armado. Lo anterior indica que los hechos punibles no solo deben tener ejecución dentro del conflicto armado, sino además acaecer en relación con el enfrentamiento armado, esto es que debe existir una conexión entre el hecho y el conflicto armado, de manera tal que la realización de la violación ocurre en una operación que constituyen actos de hostilidad entre combatientes o derivados de esos actos.

d. Finalmente, el hecho típico debe ser ejecutado por los actores del conflicto en contra de la población civil o de personas o bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.

De una atenta lectura de los textos alusivos al Derecho Humanitario, que se reitera se encuentran constitucionalizados por expresa previsión del artículo 93 de la Carta, se desprende que las graves violaciones al derecho humanitario deben ser acciones *típicas* (según el derecho), *intencionales*, o sea que tampoco el hecho constituye una grave violación al protocolo II, cuando se trata de acciones ocurridas por culpa o negligencia, aunque el hecho siga constituyendo un hecho punible.



Las anteriores conclusiones encuentran su plena ratificación en lo señalado en el artículo 30 del Estatuto de Roma, que exige, para que la acción típica sea una violación al derecho internacional humanitario de su competencia, del requisito de intencionalidad de la realización de los hechos objetivos.” (Rad. 110010102000200902617 00 (1697-06), 15 de octubre de 2009, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Consejo Superior de la Judicatura).



FUERO PENAL MILITAR

La relación con el servicio se rompe cuando desde su origen el hecho es ilegítimo

M.P. Dr. ANGELINO LIZCANO RIVERA

“La relación con el servicio no se puede predicar como elemento constitutivo del fuero militar, cuando ese servicio en su origen es ilegítimo; ilegitimidad que se presenta cuando el sujeto se ampara en él para incurrir conscientemente en acciones u omisiones delictivas, porque en ese momento el cabal cumplimiento del deber necesariamente se rompe, contrario sensu, cuando de la prestación legítima del servicio surge de pronto el hecho constitutivo del presunto delito.

Cuando los militares y policías desconocen ese mínimo común de comprensión y respeto que la Constitución Política les impone, por la vida, la dignidad y todos los derechos fundamentales de las personas, deja de actuar como autoridad legítima para pasar a ejecutar actos caprichosos, alejados de cualquier parámetro de los normativamente establecidos en orden a justificar la existencia de la fuerza pública, debiendo entonces responder penalmente ante los jueces de la jurisdicción ordinaria por los delitos cometidos en esas condiciones, en tanto la relación con el servicio no existe.” (Rad. 110010102000200903517 00, 19 de enero de 2010. Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Consejo Superior de la Judicatura).



TRÁMITE DEL CONFLICTO DE COMPETENCIAS

“...El Fiscal no está legitimado para proponer el conflicto, habida cuenta de su condición de parte, en el esquema adversarial propio del nuevo sistema (...) este debe ser propuesto por el Juez de Control de Garantías...”

M.P. Dr. HENRY VILLARRAGA OLIVEROS

“Antes de que se produjera el tránsito en nuestro ordenamiento jurídico, del sistema penal dispositivo característico del Código de Procedimiento Penal contenido en la Ley 600 de 2000, al sistema Acusatorio conforme al mandato constitucional del Acto Legislativo N° 03 de 2002, desarrollado en la Ley 906 de 2004, con

fundamento en las normas que acaban de citarse, tradicionalmente esta Superioridad venía sosteniendo que, para entender debidamente trabado un conflicto de jurisdicciones, se requería como elemento esencial, la presencia de una disputa entre dos autoridades, bien fuera reclamando ambas la competencia para dirimir un litigio (conflicto positivo), o ambas rehusando su conocimiento (conflicto negativo). Así, entonces, se tenía sentado lo siguiente:

“(…)”⁸⁰.

De tal manera que, cuando faltaba el pronunciamiento de alguna de las autoridades, se entendía que el conflicto no estaba trabado y, en consecuencia, la Sala se inhibía de dirimirlo, disponiendo la remisión de las diligencias al representante de la jurisdicción que aún no se había expresado sobre el asunto y, una vez cumplido tal requisito, se procedía por la Colegiatura a adoptar la decisión que en derecho correspondía. Tal postura se mantuvo en forma pacífica hasta que, al entrar en vigencia la Ley 906 de 2004, surgió dentro de este tribunal de los conflictos, la discusión atinente a si con el nuevo sistema penal acusatorio era aún sostenible tal postura o si, por el contrario, debía cambiarse el criterio, dirimiendo los “conflictos” aun faltando el pronunciamiento de una de las autoridades que podrían reclamar o rehusar la competencia para dirimir un asunto criminal.

Del tránsito constitucional y legislativo al sistema penal acusatorio, supone, entre otras cosas, que ya el Fiscal no está legitimado para proponer el conflicto, habida cuenta de su condición de parte, en el esquema adversarial propio del nuevo sistema, por lo tanto, este debe ser propuesto por el Juez de Control de Garantías, no obstante, esta Sala ha considerado mayoritariamente, que a pesar de no *encontrarse debidamente trabado el conflicto, se debe garantizar los principios de economía procesal, celeridad u pronto acceso a la administración de justicia, dada la trascendencia social de las conductas objeto de investigación y la salvaguarda de los derechos fundamentales tanto de los sujetos procesales, como de las víctimas, toda vez que al analizar el caso concreto es necesario garantizar por parte de esta Colegiatura una decisión de fondo en la cual se esclarezcan los hechos objeto de investigación y así garantizar la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal*—artículo 228 de la Constitución Política.” (Rad. 110010102000201103817 00, 2 de febrero de 2011. Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Consejo Superior de la Judicatura).

80 Providencia del Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria. M.P. Rubén Darío Henao Orozco, Rad. 20032928 01 09 Aprobada en Acta 127 del 17 de septiembre de 2003.



Justicia Penal Militar

Avanzar con Justicia,
Autonomía e Independencia

Tribunal Superior Militar

Carrera 10 No. 27-61 - Octavo piso
Edificio Residencias Tequendama - Torre Sur
Conmutador: 282 0394
Teléfonos: 282 0383 - 282 0364
MK. 28557