Revista Judicial
Tribunal Superior Militar

Edición No. 006 Octubre 2012

Compilación jurisprudencia
Incluye CD con sentencias

"La Justicia es el hábito o disposición permanente, que tiene por sujeto la voluntad del alma humana de obrar constantemente y siempre con justicia, preservando su propósito, sin que nada lo perturbe, aun estando en juego su propia vida. Proporcionando a cada uno su derecho".

Santo Tomás de Aquino

"La Justicia es el hábito o disposición permanente, que tiene por sujeto la voluntad del alma humana de obrar constantemente y siempre con justicia, preservando su propósito, sin que nada lo perturbe, aun estando en juego su propia vida. Proporcionando a cada uno su derecho".

Santo Tomás de Aquino

Justicia Penal Militar

CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA
Presidente Tribunal Superior Militar

TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA
Vicepresidente Tribunal Superior Militar

DRA. CLARA CECILIA MOSQUERA PAZ
Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar

CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA
TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA
TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS
TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ
Comité Selección y Publicación de la Revista Judicial del Tribunal Superior Militar

SP. AMANDA MOLINA VILLARREAL
CP. ÓSCAR ANDRÉS ÁLVAREZ ROJAS
Comité de Revisión

JENNYFER MOLINA SÁNCHEZ
Dirección de Arte

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
Diseño e Impresión

Coronel
CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA
Magistrado
Presidente Tribunal Superior Militar

EDITORIAL

Hacia el fortalecimiento de la jurisdicción especializada

En uno de sus más memorables discursos, Alberto Lleras Camargo expresaba: *"(…) Pero el juez vocacional y no ocasional no busca riquezas ni más poder que el que el Estado deposita en su capacidad de Juzgador. Como el militar de vocación, el Juez no ignora que es duro el oficio, que parece ingrato, que es arduo y que exige más esfuerzo que muchos otros. Y sin embargo, lo adopta. (...) Todo lo podemos aplazar, todo lo podemos hacer más tarde. Hay muchas cosas y muchos conceptos que esta crisis de la humanidad va a llevarse y a destruir. Pero defendamos la justicia, organicémosla, démosle un alto origen, hagámosla independiente de los partidos, hagámosla invulnerable a la coacción. La justicia, por sí sola, conservará todo lo que valga conservarse, defenderá todo lo que deba perdurar y nos devolverá la patria intacta, después de este tiempo de desconcierto y de desorden"*[1].

Hoy, cuando en el Congreso de la República cursa el Acto Legislativo de 2012, 16 Senado, 192 Cámara, que busca reformar los artículos 116, 152 y 221 de nuestra Constitución Política, el cual propende a definir el marco de aplicación del fuero penal militar, consecuentemente la jurisdicción castrense, destacar y precisar el juez natural, subrayamos que se trata de resolver la dificultad que la historia judicial del país ha mostrado cuando se producen soluciones diversas y controversiales a particulares, situaciones fácticas que conllevan vaciar de contenido el fuero militar, todo por la falta de exactitud conceptual respecto del alcance del fuero castrense, los elementos que lo componen y lo que significa relación con el servicio. La reforma se deriva del problema jurídico que la historia ha puesto de presente, así: en el juicio de imputación y eventual responsabilidad, ¿cuál es el derecho aplicable al miembro de la fuerza

1 *Lleras y el derecho. Sentido democrático de lo jurídico.* Editorial Club de abogados. Pág. 134.

pública que en un país en conflicto interno de carácter no internacional conduce hostilidades? ¿Y cuál es la autoridad judicial llamada a aplicarlo?

La reforma también busca precisar criterios de aplicación, imputación y armonización del derecho internacional en el derecho penal interno, para que el funcionario judicial militar u ordinario invoque y valore en su decisión los catálogos de principios que regulan los conflictos consagrados en el marco del derecho internacional humanitario[2], y hacer prevalecer nuevamente el principio de legalidad en Colombia, a veces tan mancillado. Consecuentemente, reorganizar la Jurisdicción Penal Militar, fortalecerla, garantizar aún más su autonomía e independencia, liberarla de posturas sesgadas de carácter ideológico y por efectos propios de la reforma conseguir que en buena hora el derecho penal militar regrese al ámbito académico, al escenario natural de discusión y construcción: la universidad. Como dijera Alberto Lleras, *"La justicia por sí sola conservará todo lo que valga conservarse, defenderá todo lo que deba perdurar".*

Al respecto insistimos en que cualquier reforma que se intente debe ser consecuente con la realidad colombiana, caracterizada, lamentablemente, por décadas de conflicto interno, por demás prolongado e intenso, lo que lleva a reflexionar sobre

2 Derecho de Ginebra. Derecho de La Haya. Protocolo II, artículo 3° común a los Convenios de Ginebra.

Izquierda a Derecha:

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

el tipo de amenaza que ha tenido y debe enfrentar nuestra fuerza pública, lo que sugiere verificar la potencialidad, capacidad de estructura y daño de los grupos organizados al margen de la ley; sin duda ello conlleva precisar el marco jurídico en que debe actuar el militar o policial para alcanzar la finalidad constitucional[3]. Una reforma al fuero castrense y a la jurisdicción especializada no puede estar exclusivamente basada en la comparación de justicias militares y vigencia del fuero de otras latitudes ostensiblemente disímiles a nuestra historia, entre otras, por vivir en paz, por tener tradición, realidades y momentos históricos diferentes, perspectiva geográfica, antropológica, política y social, diversa; lo que demanda un juicio de valoración coherente con nuestra realidad.

Por lo anterior, resulta igualmente imperioso y urgente que se radique el proyecto de ley que estructura la Fiscalía General Penal Militar, el Cuerpo Técnico de Investigación de la jurisdicción especializada, que reorganiza las diferentes instituciones creadas por medio de la Ley 1407 de 2010, al no estar reglamentadas se siguen generando sensibles traumatismos en la administración de justicia militar, dificultades que se han evidenciado en la construcción de una línea jurisprudencial, pues si bien es cierto la ley está plenamente vigente y debe aplicarse desde el 17 de agosto de 2010[4], también lo es que la no implementación genera serios problemas que hemos venido advirtiendo en nuestras decisiones, en distintos espacios académicos, políticos y administrativos. Desde este escenario insistimos, y respetuosamente solicitamos al Gobierno Nacional[5], al poder Legislativo, radicar el proyecto y dar trámite al mismo; la urgencia y necesidad de esta ley es consecuente con la inmediata eficacia de la jurisdicción penal militar que tanto se reclama.

Una vez más presentamos a nuestros funcionarios, a la comunidad jurídica, académica y a la sociedad nacional e internacional la jurisprudencia que viene decantando el Tribunal Superior Militar, particularmente sobre la imperativa vigencia y aplicación desde el 17 de agosto de 2010 de la Ley 1407 del mismo año, "Nuevo Código Penal Militar". Expresamos, desde la Presidencia de la Corporación, nuestra especial complacencia como miembros del único Tribunal Militar del país con competencia nacional de formar parte de este momento histórico que ínsito lleva el proceso de cambio, de fortalecimiento, posicionamiento y dignificación de nuestra jurisdicción especializada. Las providencias dispuestas en este nuevo ejemplar reflejan la capacidad, idoneidad, compromiso, estoicismo y profundidad académica de todos y cada uno de los Honorables Magistrados, en las cuales se da solución a los problemas jurídicos que proponen las partes y que a diario enfrentan nuestros operadores jurídicos, y así brindar al destinatario de la norma un proceso penal de ciudadano, rodeado de la observancia de principios, derechos y garantías, para alcanzar la seguridad jurídica requerida en nuestra nación.

Las providencias compiladas reflejan la línea mayoritaria de la Corporación, sin dejar de lado posturas discrepantes, absolutamente respetables; por ello incorporamos algunas aclaraciones y salvamentos de voto que se han producido. El extrac-

3 Arts. 2º, 6, 91, 93, 94, 214-2, 216, 217, 216 Const Pol.

4 Corte Constitucional, Sentencia C-444 del 25 de mayo de 2011.

5 Arts. 623, 624, 625, 627 y 628 de la Ley 1407 de 2010.

to ofrece solución adecuada a la tan mentada vigencia y aplicación de la Ley 1407 de 2010, remedia las inquietudes que se derivan si se está frente a un problema de tránsito o coexistencia de leyes, el problema de la derogatoria de la Ley 522 de 1999 y cómo se resuelve el hecho de no estar implementado el procedimiento establecido en la nueva ley procesal penal militar, el ámbito de validez temporal de la normatividad, el principio de favorabilidad, estructuras de imputación tratadas con rigorismo y atención en la dogmática penal moderna. En suma, todo un recorrido por las diferentes situaciones que enfrenta la jurisdicción, por lo que invitamos a nuestros funcionarios a estudiarla y atenderla.

No queremos dejar de lado el sentido y meritorio reconocimiento a quienes hacen posible nuestra gestión, trabajadores incansables, silenciosos, estudiosos, comprometidos, sin los cuales no es viable alcanzar la excelencia que demanda este sistema de administración de justicia, nos referimos a nuestros Asistentes, Empleados y personal de Secretaría, sin Ustedes nuestra labor no sería oportuna. Por todo ello, gracias.

ASISTENTES TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

De izquierda a derecha: IT. Rodrigo Menza Córdoba, AJ1. Yusmary Casallas González, AJ1. Berledis Banquez Herazo, AJ1. Jeannie Johana Alfonso Torres, AJ1. Dora Sofía Barrero, CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, AJ1. Mery Lucy Villamil Muñoz, IJ. Vitelma Moya Carrillo, AJ1. Socorro Redondo Cotes, PT. Flor María López García y AJ1. Luz Marina Ayerbe Collasos.

SECRETARÍA PRESIDENCIA TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

De izquierda a derecha: AS7. Pedro Alfonso Lobatón Calderón, CP. Óscar Álvarez Rojas, SP. Amanda Molina Villarreal, CR. Camilo Andrés Suárez Aldana e IT. Rocío Aliria Correa Correa.

SECRETARÍA GENERAL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

De izquierda a derecha: ESC. Efraín Oswaldo Pacheco, ESC. Flor Patricia Santos Ramírez, MA1. José Luis Muñoz Marchán, T4. Carlos Rafael Villarreal Morales y SEC. Martha Flor Lozano Bernal.

ÍNDICE ALFABÉTICO GENERAL

EXTRACTOS PROVIDENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

ABANDONO DE COMANDOS ESPECIALES
Operaciones relacionadas con el mantenimiento del orden público.
Rad. 155430, 29 de febrero de 2012
M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión 19

ABANDONO DE COMANDOS ESPECIALES - ANTIJURIDICIDAD PENAL
La nueva regulación de la Ley 1407 de 2010, genera un nuevo escenario de discusión. Significado de la expresión "efectivamente".
Rad. 157098, 30 de abril de 2012
M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión 19

ABANDONO DEL PUESTO
Se estructura el tipo penal de abandono del puesto, si el integrante de la Fuerza Pública, no es relevado por la persona facultada para ello, al igual que si se autorreleva.
Rad. 156937, 22 de julio de 2011
M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 20

ABANDONO DEL SERVICIO
La aplicación del principio de favorabilidad debe armonizarse con el contenido del artículo 626 Ley 1407 de 2010.
Rad. 157107, 19 de septiembre de 2011
M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión 21

ABANDONO DEL SERVICIO DE SOLDADOS VOLUNTARIOS O PROFESIONALES
Alcance del ingrediente normativo abandonar los deberes propios del cargo en operaciones militares.
Rad. 156945, 15 de junio de 2011
M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión.....23

ABANDONO DEL SERVICIO DE SOLDADOS VOLUNTARIOS O PROFESIONALES
El legislador en lugar de descriminalizar la conducta, contempló una nueva modalidad en la Ley 1407 de 2010.
Rad. 156425, 21 de febrero de 2012
M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión 24

ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA
Atipicidad - Elemento normativo del delito.
Rad. 156069, 04 de julio de 2012
M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....25

ACEPTACIÓN DE CARGOS EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL
Momento procesal.
Rad. 157058, 29 de julio de 2011
M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 25

ÁMBITO DE VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY
Diferencia entre vigencia e implementación. Los efectos de la implementación en un cuerpo normativo dependen de la vigencia y no al contrario. Estudio sobre la procedencia de rebaja de pena.
Rad. 157350, 30 de julio de 2012
M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión 27

AMENAZAS
El punible de amenazas como delito de peligro.
Rad. 156938, 30 de septiembre de 2011
M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 31

ANUNCIO DEL SENTIDO DEL FALLO
Cuando se aceptan los cargos, per se, no genera nulidad la falta de anuncio del sentido del fallo.
Rad. 156988, 29 de julio de 2011
M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión 33

ATAQUE AL INFERIOR
La acción de comando sugiere conocimiento, experiencia, capacidad de discernimiento en la toma de decisiones, competencia, criterio, responsabilidad y sensatez. Implica juicio, prudencia, oportunidad, drasticidad y rigor, pero con cordura y respeto.
Rad. 157023, 20 de junio de 2011
M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión. 36

ATAQUE AL SUPERIOR MODALIDAD AMENAZAS
Oficiosidad del Juez para ordenar ampliación, complementación y aclaración del dictamen pericial.
Rad. 157244, 26 de marzo de 2012
M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....37

AUTORÍA MEDIATA
Quien interviene bajo coacción o error se constituye en instrumento del hombre de atrás.
Rad. 153735, 31 de julio de 2012
M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 38

CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD
El estudio del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010 y de las causales de ausencia de responsabilidad que allí se consagran, debe realizarse con apego al contenido íntegro de la norma y no en forma parcializada. Cada una ampara situación fáctica específica.
Rad. 157378, 27 de junio de 2012
M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 40

COLISIÓN DE COMPETENCIAS
La argumentación fundada exclusivamente en institutos del derecho administrativo no es determinante ni exclusiva para establecer la competencia, pues esta se define por ley a partir del factor funcional u organizacional.
Rad. 157264, 30 de abril de 2012
M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión.....40

CONCURSO APARENTE DE TIPOS
Coexistencia del momento consumativo. Desobediencia y Deserción.
Rad. 157206, 08 de febrero de 2012
M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión 42

CONCURSO DE DELITOS
Desobediencia y deserción, ¿concurso real o aparente de tipos?
Rad. 157118, septiembre 02 de 2011
M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión.....42

CONCURSO RECÍPROCO
La existencia de un concurso recíproco con existencia de dos procesados con cadenas finalísticas distintas y con imputación de delitos diferentes, acarrean trámite procesal distinto, impide la aplicación de la conexidad procesal.
Rad. 157060, 30 de marzo de 2012
M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 43

CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL
Comporta tanto las principales y las accesorias, cuando no se determina en el fallo, respecto de cuál opera el subrogado.
Rad. 155777, 26 de agosto de 2011
M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....45

CONFLICTO DE COMPETENCIAS
Diferencias sustanciales entre quienes la provocan - Los autos de esta naturaleza carecen de recursos.
Rad. 155510, 13 de diciembre de 2011
M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 45

CORTE MARCIAL – LEY 522 DE 1999
El Fiscal no está obligado a sostener la acusación. Puede solicitar absolución.
Rad. 157082, 26 de marzo de 2012
M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión 46

DE LA VIGENCIA Y DEROGATORIA DE LA LEY PENAL
Derogatoria tácita y orgánica de la Ley 522 de 1999.
Rad. 157351, 4 de junio de 2012
M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 48

DEBIDO PROCESO
Violación por error en la calificación jurídica provisional genera nulidad.
Rad. 156701, 28 de febrero de 2012
M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....51

DEFENSA TÉCNICA
Abandono de los deberes propios del cargo.
Rad. 157075, 17 de noviembre de 2011
M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....52

DEFINICIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL
Su contenido no limita la calificación del mérito del sumario
Rad. 156315, 29 de julio de 2011
M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 53

DEL ABUSO DE AUTORIDAD
Cualquier procedimiento militar o policial por muy exitoso que llegare a resultar en un comienzo, puede devenir en ilegal posteriormente, si se comprueba que en su realización se irrespetaron las garantías mínimas de la población civil y la comunidad en general.
Rad. 148949, 06 de junio de 2012
M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 54

DEL HOMICIDIO POR OMISIÓN IMPROPIA
Necesidad de verificar los elementos para concretar el tipo penal
Rad. 157037, 31 de octubre de 2011
M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 55

DELITO DE DESERCIÓN
Condición de desplazado y exención para la prestación del servicio militar por esta condición.
Rad. 157104, 15 de septiembre de 2011
M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 57

DERECHO DE DEFENSA
La no advertencia al procesado sobre el derecho a guardar silencio y no autoincriminarse, al igual que no hacer las admoniciones contenidas en el artículo 33 de la Constitución Política vulnera no solo el debido proceso en la instrumentalidad de las formas, sino además transciende al derecho de defensa.
Rad. 154638, 22 de julio de 2011
M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 58

DESERCIÓN
Aceptación de cargos en la Ley 522 de 1999 y la 1407 de 2010. Identidad en supuestos de hecho. Favorabilidad. Rebaja de pena.
Rad. 157150, 26 de octubre de 2011
M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión 59

DESOBEDIENCIA
Elementos que configuran la orden vinculante o de relevancia penal.
Rad. 156948, 31 de mayo de 2012
M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión
ACLARACIÓN DE VOTO, CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ 62

DETENCIÓN PREVENTIVA
Si del material probatorio no se justifica la detención preventiva de acuerdo a los fines de la misma, el Juez Indefectiblemente debe abstenerse de proferir medida de aseguramiento, aun evidenciándose el indicio grave de responsabilidad.
Rad. 156949, 08 de agosto de 2011
M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 62

DICA "PRINCIPIO DE DISTINCIÓN" DERECHO DE LA GUERRA
Causales excluyentes de responsabilidad.
Rad. 156188, 29 de febrero de 2012
M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....63

DOSIFICACIÓN PUNITIVA
Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.
Rad. 156970, 27 de julio de 2011
M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión.....65

ELEMENTO OBJETIVO FUNCIONAL DEL FUERO
HOMICIDIO. Cuando no existe la relación entre los hechos y la misión castrense encomendada, exigible para la activación del fuero militar, no es predicable que la competencia recaiga en la Justicia Penal Militar.
Rad.156951, 22 de junio de 2011
M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión 66

ELEMENTO SUBJETIVO DEL DOLO EN LOS DELITOS DE PELIGRO
Desobediencia.
Rad. 157122, 29 de septiembre de 2011
M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 67

FINES DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO
Cuando se analizan los fines y no se encuentra que el procesado pueda violarlos el funcionario debe abstenerse de proferir medida de aseguramiento sin caucionar su libertad.
Rad.156962, 19 de septiembre de 2011
M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión 68

FUERO MILITAR – TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN – COMPETENCIA NEGATIVA ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR
Hechos relacionados con el servicio
Rad. 157204, 15 de diciembre de 2011
M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 69

FUERO PENAL MILITAR
Alcance de la expresión "Servicio" en los delitos típicamente militares
Rad. 157078, 28 de marzo de 2012
M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 71

FUERO PENAL MILITAR
Fuero para la Policía Nacional. Fundamento Constitucional. Alcance de la relación con el servicio.
Rad. 157097, 14 de septiembre de 2011
M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 73

FUGA DE PRESOS – DESPLAZAMIENTO DE INTERNO
Prohibición de regreso.
Rad. 156496, 30 de junio de 2011
M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 75

HURTO AGRAVADO
No responder los alegatos de la defensa en los aspectos fundamentales genera nulidad.
Rad. 157074, 22 de agosto de 2011
M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión 77

IMPEDIMENTO POR LA CAUSAL 6, ARTÍCULO 231 DE LA LEY 1407 DE 2010
"Por haber participado en el proceso".
Rad. 157283, 09 de julio de 2012
M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión 77

IMPROCEDENCIA REBAJA DE PENA HASTA LA MITAD POR ACEPTACIÓN DE CARGOS
Preacuerdos y negociaciones previstas en la Ley 1407 de 2010, responden al nuevo sistema procesal penal al igual que sus correspondientes rebajas.
Rad. 157349, 25 de junio de 2012
M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión 79

IMPUTACIÓN FÁCTICA
Debe atender a la prueba recaudada.
Rad. 157020, 30 de agosto de 2011
M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión 81

IN DUBIO PRO REO
¿A qué tipo de hechos se aplica?
Rad. 156985, 18 de julio de 2011
M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión.....81

INDAGACIÓN PRELIMINAR
Fines
Rad. 157365, 9 de julio de 2012
M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 82

INDAGATORIA
No es viable que persona distinta al juez pueda interrogar en diligencia de indagatoria.
Rad. 157081, 16 de diciembre de 2011
M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 83

INDIVIDUALIZACIÓN E IDENTIFICACIÓN
Debe ser de interés en la indagación preliminar.
Rad. 157229, 07 de febrero de 2012
M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión 84

INIMPUTABILIDAD
Homicidio culposo trastorno mental intelecto límite /oligofrenia.
Rad. 157235, 30 de julio de 2012
M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....85

JUSTICIA PREMIAL COMO CAMINO PARA LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO JUDICIAL
El 50% de la rebaja punitiva consecuencia de un preacuerdo o negociación previsto en el artículo 493 de la Ley 1407 de 2010.
Rad. 157279, 30 de agosto de 2012
M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 86

LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA
Presupuestos para que pueda ser causal de exención de la prestación del servicio militar obligatorio.
Rad. 157234, 23 de febrero de 2012
M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 89

LA RESPONSABILIDAD EN COMISIÓN POR OMISIÓN FRENTE A LA LEY 1407 DE 2010
La imputación del resultado lesivo en el esquema posfinalista del delito.
Rad. 157036, 21 de septiembre de 2011
M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión.....91

LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA
No es mecanismo sustitutivo de la pena de prisión en la Ley 1407 de 2010.
Rad. 156165, 22 de marzo de 2012
M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión 92

LEGALIDAD DE LA PENA. VIGENCIA DE LA LEY
DESOBEDIENCIA - PENA ACCESORIA DE SEPARACIÓN ABSOLUTA
El beneficio excluyente de la Ley 1407 de 2010 para penas menores de dos (02) años debe ser aplicado por favorabilidad a procesos regidos por la Ley 522 de 1999.
Rad.151191, 29 de noviembre de 2011
M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión 92

LESIONES PERSONALES
Conflicto Negativo de Competencia - Juzgado de Primera Instancia Inspección General de la Policía Nacional y Juzgado de Departamento de Policía de Santander.
Rad. 151388, 27 de junio de 2012
M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....93

LESIONES PERSONALES
Uso adecuado de la fuerza – Factores que lo determinan para que la conducta sea atípica
Rad. 157114, 28 de noviembre de 2011
M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 94

LESIONES PERSONALES
Con la entrada en vigencia de la Ley 1407/10 solo se impone la separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas, cuando la pena sea mayor a dos (2) años de prisión, salvo que la condena sea sobre un delito contra el servicio, caso en el cual no aplican estas penas accesorias.
Rad. 155768, 29 de julio de 2011
M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión 95

LESIONES PERSONALES CULPOSAS
Auto de cierre de investigación en la Ley 522 de 1999. No es de simple trámite o de impulso procesal, es esencial en el esquema procesal.
Rad. 157153, 31 de octubre de 2011
M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión 96

LESIONES PERSONALES DOLOSAS- REPARACIÓN E INDEMNIZACIÓN INTEGRAL COMO CAUSAL DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL
Instituto de Indemnización Integral en el procedimiento Especial.
Rad. 156316, 28 de octubre de 2011
M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....97

LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE FUNCIONES Y ATRIBUCIONES
Procedencia.
Rad. 155584, 24 de noviembre de 2011
M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....98

LEY 1407 DE 2010 Y CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD
Actuar en cumplimiento de un deber legal – Requisitos para que opere la causal.
Rad. 156781, 29 de julio de 2011
M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión 99

NOTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN
La acusación es la pieza procesal esencial que señala el marco jurídico dentro del cual debe desenvolverse el juicio y la sentencia. Por ello es fundamental garantizar su publicidad e impugnación.
Rad. 157334, 11 de mayo de 2012
M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 102

NULIDAD
No comunicación apertura indagación preliminar, investigación formal, tardía vinculación – Oportunidad para invocarlas.
Rad. 157262, 22 de mayo de 2012
M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....103

OBEDIENCIA DEBIDA
El deber de advertencia como causal de ausencia de responsabilidad.
Rad. 157000, 06 de septiembre de 2011
M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión.....104

OPERACIONES MILITARES
Concepto, campamento, competencia para fijar los límites del campamento.
Rad. 157112, 26 de septiembre de 2011
M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión 108

PECULADO CULPOSO
Necesidad del elemento normativo de la relación funcional con el objeto material del delito
Rad. 157157, 08 de marzo de 2012
M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 110

PECULADO CULPOSO
Pérdida de armamento en bases móviles. Deber objetivo – Criterio normativo.
Rad. 156497, 30 de septiembre de 2011
M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión 112

PECULADO CULPOSO
No ha sido descriminalizado por la Ley 1407 de 2010.
Rad. 156726, 21 de noviembre de 2011
M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión 114

PECULADO CULPOSO - DECLARATORIA DE DESIERTO DEL RECURSO DE APELACIÓN
Ante una circunstancia objetiva, como la presentación extemporánea del recurso, procede de plano la declaratoria de desierto, sin necesidad de surtir traslado al Ministerio Público.
Rad. 157187, 15 de marzo de 2012
M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión 114

PECULADO CULPOSO - MERA TENENCIA
Disponibilidad material del bien que se le haya confiado al Sujeto Activo por razón o con ocasión de sus funciones.
Rad. 150622, 20 de febrero de 2012
M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....115

PECULADO POR DEMORA EN ENTREGA DE ARMAS, MUNICIONES Y EXPLOSIVOS
Solo es imputable en la modalidad dolosa – El plazo de 15 días a que alude el tipo penal se entiende hábiles.
Rad. 157381, 23 de julio de 2012
M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión 115

PECULADO POR EXTENSIÓN
No fue despenalizado en la Ley 1407 de 2010
Rad. 140630, 12 de marzo de 2012
M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión 117

PENA ACCESORIA DE SEPARACIÓN DE LA FUERZA PÚBLICA
Es dable su inaplicación invocando el principio de favorabilidad cuando la Ley 1407 de 2010 no la consagra para determinado tipo penal.
Rad. 156327, 18 de julio de 2011
M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión 119

PLURALIDAD DE AUTORES EN EL DELITO CULPOSO
Teorías que implican la intervención delictiva.
Rad. 157242, 28 de junio de 2012
M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 120

PRINCIPIO DE JERARQUÍA
Alcance como causal de impedimento.
Rad. 143113, 19 de mayo de 2011
M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión 121

PRINCIPIO DE LESIVIDAD
Antijuridicidad material en los delitos militares.
Rad. 157121, 27 de septiembre de 2011
M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 122

PRISIÓN DOMICILIARIA
Su no aplicación en la jurisdicción castrense no vulnera la Constitución, ni tampoco los instrumentos internacionales.
Rad. 157016, 21 de junio de 2011
M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 124

PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD
Tutela el bien jurídico de la libertad individual y otras garantías, injusto de lesión, de conducta permanente y pluriofensivo.
Rad. 156359, 29 de julio de 2011
M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....125

PROCEDIMIENTO ESPECIAL LEY 1058 DE 2006
El Juez de Conocimiento debe realizar el control de legalidad antes de abrir a juicio.
Rad. 156925, 22 de agosto de 2011
MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión 125

PRUEBAS PEDIDAS EN LA INSTRUCCIÓN
Carga procesal de los intervinientes que las solicitan.
Rad. 156952, 28 de junio de 2012
M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....127

PRUEBAS PEDIDAS EN LA INSTRUCCIÓN
Marco de referencia: pertinencia, conducencia y utilidad.
Rad. 156751, 28 de junio de 2012
M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....128

REBAJA DE PENA POR ACEPTACIÓN DE CARGOS
La rebaja de la Ley 1407 de 2010 es aplicable en la Ley 522 de 1999.
Rad. 157228, 11 de abril de 2012
M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión 129

RECONOCIMIENTO EN ÁLBUM FOTOGRÁFICO EN ETAPA PRELIMINAR
No requiere presencia de defensor cuando no se conoce el indiciado.
Rad. 156866, 27 de febrero de 2012
M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....129

RECURSO DE HECHO
Presupuestos.
Rad. 157109, 26 de septiembre de 2011
M.P. MY (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión.....130

RECURSO DE REPOSICIÓN
Excepciones al principio de inimpugnabilidad del auto que resuelve la reposición.
Rad. 156871, 25 de agosto de 2011
M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....131

REVOCATORIA DE LAS PROVIDENCIAS
Su figura no puede utilizarse para impugnar las decisiones que se encuentran formalmente ejecutoriadas.
Rad. 156976, 20 de septiembre de 2011
M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión 132

SERVICIO MILITAR
La condición de indígena como elemento objetivo del tipo.
Rad. 157211, 19 de abril de 2012
M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión.....133

SUSPENSIÓN Y APLAZAMIENTO DE LA PENA
Diferencias.
Rad. 149106, 7 de octubre de 2011
M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....134

VIGENCIA DE LA LEY 1407 DE 2010
Su publicación, vigencia y aplicación.
Rad. 156898, 26 de julio de 2011
M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión 135

VIGENCIA LEY 522 DE 1999 VS. LEY 1407 DE 2010
Parte sustantiva de la Ley 522 fue derogada por la Ley 1407.
Rad. 157322, 14 de junio de 2012
M.P. CN (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión 137

VIOLACIÓN DEBIDO PROCESO
Falta Notificación Parte Civil.
Rad. 157271, 25 de mayo de 2012
M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....138

EXTRACTOS PROVIDENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

ABANDONO DE COMANDOS ESPECIALES

Operaciones relacionadas con el mantenimiento del orden público.

" (…) De lo anterior podemos deducir, que toda acción o procedimiento de la Fuerza Pública realizada en el marco del cumplimiento de la labor, es decir – del servicio – que le ha sido asignada por la Constitución y la Ley o lo que es lo mismo, la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, queda comprendida en el concepto de operación, y para el caso de la Policía Nacional, en procedimientos de policía. (…).

En este orden de ideas, si la misión constitucional dada a la Policía Nacional, la que está relacionada con el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz[1], es indudable que ello representa el mantenimiento del orden público de cara a los conceptos que la Corte Constitucional ha desarrollado en reiterada jurisprudencia, como se puede observar en los apartes transcritos. De igual manera, podemos observar que este concepto en el Código Nacional de Policía[2] quien de manera expresa en su artículo 2º ha atribuido a la Policía Nacional la conservación del orden público interno. En este orden de ideas, no queda duda alguna que todos los procedimientos y actuaciones de un comandante, parta este caso que hoy convoca la atención de la Sala, de estación de Policía, se encuentran dirigidos al mantenimiento del orden público en su jurisdicción". **(Rad. 155430, 29 de febrero de 2012, M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ABANDONO DE COMANDOS ESPECIALES - ANTIJURIDICIDAD PENAL

La nueva regulación de la Ley 1407 de 2010 genera un nuevo escenario de discusión. Significado de la expresión "efectivamente".

A este respecto, merece especial atención el análisis de la antijuridicidad, tomando en consideración la entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2010, que en su artículo 17 consagra una nueva visión de esta figura dogmática.

Este cambio de regulación, con la introducción de la expresión "efectivamente" puesta en negrilla, conlleva un nuevo escenario de discusión dentro del ámbito de la Justicia Penal Militar, pues ya no basta con una simple contrariedad de la conducta con lo dispuesto en el tipo penal, sino que se requiere la existencia de

1 Artículo 218 C. Pol.

2 Decreto 1355 de 1970, Código Nacional de Policía.

un comportamiento que lesione o ponga en peligro, de manera efectiva, un bien jurídicamente tutelado, aspecto que en definitiva se erige como el fundamento del injusto penal, al requerir la confluencia de los desvalores de acción y de resultado para que la conducta obtenga el calificativo de antijurídica.

Entonces, con este nuevo marco normativo vigente, la conducta debe examinarse bajo el prisma de la antijuridicidad formal y material, teniendo en cuenta que siempre que se determina la existencia de una antijuridicidad material se supone la formal, mas no siempre que se determina la formal, puede suponerse la antijuridicidad material. En este caso el reproche penal solo puede estar cimentado sobre la base de la existencia de una conducta que lesione en forma efectiva o ponga en peligro en forma efectiva los bienes jurídicos tutelados por la norma penal, de manera que si no hay lesión o esta es de menor levedad, no habrá activación del derecho penal en cuanto este responde a los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del derecho penal existente dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro. (**Rad. 157098, 30 de abril de 2012, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ABANDONO DEL PUESTO

Se estructura el tipo penal de abandono del puesto si el integrante de la Fuerza Pública no es relevado por la persona facultada para ello, al igual que si se autorreleva.

"En este orden de ideas, le asiste plena razón al a quo cuando argumenta que no existe duda que el procesado AG. Q se apartó del lugar que tenía asignado para el cumplimiento de sus funciones policiales, ignorando que la finalización del servicio o turno no se realiza de manera automática, sino con el respectivo relevo ante el superior inmediato, para en su lugar ilícitamente el procesado entregó el cargo de Comandante de Guardia a un Auxiliar Regular que cumplía con sus deberes de patria y quien apenas se encontraba cumpliendo su turno de Vigilancia en Patrulla Motorizada.

La jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia nos enseña que el tipo penal consagrado en el artículo 124 de la Ley 599 de 2000 solo es atribuible al militar o policial en servicio activo que a través de trámites formales, previamente establecidos, se le haya asignado una función, tarea o cargo específico, y que luego incumple[3]; lo que efectivamente acontece en el presente caso, cuando el AG. QD, previamente designado en el cargo de Comandante de Guardia de la Estación de Policía La Ceja – Antioquia para los turnos 4° y 1° a partir del día sábado 19-04-2008, según el libro de minutas de Servicio de Vigilancia[4], decide abandonar el puesto, para realizar actividades ajenas a sus funciones, como lo fue el acompañar al Jefe de Vigilancia en Patrulla Motorizada y de atender actividades personales, dejando la seguridad y vigilancia de la Instalación Policial en manos de un joven Auxiliar Regular, lo que contrasta con el Reglamento de Servicios de Guarnición para la Policía

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 12878, 23 de mayo de 2001, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

4 Folio 23. Se allega el folio 51 del libro de minutas del servicio de vigilancia para la Estación de Policía La Ceja (Antioquia).

Nacional (Resolución No. 9857 del 9 de noviembre de 1992), vigente para la fecha de los hechos, pero también, con el sentido común.

Así las cosas, la Sala considera que se equivoca la apelante cuando señala, que la conducta de su prohijado es atípica y antijurídica, con el argumento de que si bien es cierto, se separó de su puesto sin el permiso del superior, lo hizo por la urgencia de la situación y, además, que no se puso en peligro el bien jurídico tutelado, al haber designado a su 'compañero V', para que lo remplazara en la prestación del servicio, sumado a que no ve reflejado el dolo, pues 'actuó dejando el puesto en manos de un subalterno con la creencia errónea de estar haciendo las cosas lícitamente'.

Con esta apreciación de los hechos, ignora la impugnante que el procesado Q había sido designado, previamente y con las formalidades de ley para un turno de doce (12) horas, en el cargo de Comandante de Guardia de la Estación de Policía, que implicaba garantizar la seguridad y vigilancia de la Instalación Policial de manera continua durante el servicio, entre otras funciones, por lo que el abandono de la función como tal o su interrupción, estructura el tipo penal previsto en el artículo 124 del Código Penal Militar, vigente para la fecha de los hechos.

En el mismo sentido, desconoce la apelante que el relevo del cargo de Comandante de Guardia está a cargo únicamente del superior que lo hubiese designado o quien haga sus veces al momento del acto, para el caso en estudio, la facultad para relevarlo radicaba en cabeza del señor TE. MAR, en su calidad de Comandante de la Estación de Policía La Ceja - Antioquia, sin que le asistiera facultades al propio procesado para autorrelevarse, a pesar del cargo que ostentaba, lo que de por sí rompe con la estructura jerárquica y de disciplina que caracteriza a todo estamento policial o militar. El anexo 5 al artículo 14 de la Resolución No. 9852 del 9 de noviembre de 1992, consigna de manera expresa las funciones del Comandante de Guardia, sin que en ella conste el autorrelevarse o las facultades para designar su remplazo". **(Rad. 156937, 22 de julio de 2011, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ABANDONO DEL SERVICIO

La aplicación del principio de favorabilidad debe armonizarse con el contenido del artículo 626 Ley 1407 de 2010.

Es incuestionable, que este proceso se hallaba en trámite cuando entró a regir el nuevo Código Penal Militar, razón por la cual, ante el aludido tránsito de legislaciones, era imperioso para el operador jurídico establecer cuál de las normativas era la más benigna para el procesado, acatando el principio de favorabilidad previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, artículo 11 de la Ley 522 de 1999, y artículo 8º de la Ley 1407 de 2010.

Ahora, al cotejar los parámetros contenidos en los estatutos punitivos en comento, se tiene que el anterior, Ley 522 de 1999, en el artículo 44, contempla como penas principales la prisión, el arresto y la multa, y en el artículo 45 enlista las penas accesorias.

En el artículo 48, preceptúa: "La pena de prisión consiste en la privación de la libertad personal y se cumplirá en un **establecimiento carcelario militar o policial** en la forma prevista por la ley" (negrillas fuera del texto).

A su vez, en el artículo 49 establece que el arresto "consiste en la privación de la libertad personal y se cumplirá en las **salas de arresto** de las unidades militares o policiales, en la forma prevista en la ley" (salas de arresto).

En el artículo 60, señala como pena accesoria a la de prisión la separación absoluta de la fuerza pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo al de la pena principal, excepto cuando se trata de delitos culposos sancionados con prisión.

En el nuevo Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010, en el artículo 36 estipuló como penas principales la prisión y la multa, desapareciendo el arresto, y en el artículo 37 señaló las penas accesorias. En punto a la prisión mantuvo idéntica la definición de la Ley 522 de 1999. Mientras que en el artículo 51, aunque conservó las penas accesorias a las de prisión en la misma forma como lo hacía esta última ley, la excluyó para los delitos contra el servicio y aquellos en que la pena impuesta no sea superior a dos (2) años de prisión.

La Ley 522 de 1999 en el artículo 126 contemplaba para el delito militar de abandono del servicio pena que oscila entre uno (1) y tres (3) años de arresto, mientras que la 1407 de 2010, en el artículo 107, aunque la cambió a prisión, mantuvo los mencionados límites máximo y mínimo de la pena, lo cual acorde con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y el criterio sentado por esta Colegiatura, no significa que dicho delito fuera despenalizado, pues solo hizo más drásticas las consecuencias punitivas aumentando cualitativamente la medida, razón por la cual es acertado que el fallador primario hubiese optado por aplicar la primera normativa, por ser la más favorable al establecer pena de arresto, norma que estimamos debió armonizarse con el artículo 626 de la Ley 1407 de 2010, que es diáfana en establecer que en los procesos que se encontraran en curso al entrar en vigencia dicha ley se entenderá que tres (3) días de arresto equivalen a uno (1) de prisión, de manera tal que este caso encajaba perfectamente en el anterior supuesto de hecho.

Como subrayó la representante del Ministerio Público, no queda duda de que la anterior conversión es más favorable para el PT. (r) QPJL, por cuanto la pena de 10 meses de arresto impuesta, es decir, 300 días, al aplicársele la fórmula en mención se reduce en 200 días, lo cual da como resultado una sanción de 100 días, esto es, el equivalente a 3.3 meses de prisión.

De otra parte, la pena de prisión no genera ninguna otra consecuencia gravosa para el condenado, habida cuenta que el artículo 51 de la Ley 1407 de 2010 eliminó las penas accesorias a la pena de prisión, de separación absoluta de la Fuerza Pública e interdicción de derechos y funciones públicas para los delitos contra el servicio y en aquellos en que la pena impuesta no sea superior a dos (2) años de prisión, circunstancias que están presentes en el asunto bajo examen.

De manera tal que del anterior marco normativo, para este caso en particular, se colige que la diferencia más significativa entre prisión y arresto se circunscribe al lugar donde el condenado tendría que pagar la pena privativa de la libertad, porque en relación con la duración y penas accesorias, aunque parezca contradictorio aplicar el artículo 626 de la Ley 1407 de 2010, que convierte el arresto (sanción más favorable) en prisión (sanción más severa), atendiendo las consecuencias prácticas referidas esta última se torna más benigna para el condenado. **(Rad. 157107, 19 de septiembre de 2011, M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ABANDONO DEL SERVICIO DE SOLDADOS VOLUNTARIOS O PROFESIONALES

Alcance del ingrediente normativo abandonar los deberes propios del cargo en operaciones militares

El argumento del instructor se basa en la errada y revaluada concepción que tiene sobre los elementos del tipo objetivo que componen el injusto de Abandono del Servicio de Soldados Voluntarios o Profesionales, su imprecisión conceptual y la desatención al cambio de pensamiento de la Corporación es lo que suscita el recurso. Sorprende también que se olvide el sentido y alcance de los ingredientes normativos campaña u operación militar, a los que el ente investigador da una interpretación restrictiva, equivocada y que corresponde a una postura recogida y superada por este Tribunal.

Tal y como se ha indicado por esta Corporación, el concepto operación militar debe consultar la doctrina militar que demanda su desarrollo dinámico, permanente y constante y no limitado sobre erradas percepciones de "actuación combativa", pensar así es vaciar de contenido lo que significa una operación militar, el fin que persigue, la razón por la cual se despliegan las tropas en un área o jurisdicción. Aquella ha de corresponder al objetivo y adecuado contexto en que se valora el accionar de las unidades castrenses destacadas en áreas de operaciones y que enfrentan una realidad tan particular y difícil como la colombiana.

Las categorías facción y servicio no tienen el mismo contenido, sentido y alcance frente a tropas destacadas en guarnición, patio, en labores administrativas o de entrenamiento, que aquellas que se encuentran fuera de la Unidad y que se ubican táctica y estratégicamente en el terreno, su presencia fuera de la instalación militar corresponde a la ejecución de una operación militar que se expresa de diversas formas amén que puede tener varios propósitos, pero no por ello deja de ser una situación operacional. La operación militar sugiere un planeamiento, la observancia de un procedimiento reglado, la emisión de órdenes, ejecución de misiones, (estratégica, táctica, de servicios, entrenamiento o administrativa, comprendiendo el proceso de movimiento, suministro, ataque, defensa, descanso y las maniobras necesarias), para conseguir el objetivo y finalidad constitucional.

Por manera que el ingrediente normativo "operaciones militares" no es restrictivo ni se limita, en la obtusa visión del instructor, a criterios de "actitud actuante (sic) combativa y dinámica", sino que corresponde a una verdadera dinámica, en los términos señalados en precedencia. Se equivoca el instructor cuando considera que el descanso es ajeno a la situación operacional, los Ejércitos están conformados por hombres y como tal se debe diseñar un plan que garantice su reposo, aun en situaciones altamente críticas, lo que al producirse en cortos o determinados espacios de tiempo **en el área de operaciones** no significa que se deje de estar en constante situación de facción, ya que el contexto operacional se mantiene no se interrumpe"[5] **(Rad. 156945, 15 de junio de 2011, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ABANDONO DEL SERVICIO DE SOLDADOS VOLUNTARIOS O PROFESIONALES

El legislador, en lugar de descriminalizar la conducta, contempló una nueva modalidad en la Ley 1407 de 2010.

En todo caso, el artículo 127 de la Ley 522 de 1999 es del siguiente tenor:

"El soldado voluntario o profesional que abandone los deberes propios del servicio en campaña u operaciones Militares, por cualquier tiempo, incurrirá en arresto de uno (1) a tres (3) años, y el artículo 108 de la Ley 1407 de 2010 reza que el soldado voluntario o profesional que abandone los deberes propios del servicio en campaña, operaciones Militares, por cualquier tiempo, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años".

Lo anterior significa que en ningún momento el legislador tuvo la voluntad de descriminalizar la conducta que en uno y otra ley denominó "Abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales"; inclusive todo lo contrario, puesto que en la nueva ley se erigió una nueva modalidad de la conducta, esto es, la contemplada en los siguientes términos:

"La pena será de uno (1) a dos (2) años de prisión, cuando el soldado voluntario o profesional en cumplimiento de actividades propias del servicio se ausente de la unidad sin permiso por más de cinco (5) días, o cuando no se presente a los superiores respectivos dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que se cumpla un turno de salida, una licencia, una incapacidad, un permiso o terminación de comisión u otro acto del servicio o en que deba presentarse por traslado".

La no descriminalización de la conducta puede afirmarse además, al llevar a efecto el ejercicio de discriminar los elementos de tipo objetivo y subjetivo, llegándose fácilmente a la conclusión de que se trata de los mismos. Y por último, cuando el procesado fue acusado y luego condenado por la conducta prevista en el artículo 127 mencionado, estuvo acertada la Fiscalía y el Juzgado

5 Ver decisiones en el mismo sentido Tribunal Superior Militar Rad.155645, 02 de marzo de 2009, M.P. CN. (r) Jorge Iván Oviedo Pérez; 153811, 20 de octubre de 2009, M.P. TC. Ismael Enrique López Criollo; 155322, 27 de febrero de 2009, M.P. TC. Camilo Andrés Suárez Aldana; 153998, 04 de mayo de 2007, M.P. MY. (r) Marycel Plaza Arturo.

de Primera Instancia, pues era el tipo penal no solamente vigente al momento que ocurrieron los hechos, sino que desde el punto de vista de la sanción, también más favorable al procesado". (**Rad. 156425, 21 de febrero de 2012, M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA

Atipicidad - Elemento normativo del delito

Tal como lo afirmamos en acápites precedentes el elemento normativo del punible de Abuso de Función Pública lo es, la Competencia funcional del agente, y en el caso de marras, lo era si el PT. M y objeto material lo es, por lo que no observa esta Sala de Decisión como lo quiere significar el recurrente Vertical que el Fallador Primario confundió la Administración Pública con la Función Pública, cuando solo remembró lo sentado por la Honorable Corte Suprema de Justicia respecto a este reato, y la responsabilidad más exigente que para el Servidor Público deriva la Norma de Normas, para resaltar que lo que protege este bien jurídico es que exista delimitación en los cargos y funciones que cada Servidor Público debe cumplir, sin inmiscuirse en el rol de otro que no le corresponde.

Lógico es, que el Juez de Instancia para sustentar la providencia objeto de Apelación se refiriera a la Administración Pública en general, sin adentrarse en los preceptos de la Ley 489 de 1993 como catálogo normativo que orienta al Derecho Administrativo Colombiano, toda vez que la Administración Pública es la única titular de la Función Pública, y cuando el Servidor Público desarrolla las facultades y atribuciones propias de dicha función sin estar facultado para tal, transgrede la norma.

Ello fue lo que aconteció en el caso de marras, por cuanto, está probado en grado de certeza que el señor PT. ODMC, invadió la esfera de dominio que tenía la Fiscalía General de la Nación / Fiscalía Séptima Local de Tauramena (Departamento de Casanare), cuando esta era la única competente para determinar la devolución o no del rodante inmiscuido en un accidente de tránsito, acontecimiento que motivó su inmovilización por parte del personal de tránsito del cual hacía parte el procesado. **(Rad. 156069, 04 de julio de 2012, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE. Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ACEPTACIÓN DE CARGOS EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL

Momento procesal

El encuentro entre el Fiscal, el procesado y su defensor, para concertar si hay posibilidad de aceptar cargos, debe ser previo a la audiencia de Acusación y Acep-

tación de cargos, no debe entenderse que es simultáneo a la vista pública y dicha entrevista debe ser dirigida por el Fiscal y no por el Juez de Conocimiento.

"En el caso sub examine y concretamente en la Audiencia de Acusación y Aceptación de Cargos la Jueza de Instancia, olvidó que esta diligencia propia del procedimiento especial contemplado en la Ley 1058 de 2006, tiene características de un esquema procesal acusatorio, vislumbrándose en ella principios como la oralidad, concentración e inmediación, por esta razón, y por ser donde se cristaliza la etapa del juicio debe realizarse, con total apego a las formalidades que la Ley consagró para esta actuación. Ritos que fueron desacatados por la Funcionaria de Primer Grado y cuyo desconocimiento vulnera no solo el debido proceso en las formas propias del juicio, sino además trasciende al derecho de defensa del enjuiciado. (…).

Lo primero que se aprecia por la Colegiatura, es que no obra prueba que permita inferir que antes de la Audiencia de Acusación y Aceptación de Cargos, se hubiera realizado un encuentro entre la señora Fiscal, el procesado y su defensor, con el propósito de acordar si existía posibilidades de aceptar cargos, entrevista en la que debe explicarse al procesado sobre las ventajas y consecuencias jurídicas que implica esa aceptación.

La reunión que establece la Ley Especial, debe darse una vez el Fiscal adquiera la calidad de sujeto procesal y dentro de los ocho (8) días siguientes a la ejecutoria de la Resolución de Acusación, mismo lapso que tiene el Juez de Conocimiento para celebrar la audiencia de juzgamiento. En todo caso será, antes de la diligencia de Acusación y Aceptación de Cargos, y bajo el entendido que se trata de dos (2) momentos procesales diferentes y no como erradamente lo acopló la Juez de Instancia en la misma Audiencia.

Pues, de darse una interpretación diferente a la norma, cuál sería el sentido para que la misma disposición después de concertar ese encuentro entre el Fiscal, el procesado y su defensor, señalara:

"Llegados el día y la hora, el Juez de conocimiento instalará la audiencia de corte marcial, advirtiendo al sindicado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si ha llegado a un acuerdo con el Fiscal y en qué consiste este, o si se declara inocente o culpable".

Sin embargo, la Jueza de conocimiento inicia la vista pública y después de indicar las personas que se encontraban presentes, le manifiesta al enjuiciado: **"en esta audiencia a usted le voy a dar la oportunidad de hacer aceptación de los cargos por el delito de DESOBEDIENCIA acusación proveniente de la Fiscalía 24 Penal Militar"** y seguidamente le explica los beneficios y consecuencias jurídicas que acarrea su aceptación a los cargos imputados, posteriormente le concede el uso de la palabra a la Fiscal para que sustente la acusación. Pero, se repite, ese momento procesal debió surtirse antes de la audiencia de acusación y aceptación de cargos, y dirigido por la Fiscal en presencia del procesado y su defensor.

La ley de manera diáfana establece que la Juez debe interrogar al enjuiciado si llegó a un acuerdo con el Fiscal, seguidamente lo amonesta para que libremente y sin apremio de juramento señale cómo se declara, lo que no fue acatado por la funcionaria, pues no le preguntó sobre si había existido ese encuentro previo, sumado al hecho que agotó ella y no la Fiscal esa etapa, y en la misma diligencia de acusación y aceptación de cargos, y no con anterioridad como lo demanda la disposición castrense". **(Rad. 157058, 29 de julio de 2011, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ÁMBITO DE VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY

Diferencia entre vigencia e implementación. Los efectos de la implementación en un cuerpo normativo dependen de la vigencia y no al contrario. Estudio sobre la procedencia de rebaja de pena.

Las normas del nuevo Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010, deben interpretarse y aplicarse de forma tal que guarden armonía con los principios generales y derechos fundamentales consagrados en la Carta Política de 1991.

"Tal y como se anota, desde el 17 de agosto de 2010 se ha venido decantando el tema y hoy la Corporación ha construido una línea mayoritaria que nos permite reafirmar, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-444 de 2011 en la que se evocan las providencias C-084 de 1996 y C-873 de 2003, que cuando una ley es promulgada se pregona su vigencia, consiguientemente surgen sus efectos jurídicos y deviene en imperativo su aplicación. Se predica igualmente la irretroactividad de la nueva ley, salvo los casos de extractividad (retroactividad, ultractividad) que se invoca por favorabilidad. En su oportunidad la precitada Corte dispuso: *"(…) cuando se fija la fecha de inicio de la vigencia de una ley se señala el momento a partir del cual dicha normatividad empieza a surtir efectos, de la misma manera se alude al periodo de vigencia de una norma determinada para referirse al lapso de tiempo durante el cual esta habrá de surtir efectos jurídicos (…)"*[6].

El umbral interpretativo está en la comprensión y acatamiento de los artículos 7 y 177 de la Ley 1407, postulados que establecen el principio rector de legalidad, caro precepto que no se puede soslayar cuando este corresponde a una verdadera conquista de la humanidad, generada en el seno de la Revolución francesa y que el Profesor Feuerbach Paul Johann trajo al derecho penal. Se destacan desde entonces principios que lo rigen, como: *nulla poena sine crimine, nullum crimen sine praevia lege, nullum crimen sine praevia lege, nemo iudex sine lege*[7], entre otros.

Cuando se verifica el ámbito de validez temporal de la ley no puede desatenderse la observancia de la "*lex previa y scripta*", del "*tempus comissi delicti" o "tempus regit actum",* lo que comporta precisar el momento en que se entiende come-

6 Corte Constitucional, sentencia C-444 de 2011.

7 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Luigi Ferrajoli. Editorial Trotta. Pág. 93.

tida la conducta y la necesaria confrontación con la ley vigente, esto es, proceso de adecuación típica que incorpora el mandato respecto a que: "*nadie puede ser investigado, procesado, juzgado o condenado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le atribuye (…)*"[8].

Ahora bien, puede ocurrir que el injusto se realice bajo la vigencia de una de las dos leyes coexistentes, pero en conflicto (Ley 522 de 1999 y 1407 de 2010), lo que no suscita dificultad en su solución, toda vez que la norma aplicable es la que rige al instante de la comisión de la conducta, es decir, en el caso en estudio esta última normatividad; en consecuencia, no se deben intentar elucubraciones jurídicas que solo apuntan a la confusión y generan inseguridad jurídica. Lo planteado permite aseverar que adquiere todo sentido el artículo 22 de la Ley 1407 cuando prevé: "*Tiempo de la conducta punible. La conducta punible se considera realizada en el tiempo de su ejecución, o en aquel en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el resultado*".

Llamamos la atención en cuanto a que la Ley 1407 de 2010 es un código integrado, que prevé dos secciones, en la primera se ubica la parte general y especial y en la segunda el procedimiento, situación que de alguna manera acrecienta la dificultad interpretativa, que no se genera en la justicia ordinaria, toda vez que los institutos se regulan por leyes diferentes y promulgadas en tiempo diverso (Ley 599 de 2000 y 906 de 2004). Consecuente con ello, esta legislación produjo dos efectos denominados acontecimiento jurídico y evento fáctico, aquel corresponde a que una vez aprobado por el Congreso de la República el proyecto de Ley en junio de 2007, incorporándose en el artículo 628 como norma de **Derogatoria y vigencia,** lo siguiente: *"Artículo 628. La presente Ley regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 10 de enero de 2010, conforme al régimen de implementación. Los procesos en curso continuarán su trámite por la Ley 522 de 1999 y las normas que lo modifiquen. Parágrafo. El artículo 625 de la presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación".* Lo que sugiere afirmar la voluntad del Legislador para que la nueva codificación entrara en vigencia dos años y medio después de su promulgación con el interés que el sistema estuviera listo para ser implementado.

El segundo aspecto, corresponde al evento fáctico que atañe a la promulgación, la que se produjo por el Ejecutivo el 17 de agosto de 2010, y que como se ha indicado, tras ser insertada en el *Diario Oficial*, deviene en que el momento en que surte todos los efectos jurídicos es en dicha fecha. Las dificultades que se derivaban del 1° de enero al 17 de agosto de 2010 son superadas en la sentencia C-444 de 2011, apoyándose la Corte Constitucional en la C-932 de 2006, que establece que ninguna Ley rige antes de su promulgación.

No está de más recordar que son ya varias las decisiones[9] emitidas por el Tribunal Superior Militar en las que se ha señalado que la Ley 1407 de 2010 cobró

8 Art. 29 de la Carta Política de 1991 y 7º de la Ley 1407 de 2010.

9 Ver Tribunal Superior Militar, Rad. 157156, Segunda Sala de Decisión, M.P. TC. Fabio Enrique Araque Vargas, 31 de octubre de 2011; 157086, Primera Sala de Decisión, M.P. TC. Ismael Enrique López Criollo, 14 de marzo de 2012; 157120, Cuarta Sala de Decisión, M.P. TC. Jacqueline Rubio Barrera, 28 de septiembre de 2011; 157132, Segunda Sala de Decisión, M.P. MY. (r) José Liborio Morales Chinome, 155246, Cuarta Sala de Decisión, M.P. CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, 28 de enero de 2011; 157084,

vigencia, consecuentemente efectos jurídicos y aplicación a partir del 17 de agosto de 2010 y en tal sentido ha utilizado varios de sus contenidos; por solo enunciar algunos, se ha pronunciado sobre la aplicación del artículo 15 como pilar de la nueva estructura del injusto, también criterios de imputación objetiva, delito imprudente - canon 25, causales de ausencia de responsabilidad - artejo 33, la no imposición de pena accesoria según los criterios del artículo 51, el no trámite del grado jurisdiccional de consulta, los fines de la medida de aseguramiento - cánones 466 y 467, trámite de impedimentos - artejo 242 y casación - artículo 346 y ss., dosificación punitiva a partir de los factores de menor y mayor punibilidad - artículo 55, entre otras.

Esclarecido lo anterior, la dificultad se deriva de los mandatos dispuestos en los artículos 623, 626, 627 y 628 de la Ley 1407 de 2010, la Ley 522 de 1999, el principio de favorabilidad y la declaratoria de inexequibilidad del citado canon 628 que condicionó o moduló el efecto jurídico bajo el entendido que la normatividad empezaría a regir a partir del reiterado 17 de agosto de 2010, y destacando que tal vigencia será "para todos los efectos". Al respecto la Corte indicó:

"(…) En consecuencia, como en el presente caso estos derechos pueden verse violentados la Sala estima necesario declarar la inexequibilidad desde el momento en que la norma fue promulgada, es decir que el fallo tendrá efectos desde el ***17 de agosto de 2010 fecha de su publicación en el*** **Diario Oficial*****, a partir de la cual se entenderá vigente la norma para todos los efectos,*** *sin perjuicio de la aplicación de lo prescrito en aparte final del artículo 628 –no demandado–, según el cual los procesos en curso –al entrar en vigencia la ley– continúan su trámite por la Ley 522 de 1999 y las normas que la modifiquen, aspecto que no demanda realizar ningún tipo de integración normativa para efectos de la presente decisión*".(Negrita de la Sala).

(…) Por ello hemos expresado que respetuosamente discrepamos de lo esbozado en el radicado 157127, **pues no puede olvidarse que los efectos de implementación en un cuerpo normativo, dependen de la vigencia y no al contrario.** Así las cosas, la implementación depende de la validez de la norma, pensar en contrario conspira contra el principio de legalidad. Un Estado en ejercicio de la política criminal difiere su ejecución en el tiempo, **pero del procedimiento, no de normas generales ni sustanciales o sustantivas**, **pues ellas tienen plena vigencia y aplicación desde cuando son promulgadas;** es así que, con el acostumbrado respeto, disentimos cuando se asegura que este tipo de regulaciones sustantivas solo pueden ser empleadas cuando las adjetivas estén implementadas, esto contraría, insistimos, la vigencia del principio de legalidad. La utilización desde el 17 de agosto de 2010 de criterios sustantivos (parte general y especial) y adjetivos o procesales

Primera Sala de Decisión, M.P. CN. (r) Jorge Iván Oviedo Pérez, 30 de agosto de 2011; 157086, Primera Sala de Decisión, M.P. TC. Ismael Enrique López Criollo, 14 de marzo de 2012; 156649, Segunda Sala de Decisión, M.P. TC. Fabio Enrique Araque Vargas, 30 de marzo de 2012; 156075, Primera Sala de Decisión, M.P. TC. Noris Toloza González, 11 de marzo de 2011; 155246, Cuarta Sala de Decisión, M.P. TC. Camilo Andrés Suárez Aldana, 28 de enero de 2011; 156851, Segunda Sala de Decisión, M.P. MY. (r) José Liborio Morales Chinome, 4 de febrero de 2011; 156850, Tercera Sala de Decisión, M.P. MY. (r) Marycel Plaza Arturo, 28 de febrero de 2011; 156856, Segunda Sala de Decisión, M.P. CR. María Paulina Leguizamón Zárate, 21 de febrero de 2011; 156898, Primera Sala de Decisión, M.P. TC. Ismael Enrique López Criollo, 26 de julio de 2011; 156985, Cuarta Sala de Decisión, M.P. CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, 18 de julio de 2011; 156847, Cuarta Sala de Decisión, M.P. CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, 8 de febrero de 2011; 156425, Primera Sala de Decisión, M.P. CN. (r) Jorge Iván Oviedo Pérez, 21 de febrero de 2012; 157130, Segunda Sala de Decisión, M.P. TC. Fabio Enrique Araque Vargas, 29 de febrero de 2012. Rad 157351. 04 de junio 2012, M.P. Fabio Enrique Araque Vargas.

de contenido sustancial corresponde también a lo que la Corte ha denominado "entrada en vigencia para **todos sus efectos"**.

No puede perderse de vista el mandato de La Guardiana de la Constitución cuando prevé que la ley se entenderá vigente para **todos sus efectos** desde el 17 de agosto de 2010. En conclusión, no cabe duda que ante el pleno vigor de la Ley 1407 "Nuevo Código Penal Militar", los reatos cometidos con posterioridad a dicha calenda son los dispuestos en esta normatividad en su libro segundo, los cuales deben ser valorados conforme los principios, estructura del injusto y punibilidad consagrados en el libro primero; ello comporta todos los efectos, y destaca el principio de legalidad del delito y de la pena, la cual un Estado que se precia como Social de Derecho no puede menospreciar.

En cuanto hace a normas procesales de contenido sustancial en la Ley 1407 de 2010, no puede olvidarse que en principio corresponden a todas aquellas que versan o materializan la restricción de derechos fundamentales, particularmente las que apuntan al derecho a la libertad, restricción de la misma, punibilidad, rebajas y las consagradas en los artejos 464, 465 y 466, referentes a los fines de la medida de aseguramiento.

En igual sentido, lo preceptuado en el canon 467 sobre la procedencia de la detención preventiva, causales de libertad diseñadas en el artículo 470, y 493 atinente a la rebaja de pena, entre otras.

Resulta oportuno evocar lo que señala la Corte Constitucional en sentencia C-708 de 2005 y SU 062 de 2001 cuando confluyen en tiempo y espacio normas sustantivas y procedimentales que en razón de su nueva vigencia se ha de predicar su aplicación inmediata y el fenómeno de irretroactividad, o el efecto producido por ser diferidas en el tiempo a razón de planes de implementación; al respecto precisó que cuando se determina que una ley se aplicará de acuerdo a la gradualidad que fije la misma y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca, "Simplemente se hizo expreso el principio de irretroactividad de la ley penal para formular algunas precisiones inherentes a los aspectos temporales de la reforma", vale decir, la Corte está revalidando que la ley rige para el futuro, se está refiriendo exclusivamente a la norma adjetiva, en consecuencia al fenómeno de irretroactividad[10] pero para el procedimiento, no para normas sustantivas, donde por excelencia opera fenómenos de extraactividad de la ley, esto es, retroactividad o ultractividad. Por ello persistimos que **la implementación del sistema acusatorio tiene que ver con el proceso y no con los delitos.** Las normas del nuevo Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010, deben interpretarse y aplicarse de forma tal que guarden armonía con los principios generales y derechos fundamentales consagrados en la Carta Política de 1991, no olvidemos que el límite de interpretación del derecho penal castrense es la Constitución y el bloque de constitucionalidad.

10 Corte Constitucional, sentencia C-1092 de 2003.

Para ahondar en razones debe recordar la Sala que el Tribunal se ha pronunciado sobre el tema en comento en más de cincuenta providencias[11], lo que ha generado una línea mayoritaria en decisiones adoptadas por las Salas Primera, Segunda, Cuarta y aclaración de voto por parte de un Magistrado de la Sala Tercera". (**Rad. 157350, 30 de julio de 2012, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

AMENAZAS

El punible de amenazas como delito de peligro. "(…)

Previo a analizar tan puntual argumento, se deberán contextualizar los elementos que caracterizan el penal de amenazas tal como lo ha venido reiterando esta Sala de Decisión[12], en el entendido, que este delito penal 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 su 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 doctrina[13] 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 superior[14] o ataque al inferior[15]. 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 monosubjetivo. Por último, de acuerdo a la clasificación según el bien jurídico protegido, se dirá que es un punible de peligro.

11 Verificado en Relatoría.

12 Ver Tribunal Superior Militar, Rad. 155759, 31 de marzo de 2011, M.P. TC. Fabio Enrique Araque Vargas, Segunda Sala de Decisión.

13 REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Tipicidad*, Editorial Temis, 1989.

14 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…".

15 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…".

De lo anteriormente expuesto, 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-temporalmente[16] 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. (…).

Ahora bien, el punto de discrepancia, es determinar si la conducta desplegada por el procesado la noche del 11 de marzo de 2006 cuando salió de su cambuche con su equipo de campaña incluido el fusil y el machete hacia el área donde pernoctaba el señor CT. PMCA, y que las palabras utilizadas allí para reclamar sobre lo que el procesado consideraba una omisión del oficial y la falta de atención al problema de salud que lo aquejaba en ese entonces vulneran la disciplina bajo el tipo penal de amenazas.

En primer término habrá de señalarse que en la dogmática penal existe delitos de lesión y de peligro, estos últimos no requieren resultado físico frente al bien jurídico, sino que su estructuración se da en el punto de poner en riesgo el bien jurídico objeto de protección que en el caso sub judice es la disciplina. En otras palabras, ante la existencia de la destrucción total o parcial del bien estamos en presencia de un delito de daño, pero si solo nos encontramos en la posibilidad de producir aquel daño nos hallamos frente a un delito de peligro.

Siguiendo las enseñanzas de la Doctrina Argentina, el Profesor Davis Baigún[17] señala que la tipificación del peligro en materia penal tiene características singulares, de una parte, la existencia del peligro, "cosa en sí" es condición imprescindible para la configuración del delito; por otra –pero al mismo tiempo–, el peligro aparece vinculado al daño o lesión del bien, es decir, como "cosa para" algo. La presencia de los dos conceptos en forma coincidente señala, precisamente, la especificidad del concepto.

La cosa en sí, es entendida como una situación que se da en la realidad, conducta que altera el estatus del medio social y que por sí misma, es idónea para producir una repercusión en el ámbito de la sociedad. Y la cosa para algo, es la idoneidad de aquella para provocar un daño.

En el caso de la protección de la disciplina como bien jurídico, ha de señalarse, que la ley penal no solo protege objetos tangibles, sino también intereses de la colectividad, tal es el caso de la organización militar y policial donde la ley penal militar protege intereses colectivos de su propia naturaleza, es decir, intereses institucionales comunes a todos sus integrantes, como la disciplina. (…).

Probada así la situación fáctica o real, podremos afirmar entonces, que en la estructuración del peligro se encuentra evidenciado el elemento "cosa en sí". Ahora bien, habrá de valorarse si ello tiene la posibilidad real de poner en riesgo la disciplina. Sobre este particular, ha de precisarse que ese riesgo o ese peligro debe concretarse.

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

17 BAIGÚN, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo,* Editorial Euros Editores, Buenos Aires (Argentina), 2007.

Tal peligro determinado no debe partir del entendido de un hecho concreto –sensorial– pues no siempre lo concreto aparece por fenómenos externos visibles, tangibles, apreciables por los sentidos, lo concreto en el tipo penal que protege el bien jurídico de la disciplina obedece a un proceso mental, a guisa de ejemplo para explicar este proceso mental "en el campo de los delitos de peligro no resulta difícil la ejemplificación. Cuando el legislador conceptúa que una conducta determinada (por ejemplo el artículo 205 del Código Penal) pone en peligro el bien tutelado de la salud pública y reprime la introducción clandestina al país de alcaloides o narcóticos, refleja en realidad un peligro concreto mental"[18].

Lo anterior nos lleva a concluir que para predicar la situación de peligro del bien jurídico protegido como lo es la disciplina, por tratarse de un delito de peligro implica establecer la probabilidad de daño de dicho bien jurídico, y esta se establece a partir de la constatación real de la acción **"cosa en sí"** y su actitud para provocar el daño **"cosa para algo".**

Respecto de la **"cosa en sí"** reiteraremos que está contenida en el actuar físico y naturalístico del procesado cuando se dirigió en busca de su superior y el estado de alteración acompañado de su equipo de campaña "armas" expresaba frases insultantes, intimidatorias y desafiantes para obtener de su superior la orden de evacuación del área de operaciones.

Y respecto de la **"cosa para algo"** es decir que aquella realidad tenga la actitud para producir el daño al bien jurídico, también se evidenció en la conducta desplegada por el procesado, pues esta, tiene la fuerza suficiente para poner en peligro el bien jurídico de la disciplina, ya que en el contexto social militar lo correcto, lo normal u ordinario es que las relaciones entre los militares están gobernadas por los criterios de cortesía y respeto. Pues no se debe olvidar que el militar tiene unas normas de conducta que deben regir su comportamiento las cuales se compendian en conceptos como deberes, valores militares, valentía, compromiso y disciplina. Y son estos conceptos los que nos permiten predicar que el actuar del procesado se guió por el respeto como tampoco se permite predicar que aquella reclamación fue desarrollada bajo los criterios de lealtad y conducto regular. Sean estos criterios que deben ser inherentes a la figura del ser militar los que fueron puestos en peligro y en consecuencia se puede predicar la potencialidad de daño al bien jurídico de la disciplina, es decir, **"cosa para algo". (Rad. 156938, 30 de septiembre de 2011, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ANUNCIO DEL SENTIDO DEL FALLO

Cuando se aceptan los cargos, per se, no genera nulidad la falta de anuncio del sentido del fallo.

"Corresponde precisar previamente, que si bien la petición de nulidad fue hecha por el señor Fiscal 29 Penal Militar cuando ya se había proferido la sentencia de fecha

18 Ver Ob. cit., pág. 21.

8 de febrero del año en curso, es viable entrar a decidir sobre la misma, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 390 del Código Penal Militar <Ley 522 de 1999> toda vez que las causales de nulidad pueden ser objeto de ser alegadas en cualquier estado del proceso, y para el caso de estudio la sentencia aún no cobraba ejecutoria, siempre y cuando claro, no hayan sido debatidas en el curso del proceso". (…).

"Conforme las anteriores normas, tenemos que la audiencia del juicio oral, entonces, es el escenario procesal en el cual, de acuerdo con la sistemática acusatoria penal, se practican las pruebas, con sujeción a los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración, elementos que al tiempo que le imprimen una identidad propia, lo distancian, en gran proporción, del juzgamiento en los sistemas procesales anteriores, donde regía el principio de permanencia de la prueba, en el que los elementos de juicio practicados por la Fiscalía General de la Nación desde la fase preliminar de la investigación, podían ser el soporte de la sentencia[19]". (…).

"En este orden de ideas, resulta lógico pensar que si la inmediación comporta la percepción directa del juez sobre las pruebas y los alegatos de las partes y la concentración implica la valoración del acervo probatorio en un lapso temporal que no puede ser prolongado, y si tales principios no gobiernan el proceso penal militar que regula la Ley 1058 de 2006, ni la Ley 522 de 1999 donde existe el principio de permanencia de la prueba, tenemos que concluir que el anuncio del sentido del fallo que prevé la Ley 1058 de 2006 para el procedimiento abreviado no cumpliría con el objetivo para el cual fue establecido en la Ley 906 de 2004, pues si lo que se intenta es que ese sentido del fallo sea el producto de la idea que se forma el juez sobre la totalidad de la prueba que se haya recopilado en su presencia, luego de escuchar las alegaciones de las partes, en este evento esto no ocurriría, al existir una etapa de investigación donde se practican casi la totalidad de las pruebas que sirven en el juicio para sustentar el fallo respectivo, contrario al concepto de la Señora Procuradora que actúa ante esta corporación en este sentido, pues en cualquier momento podría el juzgador volver sobre el recaudo probatorio para sustentar la sentencia.

De igual manera, ese anuncio del sentido del fallo en la Ley 1058 de 2006, no reviste ninguna otra importancia diferente que otorgarle al procesado una expectativa de llegar a ser absolutorio, pues en dicha normatividad no se encuentra consagrado el incidente de reparación integral (Artículo 103 Ley 906 de 2004, y 266 Ley 1407 de 2010), ni audiencia especial para discutir los aspectos atinentes a la individualización de la pena y la concesión o no de subrogados penales (Artículo 447 Ley 906 de 2004 y 588 Ley 1407 de 2010), que en nuestro procedimiento se debaten en la misma audiencia pública, al igual que el tema relacionado con la responsabilidad del procesado". (…).

"Es importante resaltar en torno al tema, que la aceptación de cargos como mecanismo abreviado de terminación de la actuación – debe culminar con sentencia condenatoria y para el caso del procedimiento establecido en la Ley 1058 de 2006, no reviste ninguna importancia ni para el procesado ni para la víctima, de haberla, pues no crea expectativas que lo favorezcan, ni derechos, si tenemos en cuenta que en la Ley 1058

19 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 32829, 17 de marzo de 2010, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

de 2006, ni tampoco en la Ley 522 de 1999 se encuentra consagrado el incidente de reparación integral, y recuérdese que la importancia de emitir un sentido del fallo, radica precisamente, en que a partir de ese momento se empiezan a contar los 30 días (art. 106 Ley 906 de 2004) para que se abra el incidente de reparación integral (art. 102 de la Ley 906 de 2004) y la posibilidad de intervenir dentro de él con amplias facultades tanto para presentar y solicitar pruebas, como para ser oído en su intervención, al igual que para conciliar con el acusado, con el tercero civil responsable o con el llamado en garantía, tal como lo precisa el último de los mencionados dispositivos legales y los subsiguientes. Y tampoco hay audiencia especial para discutir los aspectos atinentes a la individualización de la pena y la concesión o no de subrogados penales, porque en nuestro procedimiento se debaten en la misma audiencia pública, al igual que el tema relacionado con la responsabilidad del procesado, como antes se mencionó.

En esas condiciones, tenemos que en el adelantamiento de la actuación por vía de la aceptación de los cargos, no tiene cabida el anuncio del sentido del fallo, pues es obvio que la sentencia en estas condiciones debe ser de naturaleza condenatoria. Y si nos remitimos al procedimiento señalado en la Ley 906 de 2004, aún regido por otros principios que no gobiernan el procedimiento establecido en la Ley 1058 de 2006, en su artículo 293 no contempla el sentido del fallo después de haberse aceptado la imputación, pues lo único que procede es examinar por parte del juez de conocimiento el acuerdo para determinar que fue voluntario y convocar la audiencia para la individualización de la pena y la sentencia". (…).

"En este orden de ideas, cuando hay aceptación de cargos, a pesar de que la Ley 1058 de 2006 dispone que deba emitirse el sentido del fallo (excepto cuando la manifestación es mixta, es decir, de aceptación respecto de un delito y de inocencia respecto a otro u otros), en caso de no darse, podríamos hablar de una irregularidad la que no podemos considerar como sustancial, pues no es cierto como lo ha dicho el señor Fiscal recurrente, que se ha sorprendido a las partes con una incierta decisión o que se dejó en vilo a quienes como partes solicitaban una expresión de justicia de manera oportuna, pues ya vimos que en estos eventos ni lo uno ni lo otro se da, toda vez que después de la aceptación de cargos solo procedía una sentencia de carácter condenatorio y era lo que debían esperar los sujetos procesales, y para el caso de estudio, esa expectativa de condena quedó debidamente informada tal como podemos observar al inicio del acta de la audiencia de acusación y aceptación de cargos visible a folio 137 del cuaderno, cuando se dejó constancia de las consecuencias que se derivaban de la aceptación de cargos, que no podían ser otros que obtener "como beneficios la rebaja de pena de 1/6 parte, equivalente a un mes físico de detención el que se reconocerá partiendo de la pena a imponer, de igual manera la sentencia a emitir será de carácter condenatorio…[20]". (…).

"Bajo esta óptica y conforme al principio de trascendencia, según el cual no existe nulidad sin perjuicio al sujeto procesal (sistema inquisitivo) o a la parte (sistema acusatorio)[21], y que la nulidad antes de proteger las formas procesales, tutela los derechos y garantías de quienes intervienen en el proceso, tenemos que mani-

20 Folio 137 audiencia de acusación y aceptación de cargos.

21 NOVOA VÁSQUEZ, Néstor Armando, *Nulidad en el procedimiento penal*, tomo II, cuarta edición 2010, pág. 1063.

festar que en este asunto no es posible la declaratoria de nulidad como lo solicita el recurrente, al no haberse afectado en nada los derechos y garantías de ningún sujeto procesal, como antes se explicó, de ahí que no se acepten los argumentos del recurrente en este aspecto". **(Rad. 156988, 29 de julio de 2011, M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ATAQUE AL INFERIOR

La acción de comando sugiere conocimiento, experiencia, capacidad de discernimiento en la toma de decisiones, competencia, criterio, responsabilidad y sensatez. Implica juicio, prudencia, oportunidad, drasticidad y rigor, pero con cordura y respeto.

"Por vía de la descripción comportamental imputada buscó el Legislador preservar impoluta la disciplina, amén que se constituye en la condición esencial para la existencia de la Fuerza militar, y se matiza como el pilar fundamental de una sociedad civilizada que exige mantener organizada, cohesionada, capacitada y dispuesta a su Fuerza Pública. Así, el injusto consagrado en el artículo 100 de la Ley 1407 de 2010, atinadamente invocada por la funcionaria investigadora (Art. 119 Ley 522 de 1999), se erige delito de peligro, de conducta[22], en razón a que el bien jurídico que protege es fundamental para la colectividad castrense y del común; lo que demanda un ámbito de protección ex ante, dado que el solo riesgo o peligro, ya es suficiente para la estructuración del punible.

El peligro referido, en las circunstancias particulares del caso en estudio, se concreta no solo en la materialización del ataque por vía de hecho, expresado en la censurable conducta del Capitán C. al golpear con un palo en la cabeza al Soldado F, sino que tiene la entidad efectiva de vulnerar la disciplina, y en su momento, el haber concursado su actuar con el injusto de Lesiones, delito que fuera objeto de conciliación y terminación de persecución penal.

Para el derecho penal militar, un comportamiento como el que se analiza tiene la potencialidad de resquebrajar la disciplina, y es objeto de sanción, pues no puede olvidarse que busca proteger es el orden, el cabal cumplimiento de las funciones, evitar el desborde de poder, cohesionar la Fuerza Pública, garantizar la jerarquía, el uso racional y legítimo del mando; regular dentro de patrones de cordura, legalidad y eficacia el mandar y obedecer. Sin que sea concebible que la superioridad se imponga o se rechace por la arbitrariedad e intolerancia.

La acción de comando sugiere conocimiento, experiencia, capacidad de discernimiento y toma de decisiones, competencia, criterio, responsabilidad y sensatez. Implica juicio, prudencia, oportunidad, drasticidad y rigor, pero con cordura y respeto. Sin duda estos postulados los desatendió con creces el Capitán C., de quien por su

22 Kindhâuser, citado por Roxin, refiere que los delitos de peligro abstracto no están para proteger bienes jurídicos sino para garantizar su seguridad. Pág. 409. *Derecho Penal Parte General.* Claus Roxin. En nuestro criterio la afectación de la disciplina constituye un efectivo peligro y no meramente abstracto. Pág. 409. *Derecho Penal. Parte General.*

formación, experiencia y nivel de mando se espera es una conducta distinta. Es que no se trata de un aprendiz de lides militares, en el ejercicio del mando, su grado, conocimiento especial, implica tener subalternos bajo control a quienes debe orientar, guiar y adoptar decisiones, vale decir, se trata de un Oficial con experiencia en la ejecución del mando, sabía cómo se ejerce el mismo, qué significa el liderazgo, cuál es el procedimiento normado para mantener la disciplina, para instruir; y que agredir a un Soldado corresponde a la negación y desconocimiento del derecho, de la acción de comando, del derecho disciplinario y penal, llamados a recomponer el asunto.

El ejercicio del mando atrabiliario, que busca el reconocimiento de los subalternos a partir de la violencia, del temor, de la arbitrariedad, es la palmaria negación de lo que debe ser un líder en los momentos actuales de la Fuerza militar en constante evolución, particularmente de cara a lo que postula un Estado Social de Derecho, que aboga por la vigencia del principio de dignidad, de los derechos humanos, de los derechos fundamentales; por lo que se recuerda al encartado que el liderazgo es una opción, que debe entenderse como imperativa, concebida desde las Escuelas de formación, y no una simple y facultativa posición. Al respecto resulta oportuno evocar:

"Liderazgo: El liderazgo es entendido como un proceso por el que se muestra a los colaboradores cuál es el camino a seguir en sus actuaciones formales e informales para que hallen un sentido a lo que hacen y logren los propósito de la organización. Los líderes, sostienen, deben concentrar su atención en el cambio de paradigmas, en aras de contribuir eficazmente a la construcción de nuevos que generen compromisos más sólidos. (…).

En desarrollo de tales acciones el líder entiende muy bien que la autoría no significa imponer la voluntad individual sobre la voluntad de los demás sino ser capaz de integrar las distintas voluntades en torno a un objetivo común para el beneficio de todos. (…).

El liderazgo militar se define como el arte y la ciencia de inferir, directa o indirectamente, en los demás y la destreza de crear las condiciones para permitir que la organización alcance exitosamente el resultado deseado. Pero ante todo consta de tener una visión de lo que se debe hacer, comunicarlo de tal manera que su propósito esté claro y luego ser lo suficientemente firme para realizarlo (…)"[23]. (**Rad. 157023, 20 de junio de 2011, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ATAQUE AL SUPERIOR MODALIDAD AMENAZAS

Oficiosidad del Juez para ordenar Ampliación, Complementación y Aclaración del Dictamen Pericial

"(…) Por lo tanto, y como se detalló en precedencia, tenemos entonces que la prueba es el medio objetivo por excelencia utilizado para que procesalmente se

23 Liderazgo Militar una perspectiva personal, General Freddy Padilla de León, Pág. 42, 43, 47. Imprenta Ejército Nacional.

llegue a la verdad, por lo que su eficiencia será mayor en la medida que sea clara y plena; por ello, todo sistema legal probatorio debe tener como finalidad llevar la certeza al operador jurídico.

Así las cosas, vemos que si bien es cierto que el Juez de Oficio puede ordenar en cualquier momento antes de que el proceso entre al Despacho para dictar Sentencia la ampliación, complementación o aclaración del Dictamen Pericial, tal como lo reza el inciso 2° del Artículo 423 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999– también es cierto que ha de apreciarse para tal orden su utilidad, es decir, que cuando ya se ha dilucidado un aspecto neurálgico como acontece en este caso, el repetirla reporte un verdadero beneficio para la Investigación, en el entendido que ninguna prueba será conducente si no es apta para llevarnos a la verdad sobre los hechos objeto del procesamiento, que a su vez son los únicos pertinentes". **(Rad. 157244, 26 de marzo de 2012, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

AUTORÍA MEDIATA

Quien interviene bajo coacción o error se constituye en instrumento del hombre de atrás. "(…).

De lo anterior se puede afirmar, que el segundo documento que firmó el PT. CF donde se dejaba a disposición de la Fiscalía a uno solo de los capturados, sustrayendo de la realidad fáctica al otro, señor CAOS fue consecuencia del error generado por la suboficial y el IT. LR en el PT. CFEJ quien terminó por creer erradamente que al poner a disposición los dos capturados por el EMCAR 18, se podría cometer el delito de detención arbitraria, lo que generaría consecuencias perjudiciales para él y para sus compañeros del EMCAR 18 quienes habían realizado el procedimiento, se reitera, tal error fue producto de la coacción del IT. LRJA y de la SS. NMRR.

Al punto que es creíble para esta Sala de Decisión que fue la propia suboficial RRNM quien materialmente elaboró el documento y bajo la coacción que ejerció sobre el patrullero, este lo firmó, episodio con el que culminó el actuar de la SS. RR, el cual inició desde la misma noche de la captura 19 de junio de 2003 cuando persuadió al IT. MPW y que concluyó en las horas de la tarde del día 20 de junio de 2003 cuando hizo acudir al PT. CFEJ a su oficina, pues no de otra forma se explica el por qué no se tramitó por parte del IT. LRJA el documento recibido a las 11:55 horas, como tampoco tiene otra explicación la de que la SS. RR sin tener relación funcional con la organización del EMCAR 18 resultara involucrada en sus roles propios al punto de materializar su intervención tanto en el apoyo logístico (computador, elaboración de márgenes del documento e impresión del mismo), como también en la sugerencia de mutar el contenido del documento e inducir en error al firmante PT. CFEJ, adicional a ello, surge la credibilidad sobre la elaboración del documento por parte de la SS. NMRR y su

coacción para la emisión del nuevo documento que solo colocaba a disposición de la autoridad a un capturado y no a su familiar (CAOS).

Conforme a lo anteriormente expresado, no resulta acertado señalar que la SS. RRNM pudiera haber sembrado en el PT. CF la realización de una conducta delictiva y que este con conocimiento y voluntad decidió cometer un ilícito; la lectura adecuada es que el PT. CFEJ firmó este nuevo documento bajo la creencia errónea que ello era lo correcto de acuerdo a las instrucciones dadas por sus superiores SS. RR e IT. LR, es en esa situación de error en que firmó el PT. CFEJ al creer que su actuar estaba justificado, en otras palabras, error de prohibición. (…) .

De lo anterior podemos afirmar que el PT. CFEJ dadas sus funciones personales es decir, un policial recién graduado, ostentando el primer rango de su carrera policial como suboficial y que en el momento de los hechos aquel episodio se estructuraba como su primera acción de dejar a disposición un capturado implican necesariamente que sea una persona que busca apoyo en sus superiores dada su jerarquía y experiencia, sin embargo, resulta que el encargado de la oficina de judicializaciones IT. LRJA junto a la SS. RRNM son esas personas de referencia que le brindan el apoyo y lo guían para el buen servicio policial, pero que contradictoriamente fueron ellos quienes crearon en el patrullero la creencia errónea, que el contenido del documento que estaba firmando era lo correcto, pues se estaba corrigiendo un error en el procedimiento policial supuestamente cometido por quienes realizaron la captura. (…).

7.4.1- De la intervención delictiva de la SS. RRNM: Conforme a los presupuestos anteriores, en que el PT. CFEJ actuó en condición de error de prohibición, se dirá entonces, que de acuerdo a los postulados de la figura de la autoría mediata entendida cuando en la realización de un tipo penal concurren como mínimo dos personas, habrá de determinarse a partir de la teoría del dominio del hecho quién tenía el dominio, y si uno de ellos actuó con error, este se constituye en mero instrumento del hombre de atrás, es decir, bajo la teoría del dominio del hecho, la SS. RRNM e incluso el IT. LRJA tenían el dominio de la voluntad del PT. CFEJ lo que los ubica en el campo de la autoría mediata y no el de la participación en calidad de determinador.

Como se dijo en el numeral precedente, el PT. CFEJ, quien firmó el documento como ejecutor material no se le puede atribuir responsabilidad penal dado que su actuar no tiene culpabilidad, y en ese orden de ideas, el sujeto de atrás, que tenía el dominio del hecho, se convierte en autor mediato al utilizar al ejecutor material como instrumento.

Dentro de las varias formas de autoría mediata, se encuentra el ejercicio de la coacción sobre el sujeto instrumento, como también cuando el ejecutor material obra con error, circunstancias que se han probado como se señaló en precedencia". (**Rad. 153735, 31 de julio de 2012, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD

El estudio del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010 y de las causales de ausencia de responsabilidad que allí se consagran, debe realizarse con apego al contenido íntegro de la norma y no en forma parcializada. Cada una ampara situación fáctica específica.

Luego, el reconocimiento de la causal de exclusión de responsabilidad por parte del *ad quem*, requiere no solo la alegación, sino la demostración en todos sus elementos, pues no basta la simple exposición de lo que se piensa al respecto, sino la identificación de que en el libelo concurren todos los requisitos para reclamar tal reconocimiento; entonces, sin ahondar en más consideraciones, necesariamente se tiene que concluir que esta pretensión será desestimada, pues del simple estudio del sumario se evidencia que el infante de marina MO, nunca estuvo frente a la necesidad de defender su derecho a la vida o a la salud, de algún ataque o agresión de que hubiera sido víctima, por el contrario una vez se tuvo conocimiento de su estado de salud, fue atendido en forma oportuna por el personal médico de la Unidad.

Es dable concluir por ahora, que en la conducta del IMAR. MO, probablemente se pueda configurar una de las diversas causales de ausencia de responsabilidad, pues la tesis que se extrae del material probatorio hasta ahora allegado al sumario, es la que conduce a pensar que el procesado enfrentó un posible estado de necesidad que le obligó a abandonar el servicio de centinela, con el fin de preservar su derecho a la salud y la vida, frente al posible riesgo de lesionar el bien jurídico del servicio, pues en ese instante en que le sobrevino el dolor de estómago y la diarrea, fueron puestos en plano de choque dos bienes jurídicos, los cuales frente a un ejercicio de ponderación resulta lógico que se preservarían los de rango superior que se encontraban en grave riesgo –v. gr. la salud y vida–. Tesis anterior que deberá ser confirmada o desvirtuada por el funcionario instructor, de quien se exige ahondar en estos aspectos fácticos que permitirán llegar a la verdad procesal. **(Rad. 157378, 27 de junio de 2012, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

COLISIÓN DE COMPETENCIAS

La argumentación fundada exclusivamente en institutos del derecho administrativo no es determinante ni exclusiva para establecer la competencia, pues esta se define por ley a partir del factor funcional u organizacional.

Corresponde en principio señalar que de forma por demás prolija y pacífica esta Corporación ha resuelto la temática de la colisión de competencia entre los Juzgados Penales Militares de Departamento y de la Inspección General de la Policía Nacional, a partir de largas y extensas disquisiciones, y superadas in-

terpretaciones sobre lo que significa Unidades concentradas, desconcentradas y dependencia orgánica[24]. Encuentra la Sala que una vez más la Juez de Inspección entra en un interesante, respetuoso, pero profuso y no compartible análisis. La temática que hoy estudia el Colegiado se encuentra superada, por lo que llama la atención que se insista en valoraciones propias del derecho administrativo, que si bien son ciertas, también lo es que no son determinantes ni exclusivas para precisar la competencia de un juzgado en materia penal militar, máxime si se tiene en cuenta que la prueba documental allegada no ofrece dificultad ni genera asomo de duda respecto a que la competencia para conocer de este asunto radica en el Juzgado de Inspección, como atinada y juiciosamente lo argumentó y concluyó el Juez Penal Militar del Departamento de Policía Magdalena y Guajira.

Resulta ser una verdad de a puño, conforme las voces de la Ley 522 de 1999, que para la jurisdicción especial el factor determinante para radicar la competencia es el funcional y no el territorial, como sí acontece con la Ley 1407 de 2010, así, el Legislador de 1999 subordinó la verificación de competencia a la organización de la Fuerza Pública, esto es, para fijar la competencia en la jurisdicción penal militar, conforme aquella normatividad, se debe atender primordialmente el factor funcional, lo que significa establecer el nivel y ubicación en la estructura y organización de la Unidad Policial y la dependencia del procesado con la misma.

Recordemos además que la competencia para calificar y juzgar se establece, conforme al principio de legalidad del juez, con anterioridad a los hechos. Así, es innegable que aquellas Unidades de la Policial Nacional que son orgánicas y consecuentemente dependen de la Dirección General, no pierden su vinculación con esta, al ser remitidas por efectos del servicio o de eficacia operativa a otro lugar del País, su subordinación y vínculo con el nivel concentrado se mantiene y tales unidades son de competencia del Juez de Inspección General, lo que nos permite afirmar que el EMCAR 35 era orgánico de la Dirección Operativa, y el asignarlo al Departamento de Policía Guajira no lo segregaba de tal sujeción. (…).

Por ello, razón le asiste al Juez del Departamento de Policía Guajira, cuando aduce que no es competente porque el hoy procesado el día de los sucesos investigados pertenecía al Escuadrón Móvil de Carabineros, adscrito orgánicamente a la Dirección Operativa de la Policía Nacional, dependencia subordinada de la Dirección General de la misma Institución y que está asignada por competencia residual al Juzgado de la Inspección, conforme lo dispuesto en el artículo 256 del Código Penal Militar". **(Rad. 157264, 30 de abril de 2012, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

24 Tribunal Superior Militar, Rad. 153724, 25 de enero de 2007; Rad. 154424, 12 octubre de 2007; Rad. 154433, 22 de noviembre de 2007; Rad. 152759, 19 de diciembre de 2007; Rad. 155084, 16 de junio de 2008; Rad. 154745, 17 de octubre de 2008; Rad. 155231, 18 de marzo de 2009; Rad. 153388, 28 de julio de 2009; Rad. 155203, 17 de agosto de 2009; y Rad. 154546, 25 de abril de 2012. Destacar el Rad. 11875 de la Fiscalía Penal Militar de segundo grado.

CONCURSO APARENTE DE TIPOS

Coexistencia del momento consumativo. Desobediencia y Deserción.

"Debe tenerse presente, que el derecho penal lo que busca es individualizar la responsabilidad por conductas que afecten o pongan en peligro los bienes jurídicos protegidos por el legislador, lo que se efectúa a partir del análisis del contenido de la voluntad final inherente al obrar humano.

(…) para el momento en que debían prestar e iniciar el turno de seguridad que les correspondía y que marca el instante de la consumación del delito contra la disciplina, ya estos habían traspasado los límites fijados por el superior, es decir, se había consumado la deserción. Luego, si dirigieron su acción final a evadirse del servicio y no en cumplir una orden, en este caso específico la hipótesis de desobediencia imputada no parece tener fundamento.

Por ello debe entenderse por ahora y para el caso presente, que estamos en presencia de un concurso aparente, como razonadamente lo expusieron tanto la apelante, como el Ministerio Público, para cuyo caso la solución es acudir al principio de consunción[25], según el cual y frente a dos delitos que protegen dos bienes jurídicos distintos, pero que son consuntivos, se debe preferir u optar por aquel que contenga una mayor riqueza descriptiva.

Y como en este caso el que mayor riqueza descriptiva recoge la voluntad final de los procesados es el de deserción, es por este delito que debe permanecer la medida de aseguramiento impuesta". (**Rad.157206, 08 de febrero de 2012, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CONCURSO DE DELITOS

Desobediencia y deserción, ¿concurso real o aparente de tipos?

"Para solucionar el primer aspecto propuesto iniciaremos por decir que importantes construcciones doctrinales, reiterados y pacíficos pronunciamientos de la jurisprudencia y de esta Corporación, han llevado a precisar que el fenómeno del concurso de delitos alcanza un alto grado de complejidad cuando no se determina con exactitud si en la conducta o conductas existió finalidad única o diversa, si la lesión o puesta en peligro del bien jurídico se hace manifiesta en uno solo, así sea reiteradamente, o en varios de ellos. De igual forma resulta oportuno recordar que en punto de la finalidad única ella ha de ser establecida desde la perspectiva jurídica valorativa y no meramente naturalística.

Deja ver la Defensa en la línea argumentativa expuesta en el recurso, y el Ministerio Público en su concepto, que la conducta del procesado corresponde a un

25 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 12820, 18 de febrero de 2000, M.P. Fernando Arboleda Ripoll, citada por el Ministerio Público en su concepto.

concurso aparente de tipos donde la Deserción subsume el delito de Desobediencia, inferencia que desde ya estimamos equivocada si se tiene en cuenta que dicho fenómeno se hace evidente ante la existencia de pluralidad de normas que recogen el comportamiento investigado, pero solo una resulta aplicable, porque acopia la totalidad de la acción, vale decir, cuando la conducta se adecua completamente en un tipo penal que juzga y agota todo el desvalor de acción y de resultado.

Cuando un sujeto ha actuado en desarrollo de una multiplicidad de acciones ello conlleva a diversidad de finalidades, lo que descarta por completo la posibilidad de un concurso aparente de tipos penales, esto es, cuando se verifica que el procesado actuó movido por más de un propósito se excluye la posibilidad del concurso aparente. El punto de solución lo ofrecen los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad, preceptos que plantean la recurrente y el Ministerio Público, atinando en su cita y construcción dogmática, pero yerran cuando los interpretan y pretenden adecuarlo al caso objeto de examen, como se analizará.

No puede desconocer la defensa que para el caso del Soldado B., lo que muestra la prueba obrante a este momento es que actuó en desarrollo de multiplicidad de acciones y finalidades, suprimiéndose por completo la posibilidad de un concurso aparente de tipos penales. Sin dificultad se advierte que una es la conducta de desobedecer que agotó y quebrantó la disciplina, y otra que decide irse superando los límites con lo que se incurre en deserción, delito que atenta contra otro bien jurídico, como es el servicio". (**Rad. 157118, septiembre 02 de 2011, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CONCURSO RECÍPROCO

La existencia de un concurso recíproco con existencia de dos procesados con cadenas finalísticas distintas y con imputación de delitos diferentes, acarrean trámite procesal distinto, impide la aplicación de la conexidad procesal.

"…Ahora bien, frente a tal escenario habrá de precisarse entonces, que de acuerdo a los contenidos normativos de la Ley Penal Militar en su artículo 217 por cada hecho punible debe adelantarse una sola actuación penal con independencia del número de autores o partícipes, esta es la regla general para desarrollar el ejercicio de la acción penal. Sin embargo, este postulado encuentra una excepción que busca ahorrar esfuerzos en la administración de justicia creando el fenómeno de la unidad procesal en el entendido que se podrá investigar y juzgar de manera conjunta los hechos punibles conexos.

Con tal precisión, entonces habrá de esclarecerse si tanto el delito que se le imputa al SLR. IAD como los dos punibles que se le imputan al SLR. DALF son conexos o no y bajo tal determinación señalar si se podían llevar en la misma cuerda procesal.

Sin pretender hacer un desarrollo del postulado de la unidad procesal de manera general se dirá que a partir de los contenidos de los artículos 18 y 217 del Código Penal Militar en concordancia con lo normado en los artículos 89, 90, 91 y 92 de la Ley 600 de 2000, la jurisprudencia y la doctrina han señalado la existencia de la conexidad sustancial y la conexidad procesal.

Sin desarrollar todos los presupuestos se dirá que dentro de la conexidad procesal se predican dos escenarios, i) cuando se trate de un mismo sujeto agente al que se le atribuyen varios tipos penales y ii) cuando se trate de pluralidad de sujetos agentes; en esta segunda opción puede existir entre otras probabilidades la existencia de dos cadenas finalísticas que se contraponen, dicho en otras palabras, el concurso recíproco, es decir, que hay dos sujetos agentes o más cada uno con dos cadenas finalísticas que se contraponen y que de los dos sujetos se refuta una posición antijurídica, cual sería el caso en que los dos soldados aceptaron ingresar a una contienda con uso de violencia buscando causarse daño recíproco por medio de agresiones físicas mutuas.

Recapitulando lo anterior, se dirá en primer término que en punto de la riña desarrollada por los dos procesados se puede predicar la existencia de dos cadenas finalísticas contrapuestas y por ende se pudiera hablar de una conexidad sustancial con existencia de varios sujetos activos como la existencia de dos cadenas finalísticas que se contraponen. (…).

Del presupuesto fáctico y jurídico descrito anteriormente tenemos un inventario de dos sujetos activos con diferente y opuesto curso causal finalístico y la existencia de cuatro tipos penales dos de lesiones personales que atentan contra el bien jurídico de la vida y la integridad personal de los cuales uno no fue imputado; un delito contra el bien jurídico del servicio cual es el del centinela y otro contra el bien jurídico de la seguridad de la fuerza pública como lo es el de ataque al centinela. De tal presupuesto, necesario resulta abordar si ellos pueden desarrollarse bajo el precepto de unidad procesal y en tal sentido habrá de decirse que a pesar de existir vínculos de conexidad el principio de unidad procesal tiene su excepción entre otras causas está la de resultar imposible dar un trámite conjunto a todas las conductas punibles, por ello, se ha de concluir que no era viable desarrollar una sola investigación.

Lo anterior se traduce en que los tipos penales del centinela y de ataque al centinela deben desarrollarse bajo el trámite procedimental del procedimiento especial conforme lo dispone el Código Penal Militar en su artículo 578 que fuera reformado por la Ley 1058 de 2006, y de manera distinta se ha de desarrollar el procedimiento penal militar ordinario para el punible de lesiones personales que en este caso contiene una deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente y dos perturbaciones funcionales, una de ellas de carácter permanente y la otra de carácter transitorio. Luego, no se puede dar el mismo trámite de manera conjunta a los diferentes tipos penales, máxime cuando el trámite de procedimiento especial de los delitos de ataque al centinela y del centinela, son atribuidos a un sujeto activo (SLR. DALF) diferente al otro sujeto activo (SLR. IAD) a quien la cuerda procesal se debe dar por la vía del trámite ordinario en atención a la entidad de las lesiones causadas.

Ahora bien, podría pensarse que cuando se trate de delitos con trámite distinto, unos por el ordinario y otros no, se seguirá el trámite del de mayor entidad, es decir, el ordinario como le prevé el tercer inciso del artículo 286 de la Ley Castrense, sin embargo, este postulado no se puede aplicar en atención a que se trata de un concurso recíproco con existencia de dos sujetos procesales distintos con cadenas finalísticas distintas y con imputación de delitos distintos, luego, aplicarle el proceso ordinario al SLR. DALF lo sustrae del juzgamiento premial que establece el procedimiento especial y por ende, surgiría la vulneración de la garantía fundamental de la forma propia del juicio…". (**Rad. 157060, 30 de marzo de 2012, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL

Comporta tanto las principales y las accesorias, cuando no se determina en el fallo, respecto de cuál opera el subrogado.

"(…) cuando en la sentencia el funcionario no especifica respecto de qué penas opera el precitado subrogado penal, se debe entender que cobija, no solo la pena principal, sino también las accesorias, bajo la comprensión, de que la suerte de lo principal, la corre lo accesorio, tal como en este mismo sentido lo afirmó la Honorable Corte Suprema de Justicia, en el fallo de tutela con radicado T-38645, del 30 de septiembre de 2008, siendo su Ponente, el Magistrado Javier Zapata Ortiz.

Similar situación ocurre entonces en el presente caso, en el que si bien por este Tribunal, se confirmó la pena accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública del condenado MD, atendiendo las voces del artículo 60 de la Ley 522 de 1999; también lo es que se revocó el numeral tercero del fallo de primer grado que le negaba la concesión del prenombrado sustituto penal, para en su lugar otorgárselo, sin que se hubiera especificado por esta Sala, respecto de cuál de las penas operaba; motivo por el que, como con atino lo decidió el a quo, se entiende que las penas en su totalidad se encuentran en suspenso. Esta determinación no puede entenderse, como lo hace la apelante, como un desacato y oposición a lo que por este Colegiado se ordenó; por el contrario, solo es fruto de su observación y acatamiento, en su calidad de ejecutora de la pena. **(Rad. 155777, 26 de agosto de 2011, M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CONFLICTO DE COMPETENCIAS

Diferencias sustanciales entre quienes la provocan - los autos de esta naturaleza carecen de recursos.

De manera inicial ha de señalarse, que cuando se plantea un conflicto de competencias, la ley ha determinado qué órganos son los llamados a definirlos, es decir,

que cuando dos jueces de conocimiento dentro de la estructura de la Justicia Penal Militar traban un conflicto de competencia negativo o positivo, el llamado a resolverlo es el Tribunal Superior Militar[26].

Distinto es cuando se suscita conflicto de competencias negativo o positivo entre la Jurisdicción Penal Militar y la Jurisdicción Ordinaria, pues allí, el llamado a resolver es la Sala Disciplinaria del Honorable Consejo Superior de la Judicatura[27].

En el caso sub examine, sería del caso entrar a resolver la impugnación presentada por la defensa, si no fuera porque los autos de la naturaleza como el aquí atacado, a pesar de ser motivados y tener el carácter de interlocutorios, carecen del recurso de apelación, y por lo tanto, las determinaciones de los funcionarios judiciales que no accedan a la petición de un sujeto procesal a fin de remitir a otra jurisdicción una investigación, propongan y aceptan o rechazan el conflicto, no son susceptibles de impugnación. (…).

Sobre este tópico esta Corporación igualmente ha precisado, que al no existir conflicto de competencia de ninguna naturaleza, ni positivo ni negativo no podemos pronunciarnos sobre lo inexistente[28], como tampoco decidir si el asunto es competencia de la Jurisdicción Penal Militar u Ordinaria por vía de recursos dentro del proceso penal militar[29], ya que una petición de esta índole, como la efectuada por la defensa ante la primera instancia, ha de ser resuelta de plano.

Así mismo, debe entenderse que hay una sustancial diferencia entre lo que es un conflicto de competencias al interior de una jurisdicción, el cual es regulado por la Ley (artículos 273 al 276 del Código Penal Militar), y otra bien distinta lo que es un conflicto de competencias entre diferentes jurisdicciones, el cual solo puede ser resuelto por el superior funcional, esto es, el Consejo Superior de la Judicatura, conforme las voces del numeral 6º del artículo 256 de la Constitución Política.

En ese orden de ideas, el auto impugnado en virtud del cual el Juzgado de Primera Instancia Uno, no accedió a remitir las diligencias a la justicia ordinaria por competencia o proponer la colisión de competencia, no admite el recurso de apelación por ante el Tribunal Superior Militar. **(Rad. 155510, 13 de diciembre de 2011, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión)**.

♦ ♦ ♦ ♦

CORTE MARCIAL – LEY 522 DE 1999

El Fiscal no está obligado a sostener la acusación. Puede solicitar absolución.

Si bien es cierto, la Sala comparte los argumentos esbozados por el a quo, en cuanto que, la solicitud de absolución incoada por la Fiscalía en la audiencia de cor-

26 Código Penal Militar (Ley 522 de 1999), artículo 274.

27 Constitución Política de Colombia, artículo 256, numeral 6º.

28 Tribunal Superior Militar, Rad. 155454, 16 de diciembre de 2009, M.P. CN. (r) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión.

29 Tribunal Superior Militar, Rad. 154938, 31 de marzo de 2009, M.P. TC. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala.

te marcial no vulnera el debido proceso, también lo es que, debe hacerse algunas precisiones, pues tal actuación no deviene irregular en cuanto el proceso es llevado bajo la ritualidad prevista en la Ley 522 de 1999, de corte inquisitivo y de naturaleza mixta, en la que una vez ejecutoriada la resolución de acusación e iniciado el juicio el Fiscal adquiere la condición de sujeto procesal.

Es preciso recordar que bajo el imperio del sistema de corte inquisitivo, "*La acción penal corresponde al Estado y se ejerce por las autoridades judiciales de instrucción, acusación y de conocimiento, de oficio o a petición de parte en los términos establecidos en este código*"[30], luego, si el titular de la acción penal es el Estado, en cada una de las etapas de la investigación, lo será el órgano encargado de cada una de ellas, así, en la instrucción lo será el Juez de Instrucción, en la de calificación del mérito del sumario el fiscal y en la de Juzgamiento el Juez de Conocimiento, a quienes les corresponde dar el impulso o el ejercicio de la misma, a diferencia de lo previsto en el sistema acusatorio que le atribuye a la Fiscalía la carga del impulso de la acción penal.

Esa diferencia hace que bajo la ritualidad del sistema de partes del proceso de corte acusatorio, surja la posibilidad para el Fiscal de retirar los cargos, situación que no ocurre en el sistema mixto vigente en la jurisdicción penal militar, donde el Fiscal no está habilitado para hacerlo, como quiera que una vez ejecutoriada la resolución de acusación e iniciado el juicio, el Juez de Conocimiento se convierte en el titular de la acción penal y el Fiscal adquiere la condición de sujeto procesal, lo que conlleva a que la imputación fáctica y jurídica realizada en la resolución acusatoria, fije el límite dentro del cual debe actuar el Juez en la etapa de juicio y producir la sentencia, bien sea condenando o absolviendo, por ello, entre esta y la acusación debe existir congruencia, relación no exigible entre la sustentación que se haga en la audiencia y la sentencia, luego, no puede asimilarse el retiro de la acusación que surge en el proceso de partes, con la petición de absolución que haga el Fiscal en la audiencia, bien porque surja prueba conclusiva en contrario a lo colegido en la acusación, o, porque la tenida en cuenta para acusar no satisface el grado de certeza que exige el artículo 396 de la Ley 522 de 1999.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 563 de la Ley 522 de 1999, "*Recibido el proceso por el juez de conocimiento por ejecutoria de la resolución de acusación procederá a realizar un control de legalidad para establecer si existen o no causales de nulidad.* ***A partir de este momento, el Fiscal adquiere la calidad de sujeto procesal***" (resaltado fuera de texto), momento procesal a partir del cual el Juez de Conocimiento se convierte en el titular de la acción penal y el Fiscal adquiere la condición de sujeto procesal, como se dijo antes, correspondiéndole entonces al Juez asumir la dirección y control del proceso de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 566 ibídem y realizar las actuaciones subsiguientes conforme a las previsiones de los artículos 567 de la misma norma y siguientes, debiendo precisar que en la audiencia "*… la asistencia e intervención del Fiscal, (…) son obligatorias*"[31], no obstante, la misma ley no le impone al Fiscal la obligación de sostener la resolución de acusación, en tanto que solo lo obliga a intervenir oralmente una vez hayan concluido los interrogatorios a los testigos y al procesado y vencido el término de traslado a los sujetos procesales, para que preparen sus intervenciones.

30 Artículo 219 Ley 522 de 1999.

31 Artículo 569 Ley 522 de 1999.

Y no podría la ley imponer la obligación de sostener la acusación al Fiscal, en su intervención oral en la audiencia, por la sencilla razón que en esta etapa procesal y en la misma vista pública, es posible practicar pruebas, ampliar los testimonios e interrogar al procesado y ello puede llevar al Fiscal unos nuevos elementos de juicio que le permitan renovar su postura, o, cuando ante nueva valoración a la luz del presupuesto de certeza exigido para dictar sentencia condenatoria, no esté demostrada la ocurrencia del hecho y/o la responsabilidad del procesado en el grado requerido, como quiera para proferir resolución de acusación solo se necesita el conocimiento en grado de posibilidad, contexto que puede llevar al Fiscal ante una nueva valoración a solicitar sentencia absolutoria, sin que ello implique variación de la resolución de acusación y tales argumentos deben ser valorados por el Juez en la sentencia, como debe hacerlo con los demás sujetos procesales, según lo dispone el artículo 334.4 del Código Penal Militar, pero en ningún momento condicionan o limitan el sentido de la decisión. **(Rad. 157082, 26 de marzo de 2012, M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión)**.

♦ ♦ ♦ ♦

DE LA VIGENCIA Y DEROGATORIA DE LA LEY PENAL

Derogatoria tácita y orgánica de la Ley 522 de 1999

7.3- De la vigencia de la Ley 522 de 1999: Partiendo de lo anterior, resulta una verdad incuestionable que el Código Penal Militar contenido en la Ley 1407 de 2010 se encuentra vigente y frente a ello, de manera correlativa habrá de preguntarse entonces si la Ley 522 de 1999 se encuentra vigente o no.

Ahora bien, para determinar si la Ley 522 de 1999 en lo que hace referencia a la parte sustancial se encuentra vigente o no, habrán de abordarse previamente los conceptos de derogación de la ley, criterios que fueron enseñados por la Corte Constitucional al resolver la exequibilidad de los artículos 71 y 72 del Código Civil, allí enseñó lo siguiente:

"En nuestro sistema el sustantivo derogación, es el único que define a todas las formas enunciadas de modificación o supresión de una ley. Así, de conformidad con los artículos 71 y 72 del Código Civil, la derogación de las leyes puede ser expresa o tácita.

Es expresa, cuando la ley dice expresamente que deroga la antigua. Y tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

En la derogación expresa, el legislador señala en forma precisa y concreta los artículos que deroga. Es decir, no es necesaria ninguna interpretación, pues simplemente se excluye del ordenamiento uno o varios preceptos legales, desde el momento en que así lo señale el legislador.

Contrario a lo anterior, la derogación tácita supone un cambio de legislación, una incompatibilidad con respecto a lo regulado en la nueva ley y la ley que antes

regía. Hecho que hace necesaria la interpretación de ambas leyes, para establecer qué ley rige la materia, o si la derogación es total o parcial.

La Ley 153 de 1887 en su artículo 3º establece otra forma de derogación y es la derogación orgánica. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de marzo 28 de 1984, señaló que:

"La derogación orgánica, que para no pocos autores no pasa de ser una faz de la derogatoria tácita, solo se da es verdad cuando la nueva ley "regule íntegramente la materia" que la anterior normación positiva regulaba. Empero, determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende de la intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre estas y las de la ley anterior.

Sea de ello lo que fuere, lo evidente es que hay que suponer que la nueva ley realiza una mejora en relación con la ley antigua; que aquella es más adecuada a la vida social de la época y que por tanto responde mejor al ideal de justicia, ideal y necesidad estos que tornan urgente la aplicación de la nueva ley; aplicación que por lo mismo debe ser lo más amplia posible para que desaparezcan las situaciones que el propio legislador ha querido condenar y evidentemente arrasó con la ley nueva. Es un principio universalmente reconocido que cuando un legislador emite dos voluntades diversas, la más reciente prevalece"[32].

De lo anterior se deriva entonces que la derogación implica dejar sin efecto una ley anterior y que existen tres clases de derogatoria: i) la derogación expresa, ii) la derogación tácita y iii) la derogación orgánica; bajo tales premisas, es posible entonces afirmar que la Ley 1407 de 2010 derogó tácitamente contenidos de la Ley 522 de 1999 o por qué no decirlo, la Ley 1407 de 2010 reúne las características para predicar de ella una derogación orgánica, pues reguló íntegramente la materia sobre la ley penal militar.

Sin embargo, ha de recordarse que los efectos vinculantes de la Ley 1407 de 2010 en cuanto al procedimiento penal miliar están supeditados al régimen de implementación, lo que implica contrariamente afirmar, que en los demás aspectos contemplados en la Ley Penal Militar (Ley 1407 de 2010), ha generado el fenómeno de la derogación tácita de los contenidos de la Ley 522 de 1999, distintos al procedimiento penal.

Ahora bien, la misma Corte Constitucional ha precisado que una norma se expulsa del ordenamiento jurídico por dos vías como son i) la derogatoria y ii) la inexequibilidad; sobre estos dos fenómenos se ha de diferenciar que la primera está fundada en móviles de voluntad política del legislador conforme a criterios de conveniencia, y la segunda, obedece a unos móviles exclusivamente jurídicos. (…).

Lo anterior nos lleva a otra afirmación, cuando se hacen valoraciones eminentemente de teoría jurídica frente a una norma, esto corresponde a la figura de la

32 Corte Constitucional, C-159 de 2004.

inexequibilidad de la ley y por supuesto, tal decisión está en cabeza exclusivamente de la Corte Constitucional quien se pronuncia al respecto, pero si es otra autoridad distinta como un juez de la República quien conforme a la teoría jurídica quiere incidir sobre la validez o no de una norma, el camino a seguir es el agotamiento del instituto de la excepción de inconstitucionalidad, previa confirmación a que la Corte Constitucional no haya realizado dicho juicio.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sus fallos de control constitucional sobre la Ley 1407 de 2010 ya ha realizado varias valoraciones jurídicas[33] sobre la misma y en la última de ellas afirmó que la vigencia se predicaría a partir del 17 de agosto de 2010. Y frente a tal decisión ha de recordarse igualmente que ningún juez puede apartarse de los contenidos de la sentencia de control de constitucionalidad, es decir, que no puede ignorar el decisium, como tampoco la ratio decidendi, pues ellos tienen el carácter de vinculantes. (…).

Entendido lo anterior, esta Sala dirá que la vigencia de una ley implica los efectos de la eficacia jurídica como son la obligatoriedad y la oponibilidad, y por regla general la ley empieza a regir a partir de su promulgación, lo que equivale a afirmar que los contenidos de la Ley 1407 de 2010 salvo lo referente al procedimiento penal militar, son obligatorios y oponibles desde el 17 de agosto de 2010, y tal afirmación de vigencia implica la derogatoria tácita u orgánica de los mismos contenidos de la Ley 522 de 1999, en consecuencia, no es posible aplicar contenidos de la Ley 522 de 1999 que han sido objeto de derogación tácita u orgánica.

A esta conclusión se llega compartiendo el concepto de la Doctora JIGA Procuradora Judicial ante esta Instancia cuando afirmó "resulta equivocado sostener que no se puede aplicar y que las conductas cometidas bajo su vigencia deben por favorabilidad mirarse bajo la norma derogada"[34].

Desde otro escenario argumentativo pero que igualmente contribuye a la decisión que la Sala aquí ha de adoptar, se podría evocar el tema de las antinomias jurídicas entendidas como aquella situación en la que en un sistema jurídico dos normas establecen consecuencias jurídicas distintas para el mismo supuesto de hecho. En estos eventos, la teoría jurídica ha diseñado que los criterios[35] de solución surgen a partir del análisis de conceptos como lex posterior, lex especial, favorabilidad, y aplicación de los principios generales entre otros, sin embargo, la solución de tal antinomia se inicia a partir de la vigencia temporal de la norma, es decir, se inicia por auscultar el criterio de lex posterior. (…).

Ahora bien, prudente es reflexionar sobre el contenido del principio lex posterior, para ello, habrá de recordarse entonces que la derogación de las leyes es la resultante de la voluntad política representada en el órgano legislativo en busca de entregar a la sociedad criterios de conveniencia y por ello, el actual legislador no puede estar supeditado a los criterios de su antecesor. (…).

33 Corte Constitucional, sentencias C-533 de 2008, C-444 de 2011.

34 Concepto Ministerio Público ante esta instancia, fl. 162.

35 Corte Constitucional, C-318 de 2007.

En concordancia con lo expuesto, se reafirma que la ley posterior naturalmente emanada del legislador y bajo el entendido de sus motivaciones deroga a la ley anterior sin que sea necesario recurrir a valoraciones de teoría jurídica para supeditar la derogatoria, pues esta última le corresponde como ya se anotó al control constitucional que sobre ella hace la Corte Constitucional en sus decisiones de exequibilidad o inexequibilidad.

En suma, se habrá de señalar que la propuesta argumentativa del apelante de indicar la atipicidad de la conducta de su defendido no está llamada a prosperar toda vez que dado el principio de legalidad la ley aplicable al caso concreto es la vigente al momento de los hechos y ella es la 1407 de 2010 en su artículo 108 que tipifica el punible de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, y consecuencia de este postulado, no es viable acudir al tipo penal consagrado en el artículo 127 recogido en la Ley 522 de 1999, pues este ha sido derogado.

Por último, habrá también de precisarse que buscar aplicación del principio de favorabilidad impone necesariamente el presupuesto que las dos normas que se comparan (Ley 522 de 1999 y Ley 1407 de 2010) para dar solución al caso deben estar plenamente vigentes. (…).

En consecuencia no es viable buscar tipos penales de la Ley 522 de 1999 en pro del principio de favorabilidad a hechos ocurridos después del 17 de agosto de 2010, pues sencillamente no se cumple uno de los presupuestos cual es que las dos leyes se encuentren vigentes. (**Rad. 157351, 4 de junio de 2012, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE, Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DEBIDO PROCESO

Violación por error en la calificación jurídica provisional genera nulidad.

"Desde este análisis resulta palmario el dislate en la imputación subjetiva del delito por el que se acusó a los militares, en el auto enjuiciatorio, comoquiera que las pruebas no indican la existencia de un comportamiento imprudente como allí se pregonó, sino del acometimiento de una conducta típica, en la modalidad de dolo eventual.

De tal manera que aceptar el enjuiciamiento de los acusados por esa forma de culpabilidad, en el injusto enrostrado, vulneraría el derecho de defensa y la estructura básica del proceso, como precedentemente se anotó, ante una evidente incongruencia entre la acusación y la sentencia, lo cual se erige en las hipótesis que prevé el artículo 388.2 y 3, de la Ley 522 de 1999, para nulitar la actuación aquí surtida.

Sobre el yerro en la calificación jurídica provisional de la pieza acusatoria, esto enseña la Jurisprudencia:

"Precisamente, la Corte con anterioridad ha precisado que cuando se evidencian palmarios errores en la imputación (fáctica o jurídica) los cuales se apartan del

referente óntico se impone declarar la nulidad de la actuación en procura de realizar la calificación jurídica adecuada por cuanto las decisiones judiciales se deben adoptar dentro del marco de la legalidad, de los derechos fundamentales y de las garantías procesales.

Para efectos de determinar el radio invalidante, en atención a que en el procedimiento penal militar no existe la posibilidad de surtir el trámite de variación de la calificación jurídica provisional, la nulidad, entonces, ha de abarcar desde la resolución de acusación, inclusive[36]".

Corolario de lo que se ha dicho, y teniendo en cuenta además que en nuestro sistema procesal penal militar no se permite la variación de la calificación jurídica provisional delimitada en la resolución acusatoria, este Colegiado no encuentra camino diferente que declarar la nulidad de todo lo actuado, a partir del auto de llamamiento a juicio, y ordenar que se reponga la actuación nulitada y las demás que dependan de esta, como lo dispone el artículo 389 ibídem". **(Rad. 156701, 28 de febrero de 2012, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DEFENSA TÉCNICA

Abandono de los deberes propios del cargo

"Para empezar, es imperioso distinguir que una cosa es abandono de la defensa técnica y otra bien distinta la pasividad como estrategia defensiva; por la primera debe entenderse como la desatención o dejación en forma irresponsable de los deberes propios del cargo, esto es, que al ser valorada la inactividad del defensor en el proceso, en forma conjunta, resulte evidente que ella no obedeció a una estratagema, con la que se buscaba un fin beneficioso para el sujeto pasivo de la acción penal, lo cual no puede ser valorado en términos cuantitativos de las intervenciones en el desarrollo del proceso, porque aun, un silencio permanente, a la postre, en muchas ocasiones, puede aparejar un beneficio para la parte investigada, de cara a la actividad probatoria que desarrolle el poder jurisdiccional, sino que pueda valorarse que objetivamente no existió una debida intervención de la defensa, cuando claramente era viable, oportuna y benéfica para su poderdante.

Por la segunda, entonces, debe entenderse que la falta de postulación de la defensa o de intervenciones en el desarrollo de la investigación, no es otra cosa que el ejercicio del derecho a guardar silencio, como estrategia defensiva también vista, porque una actividad silente, frente a la actividad probatoria, como antes se anotó, vista en conjunto, puede conllevar beneficios jurídicos para el defendido. (…).

No comparte este Tribunal tal postura, en primer lugar, porque como anteriormente se anotó la efectividad de la actividad defensiva no puede ser vista en términos cuantitativos de las salidas procesales o postulaciones que esta haga, pues

36 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 26050, 21 de mayo de 2009, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

en muchas ocasiones, de cara a la actividad probatoria que adelante el despacho, el silencio puede ser visto como una estrategia defensiva, y no como un abandono, como aquí lo entiende la Agente Social de Primer grado.

El hecho de que la defensa no se hubiera notificado en forma personal de tal determinación, sino por estado, no quiere decir, que esta no se haya enterado de su contenido, pues es el mismo legislador el que previó en el esquema procesal nuestro, la fijación del estado como una forma supletoria de notificación, que en efecto allí se dio; ahora, que la abogada frente a tal decisión haya guardado silencio, no significa que haya abandonado su gestión, pues no se puede circunscribir su actuación a patrones de defensa prestablecidos, porque bien pudo estar de acuerdo con los argumentos del despacho y por tanto su intervención resultaba inapropiada para su estrategia defensiva; es que el rol del defensor no puede entenderse a ultranza, y permitírsele que bajo ese ropaje, caiga en maniobras dilatorias, que por supuesto irían en contra de su ética profesional; es que también puede suceder, se insiste, que frente a las pruebas allegadas, no se tenga alternativa distinta que permitir que el proceso fluya con toda celeridad, en busca de lograr un pronta, oportuna y debida justicia, para su procurado, y eso también es una visión jurídicamente atendible. **(Rad. 157075, 17 de noviembre de 2011, M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DEFINICIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL

Su contenido no limita la calificación del mérito del sumario.

La vinculación del TS. CGO por el punible de Peculado por Apropiación:

Es abundante la jurisprudencia de la Corte Suprema en el sentido de sostener que el interrogatorio al imputado en la diligencia de indagatoria no impone la utilización de formas técnicas ni la calificación jurídica de los hechos, pues esa labor corresponde hacerla al Fiscal al momento de resolver la situación jurídica, en donde sopesando los demás medios de convicción decide si en esos hechos que se denunciaron, como presuntamente delictivos, existen elementos de juicio sustancial para considerar la existencia de la comisión de uno o varios punibles y cuál la participación de los posibles autores[37].

Como también lo refirió en su momento la Honorable Corte Suprema de Justicia, que en la indagatoria no es obligación del instructor encuadrar jurídicamente la conducta denunciada. Su labor se circunscribe a preguntarle al sindicado sobre los hechos constitutivos del comportamiento reprochable que se le está atribuyendo, no sobre el nombre de los delitos.

Las razones son válidas, la ley exige concordancia entre los hechos expuestos en la indagatoria y la calificación jurídica que aflore de ellos en dicha diligencia, no entre la calificación plasmada en la resolución de situación jurídica y la resolución de acusación.

37 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 13895, 08 de noviembre de 2001, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

Para estas consideraciones la Corte tuvo como punto de referencia que el artículo 360 de la Ley 2700 de 1987 que en su contenido es igual a lo consagrado en el artículo 497 de la Ley 522 de 1999, cuando se exigía a diferencia del artículo 338 de la Ley 600 de 2000 que el funcionario debía interrogar en "relación con los hechos" que originaron su vinculación, independientemente de la calificación jurídica, puesto que la concreción de la misma está reservada a la resolución de la situación jurídica, a la calificación y a la sentencia, de allí que la Sala Penal sostuviere que la indagatoria constituía en principio un medio de defensa que le permitía al vinculado rendir explicaciones sobre lo fáctico, sin el imperativo de cuestionamiento respecto del delito o el contenido jurídico del tipo penal.

Es diáfano que en este proceso la injurada se orientó a permitir al sindicado generar su defensa frente a los hechos y a refutarlos. Diferente es que este hubiese optado por el derecho a guardar silencio, como efectivamente lo hizo OCG, pese a que esta constituye una oportunidad para el imputado de conocer los hechos que se le atribuyen, brindar las explicaciones pertinentes y adoptar la postura procesal más conveniente a sus intereses. (…).

Es claro entonces que si bien la definición de la situación jurídica es un requisito procesal para cerrar la instrucción, su contenido no limita la calificación ya que es en ese momento procesal donde se pueda subsanar el error, lo importante es la imputación fáctica a la luz de la normatividad vigente.

Por estas razones jurídicas, no es viable ampliarle la indagatoria al sindicado para imputarle jurídicamente el delito de Peculado por Apropiación y en este sentido volverle a definir su situación jurídica, menos aun cuando ya en forma reiterada se ha negado a deponer sobre los hechos y las imputaciones realizadas en su contra, razón suficiente para revocar la prueba que le fue ordenada por el instructor, como efectivamente se dispondrá en la parte resolutiva. **(Rad. 156315, 29 de julio de 2011, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión)**.

♦ ♦ ♦ ♦

DEL ABUSO DE AUTORIDAD

Cualquier procedimiento militar o policial por muy exitoso que llegare a resultar en un comienzo, puede devenir en ilegal posteriormente, si se comprueba que en su realización se irrespetaron las garantías mínimas de la población civil y la comunidad en general.

Cierto es que se evidencia la responsabilidad de los procesados en las conductas abusivas cometidas en contra de DMG y JHG, que no solo se desprende de su propia confesión, sino además de los diversos testimonios que se recaudaron a lo largo del proceso, los cuales ni favorecen ni desfavorecen a los condenados, sencillamente narran la verdad de lo que realmente aconteció en desarrollo de un procedimiento policial, que si bien fue en cumplimiento de una misión ordenada por el Comandante de Turno del Parque Bolívar y en cumplimiento de un deber legal, jamás se les otorgaron facultades de Policía Judicial para ir al lugar a realizar un

allanamiento sin orden judicial previa ni a realizar registros corporales ni a retener personas sin que mediaran situaciones de flagrancia ni a conducirlas esposadas, y sí por el contrario incumplieron normas consignadas en el Manual de Patrullaje Urbano para la Policía Nacional, la cual determina cuándo se faculta el empleo de elementos, armas y fuerza en desarrollo de estos operativos

La misión de patrullaje es una actividad dentro del servicio de policía, además se deduce el conocimiento de esta de la preparación y formación que reciben los miembros de la Fuerza Pública en las escuelas y cursos de preparación académica, pese a ello los hoy enjuiciados en forma libre y consciente realizaron estas actividades sin amparo legal, pues como anteriormente se expuso la conducción de DMG y JHG se presentó en forma voluntaria, luego no se justificaba en ninguna medida el uso de las esposas, ni mucho menos haber permitido que esta mujer continuara atada a una reja adyacente a la estación de policía mientras se verificaban sus antecedentes judiciales, prolongando su retención en forma injustificada con el pretexto de sacar información de una caleta, utilizando además presión psicológica y física en contra de esta mujer contraviniendo todos los postulados de la ética, la rectitud, y los principios de la Administración Pública.

En la adecuación del tipo penal se tiene en cuenta que los uniformados emplearon la fuerza y la violencia sobre las personas y las cosas, para cometer un acto arbitrario, pues se evidencia el capricho del servidor público, su libre voluntad en los hechos y en el injusto; además, hubo afectación a los bienes jurídicos de la Administración Pública, a través de los efectos que se produjeron con el operativo policial, ya que si la misión se hubiese realizado con apego al ordenamiento jurídico la injusticia no hubiere devenido como consecuencia. **(Rad. 148949, 06 de junio de 2012, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DEL HOMICIDIO POR OMISIÓN IMPROPIA

Necesidad de verificar los elementos para concretar el tipo penal

La Ley 522 de 1999 en su artículo 21 establece la forma de realización del hecho punible por parte de miembros de la Fuerza Pública, tanto por acción como por omisión, de igual manera quedó contemplado en la Ley 599 de 2000 en su artículo 25 y en la Ley 1407 de 2010 en su artículo 27.

Para estos efectos es necesario esbozar la dogmática jurídico penal que aborda el delito por omisión impropia o llamado también de comisión por omisión y dentro de dicho contexto naturalmente los postulados que gobiernan la figura de la posición de garante, y a partir de allí, verificar si es posible realizar imputación al Sargento Viceprimero GE sub judice del resultado de la muerte del particular PEGV.

Es por ello que se hace imperioso analizar la conducta del Suboficial, quien para la fecha de los hechos fungía como Comandante del pelotón y la persona que autorizó ingresar a los corredores del centro educativo en la Vereda “La Unión” y

con ello determinar si se le puede imputar o no el reato de Homicidio por omisión impropia, teniendo como derrotero principal, tal como lo indica la doctora Julia Isabel Gantiva Arias Representante del Ministerio Público ante esta Corporación, que moradores de la región, entre ellos el occiso –quien portaba un arma blanca– bajo su propia cuenta y riesgo ingresaron de manera clandestina a la escuela con el fin de verificar quiénes se encontraban allí, produciéndose el resultado ya conocido.

Conforme lo refleja el proceso, el día de los hechos el Sargento GS se encuentra frente a los particulares JMGV, RLB, AM y LHGV a quienes les reprocha su actuar, en el sentido de haber ingresado de manera clandestina, desconociendo hasta ese momento que el señor PEGV se hallaba en otro sector del centro educativo armado con un machete, momento en el cual, según lo expone el Soldado SR al ser agredido, reacciona el centinela QD quien acciona su arma de dotación impactando a la víctima a la altura del pecho.

Como lo ha señalado la doctrina, la posición de garante es la situación en que se halla una persona en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico evitable. Es decir, cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandonando así la posición de garante.

Para el caso de los miembros de la fuerza pública quienes son considerados por la Constitución y la ley servidores públicos, la misma Carta Política les asigna una función y una misión como lo disponen los artículos 217 y 218. Es precisamente en desarrollo de estos mandatos que se adquiere dicha calidad, por ende viola la posición de garante quien estando obligado por la Constitución y la ley a actuar, se abstiene de hacerlo, dando lugar con ello a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Esta circunstancia es la que vincula con los llamados delitos de comisión por omisión o impropios.

De esta manera, lo básico y fundamental es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera, defraudando así las expectativas.

Sobre este particular, es necesario precisar como lo ha indicado también la honorable Corte Suprema de Justicia, que la legislación penal colombiana adoptó el criterio restringido al establecer en el artículo 25 del Código Penal, Ley 599 de 2000, de manera expresa y taxativa en qué casos es predicable la posición de garante respecto a la omisión impropia.

Con el título de acción u omisión, tanto el artículo 25 del Código Penal –Ley 599 de 2000– como el nuevo Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010– indican que quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica contando con los recursos y medios disponibles y no actuare estando en posibilidad de hacerlo dentro de su ámbito propio de dominio, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección real y efectiva del bien jurídico protegido o la vigilancia de determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución, la ley o los reglamentos.

En este sentido es necesario precisar que el sujeto debe conocer la situación de riesgo para el bien jurídico protegido (conocimiento situación típica) y además,

la voluntad del garante debe ir encaminada a no querer realizar la acción esperada o debida. Si se desconoce que un determinado bien jurídico se encuentra amenazado, no habrá dolo, por esta potísima razón el sujeto debe conocer la situación de riesgo para el bien jurídico o la amenaza que se cierne. (…).

Si bien es cierto el Sargento GE fungía como Comandante del cuarto pelotón de la compañía "Feroz" al momento de la ocurrencia de los hechos y que a su vez autorizó al personal bajo su mando ubicarse en los corredores del centro educativo de la Vereda La Unión, debido a la lluvia que reinaba esa noche, mal podríamos bajo este marco estar atribuyéndole al Suboficial la calificación de sujeto activo del delito de homicidio por tener la posición de garante, ya que se requiere que los elementos que constituyen el tipo de omisión se puedan concretar como son: i) la existencia de una posición de garante, ii) la existencia del deber jurídico de impedir el resultado, iii) la existencia de una situación de peligro para el bien jurídico, iv) la posibilidad real de una acción de vida para evitar el resultado o aminorar el riesgo, v) la existencia del dolo o culpa y vi) la producción del resultado; adicional a los anteriormente señalados, naturalmente además de la tipicidad, deben concurrir elementos del delito como son la antijuridicidad y la culpabilidad. **(Rad. 157037, 31 de octubre de 2011, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión)**.

♦ ♦ ♦ ♦

DELITO DE DESERCIÓN

Condición de desplazado y exención para la prestación del servicio militar por esta condición

(…) Las dudas que afloran en la presente investigación en torno a la probable existencia de una causal de justificación de la conducta típica fueron expuestas por la defensa en la audiencia pública, quien de igual manera una vez se entera que su prohijado ha sido capturado solicita nulidad de la corte marcial, allegando documentos donde se demuestra la condición de desplazado junto con el resto del núcleo familiar, petición que fuera negada en providencia del 3 de agosto del año que avanza.

Sin entrar a analizar la decisión antes mencionada por no ser objeto de recurso, esta Sala se concentrará en la sentencia condenatoria de fecha 4 de agosto de 2011, en el sentido que la señora Juez Tercera de Brigada no tuvo en cuenta ni hizo un análisis juicioso de los documentos aportados por la defensa sobre la condición de familia desplazada de la señora EMH y de sus hijos, entre ellos el investigado B.F. y seis menores, ya que en dicha decisión sustentó que la inscripción en el registro único de población desplazada es de fecha 15 de julio de 2011 y el procesado se encuentra ausente de las filas del Ejército Nacional desde el mes de septiembre de 2009.

Por todo lo anterior no se pueden avalar los argumentos de la señora Juez de Instancia, en el sentido que el joven BFHM para el mes de septiembre de 2009 no tenía la condición de desplazado y por ende no tiene situación que justifique su actuar para no regresar a filas y continuar prestando el servicio militar obligatorio,

ya que es evidente que los trámites para obtener los beneficios como persona desplazada se generan luego de surtir unos procesos que al tenor de la normatividad se ven como sencillos, pero que al ejecutarlos se hacen complejos.

Tengamos en cuenta que en nuestro país el desplazamiento forzado por la violencia constituye una de las manifestaciones más crudas de los niveles de intensificación y de degradación a que ha ido llegando el conflicto armado, que a su vez es la fuente directa tanto de violaciones masivas a los derechos humanos como de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario por parte de los grupos armados al margen de la ley.

En Colombia donde confluyen factores de evolución social, económica, política, cultural, de educación del conglomerado y muchas otras que son propias de un país en vía de desarrollo, no es difícil dilucidar que este fenómeno tiene una génesis común en casi todo el territorio nacional, ya que muchos consideran que el conflicto armado es la principal causa del desplazamiento forzado que además de transformarlo consecuencialmente en otro catalizador de violencia, de pobreza, de marginalidad, de analfabetismo entre otros, en conjunto empujan a la sociedad que hoy conocemos a una pérdida de identidad social y al desarraigo psicológico del intangible deseo y del sentir que se es ciudadano colombiano.

De igual manera y en atención a lo dispuesto en la Ley 1448 del 10 de junio de 2011 por medio de la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno considerándose como tales los desplazados según lo dispone el artículo 3º de la citada ley, se dispone el desacuartelamiento inmediato del joven B.F.H.M. en cumplimiento a lo consignado en el canon 140 el cual establece:

ARTÍCULO 140. EXENCIÓN EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR. Salvo en caso de guerra exterior, las víctimas a que se refiere la presente ley y que estén obligadas a prestar el servicio militar, quedan exentas de prestarlo, sin perjuicio de la obligación de inscribirse y adelantar los demás trámites correspondientes para resolver su situación militar por un lapso de cinco (5) años contados a partir de la fecha de promulgación de la presente ley o de la ocurrencia del hecho victimizante, los cuales estarán exentos de cualquier pago de la cuota de compensación militar**. (Rad. 157104, 15 de septiembre de 2011, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DERECHO DE DEFENSA

La no advertencia al procesado sobre el derecho a guardar silencio y no autoincriminarse, al igual que no hacer las admoniciones contenidas en el artículo 33 de la Constitución Política vulnera no solo el debido proceso en la instrumentalidad de las formas, sino además transciende al derecho de defensa.

"Cabe recordar, como en reiteradas oportunidades se ha dicho por la Sala, que si bien es cierto, se diseñó por el legislador un procedimiento especial, como es el

descrito en la Ley 1058 de 2006, ello se hizo, con el propósito de imprimirle celeridad al proceso y contribuir con esto a la pronta y efectiva administración de justicia, lo que está reflejado en la reducción de los términos; sin embargo, esa disminución no debe entenderse que las etapas del procedimiento ordinario como son, la instrucción, calificación y juzgamiento, no se surtan eficazmente con total apego a las normas procedimentales y respetando garantías de los sujetos procesales.

Por ello, la audiencia de corte marcial al ser la actuación procesal donde se cristaliza la etapa del juzgamiento, no puede realizarse con desconocimiento de los ritos que la ley estableció para esta.

Lo primero que se aprecia por la Colegiatura, es que la Funcionaria omitió poner de presente al enjuiciado el derecho que le asiste de guardar silencio y de no autoincriminarse, advertencias estas, que deben ser previas al momento de preguntar al procesado si llegó a un acuerdo con el Fiscal o si se declara culpable o inocente[38]. (…).

Y es que no debe dejar de lado el operador judicial, que si el procesado se encuentra presente en la audiencia es obligatorio hacer esas advertencias, pues, el desacato a ello, se repite, no solo quebranta el debido proceso en la instrumentalidad de las formas propias del juicio, sino que además transciende al derecho de defensa del procesado.

Sumado a esta omisión, al concederle el uso de la palabra no le señaló que se encontraba libre de todo apremio y juramento, pero sí lo instó para que manifestara si se declaraba culpable o inocente, desconociendo prerrogativas constitucionales inherentes al enjuiciado, habida cuenta que es el sujeto activo de la acción penal y por ende titular de estos derechos, y es que, si su deseo era guardar silencio, esa negativa no le puede acarrear consecuencias jurídicas o ser tomado como indicio en su contra. De otra parte, también le asiste el derecho a no autoincriminarse y las demás admoniciones previstas en el artículo 33 de la Constitución Política. (**Rad. 154638, 22 de julio de 2011, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DESERCIÓN

Aceptación de cargos en la Ley 522 de 1999 y la 1407 de 2010. Identidad en supuestos de hecho. Favorabilidad. Rebaja de pena.

"El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si al procesado quien aceptó los cargos conforme a la Ley 522 de 1999 modificada y adicionada por la 1058 de 2006, debe reconocérsele a la luz de principio constitucional de favorabilidad el beneficio de redosificación penal previsto en el artículo 493 de la Ley 1407

38 Ley 1058 de 2006, artículo 1° inciso 10.

de 2010, nuevo Código Punitivo Castrense; ambos estatutos en vigor al momento de la comisión del hecho punible.

En primer lugar, es necesario puntualizar, que la aplicación de la ley penal permisiva o favorable, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia supone la sucesión de leyes en el tiempo que regulan un determinado aspecto de forma similar, pero igualmente, tiene aplicación ante la **coexistencia** de legislaciones que se ocupan de regular el mismo supuesto de hecho.

No queda duda, que el antiguo Código penal Militar, Ley 522 de 1999, que fue modificado y adicionado por la Ley 1058 de 2010 está vigente, toda vez que los procesos por los delitos cometidos durante su vigor, así como los ocurridos en vigencia de la 1407 de 2010, nuevo Estatuto Punitivo Castrense, la cual empezó a regir el 17 de agosto de 2010, fecha en que fue publicada en el *Diario Oficial* No. 47.804, siguen rigiéndose por el rito procesal señalado en el primero, comoquiera que, la aplicación del procedimiento penal acusatorio en la justicia penal militar, creado en la nueva ley, según su artículo 627, está sujeto a un plan de implementación, que aunque ya se presentó solo entrará a regir gradualmente en 4 etapas, la primera inicia en Bogotá a partir del primero de enero de 2012.

En este asunto, los hechos ocurrieron en octubre de 2010, en vigencia de la Ley 522 de 1999 modificada y adicionada por la Ley 1058 de 2006, que es la que regula su trámite, razón por la cual la Sala estima que es viable con fundamento en el principio de favorabilidad aplicar la Ley 1407 de 2010, que es posterior y coexistente, donde igualmente se regula el fenómeno jurídico de la aceptación de cargos dándole la posibilidad al sujeto agente de obtener una rebaja de la pena de hasta la mitad, lo cual sin duda alguna es más beneficioso para el procesado, por cuanto la Ley 1058 de 2006 concede una sexta parte de disminución, por idéntica causa (aceptar los cargos).

En efecto, al hacer el cotejo de la Ley 1058 de 2006, que establece un procedimiento especial, abreviado, para delitos típicamente militares, entre ellos, el de deserción, con la 1407 de 2010, se observa que la primera, establece que una vez ejecutoriada la resolución de acusación, el fiscal remite el proceso al juzgado de instancia, para que convoque a audiencia de acusación y aceptación de cargos, que se celebrará dentro de los 8 días siguientes, lapso dentro del cual deberán reunirse el Fiscal y el Procesado, acompañado de su defensor, con la finalidad de acordar si hay posibilidad de aceptar o no los cargos y la consecuencias respectivas.

El día de la audiencia, el juez le pregunta al procesado si ha llegado a un acuerdo con el Fiscal y en qué consiste, es allí en esa "audiencia de acusación y aceptación de cargos" donde el procesado manifiesta si acepta los cargos, en caso positivo, el juez anuncia el sentido del fallo y dicta sentencia condenatoria dentro de los dos días siguientes, haciéndole la rebaja de una sexta parte de la pena a imponer.

Por su parte la Ley 1407 de 2010, en el artículo 493, establece que la aceptación de los cargos especificados en el escrito de acusación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se presentará en la audiencia de formu-

lación de acusación, preceptiva esta de carácter sustancial, que rige una situación semejante a la contemplada en la Ley 522 de 1999, adicionada y modificada por la 1058 de 2006, que es más favorable para el procesado, y que en nuestro sentir no se constituye en una figura jurídica de absurda analogía, y cuya aplicación no desarticula los aspectos esenciales del sistema acusatorio en sus finalidades ni principios.

Ahora, en lo que tiene que ver con el parecido entre la figura de aceptación de cargos consagrada en la Ley 522 de 1999 y la señalada en la Ley 1407 de 2010, encontramos que ambos instrumentos jurídicos llevan implícitos objetivos de política criminal con la finalidad de obtener una rápida y eficaz administración de la justicia penal militar, pues la aceptación de cargos por el imputado permite ahorrar esfuerzos en la función de juzgamiento.

La aceptación de cargos de la Ley 522 de 1999, como en la 1407 de 2010, se hace con posterioridad a la formulación de los cargos al procesado, lo cual garantiza su derecho de defensa.

En las dos situaciones, el juez hace el control de legalidad para salvaguardar los derechos fundamentales del procesado que decide aceptar los cargos imputados por la fiscalía, que se trate de una decisión libre, consciente, voluntaria, sin presiones de ninguna naturaleza y en presencia del defensor.

Igualmente, la sentencia condenatoria en ambos casos, es producto de la aceptación de los cargos del acusado, y de las pruebas aportadas en las cuales se respalda la responsabilidad penal del mismo. Las rebajas punitivas que se otorgan en ambas leyes son producto de la aceptación de los cargos, que no admiten retractación.

En síntesis, en criterio de la Sala existe identidad en los supuestos de hecho de la figura de aceptación de cargos del artículo 579 de la Ley 522 de 1999, y del artículo 493 de la 1407 de 2010, por tanto, siguiendo las claras directrices impartidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, se impone la aplicación del principio de favorabilidad penal porque el nuevo estatuto es más benéfico para el procesado.

De otro lado, estimamos que la circunstancia de que el procedimiento penal acusatorio en la justicia penal militar, creado con la Ley 1407 de 2010, no se haya puesto en marcha, no obstante dentro del término establecido en esa ley, se emitió el plan de implementación escalonado, con el Decreto presidencial No. 2960 del 17 de agosto de 2011, cuya primera fase iniciaría en Bogotá a partir del 1º de enero del 2012, ello no impide de ninguna manera la aplicación de uno de los principios esenciales del debido proceso en el Estado de derecho: el de favorabilidad amén cuando se trata de normas procesales de contenido sustancial de la ley en mención, en aquellos casos donde se consoliden situaciones de favorabilidad, máxime que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que el principio de favorabilidad rige toda aplicación de la normatividad penal sin que sea aceptable hacer diferencia entre normas sustantivas y normas procesales que beneficien al procesado (C-200 de 2002)". **(Rad. 157150, 26 de octubre de 2011, M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DESOBEDIENCIA

Elementos que configuran la orden vinculante o de relevancia penal

"No quiere significar lo anterior que el oficial no estuviera obligado a obedecer, pues la orden era vinculante en la medida en que fue impartida por su superior jerárquico con poder de mando sobre él, dado que se trataba del jefe de operaciones; legítima, en cuanto no quebrantaba el ordenamiento jurídico y tenía como propósito cristalizar los fines que Constitucional y legalmente le corresponden a la Fuerza Pública; lógica y oportuna, porque se correspondía con las reglas naturales de las actividades cotidianas que cumplen los estamentos militares, en el marco de ese tipo de operaciones". (**Rad. 156948, 31 de mayo de 2012, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión). ACLARACIÓN DE VOTO, CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ.**

♦ ♦ ♦ ♦

DETENCIÓN PREVENTIVA

Si del material probatorio no se justifica la detención preventiva de acuerdo a los fines de la misma, el Juez indefectiblemente debe abstenerse de proferir medida de aseguramiento, aun evidenciándose el indicio grave de responsabilidad.

"En efecto, sabido es, que la disposición punitiva castrense establece que para imponer medida de aseguramiento, es indispensable que se cumplan con los requisitos formales determinados en el artículo 532[39], además, es necesario que del material probatorio surja por lo menos un indicio grave que comprometa la responsabilidad del procesado, esto corresponde, al requisito sustancial. Exigencias estas, como lo señaló el Funcionario Instructor, hasta este momento procesal se encuentran satisfechas en el sub examine.

No obstante lo anterior, así como acertadamente lo expone el Juez de Instrucción, es menester que además de que se encuentren reunidos tanto los requisitos formales como sustanciales, también es obligatorio que se haga un juicio de razonabilidad y necesidad de la medida a imponer, esto, dado que se pretende restringir es el derecho fundamental de la libertad individual, por lo tanto su limitación debe ser excepcional. (…).

De conformidad con lo antes expuesto, se vislumbra que acertadamente el Juez Instructor, después de establecer que se cumplían los requisitos formales y sustanciales para imponer la medida de aseguramiento –detención preventiva–, se detuvo a realizar un pormenorizado y juicioso análisis sobre si era justificado imponer la detención, dados los fines que persigue, llegando a la conclusión que la misma no se tornaba necesaria, comoquiera que de ese examen concluyó que los militares, no representaban un peligro para la comunidad por cuanto no poseen antecedentes penales, no pertenecen a organizaciones al margen de la ley, tampoco han efectuado maniobras de obstrucción a la justicia, además de que sus comportamientos

39 Artículo 523. Las medidas de aseguramiento se dictarán en virtud de auto interlocutorio en que se exprese: 1. Los hechos que se investigan, su calificación provisional y la pena correspondiente. 2. Los elementos probatorios sobre la existencia del hecho y la probable responsabilidad como autor o partícipe. 3. Las razones por las cuales no se comparten los alegatos de los sujetos procesales.

permitieron inferir que en caso de una eventual condena no eludirán el cerco de la justicia, por cuanto han estado atentos a todas las citaciones del Despacho.

Luego, se repite, resulta atinada la decisión del Operador Jurídico cuando se abstuvo de limitar la libertad individual de los vinculados, por cuanto no se evidenciaba la finalidad de la detención preventiva, pues de haber actuado diferente, estaría vulnerando derechos fundamentales como la presunción de inocencia, la cual hasta este episodio procesal se mantiene incólume y debe permanecer así hasta tanto exista sentencia ejecutoriada. No se debe olvidar que la detención preventiva es de carácter preventivo y excepcional y está sujeta, como se ha reiterado, a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad, sin que su propósito esté encaminado a adelantar una condena.

Así las cosas, no es viable proceder, como lo señala el recurrente, imponer medida de aseguramiento de detención preventiva y no hacerla efectiva, por las siguientes razones:

1. El delito que se investiga prevé como medida de aseguramiento únicamente la detención preventiva.

2. No puede acudirse a ninguna de las causales de suspensión de la detención preventiva contempladas en el artículo 535 de la Ley 522 de 1999.

3. Tampoco es posible beneficiar a los sindicados con libertad provisional por ser improcedente aplicar alguna de las causales contenidas en el mandato 539 ibídem". **(Rad. 156949, 08 de agosto de 2011, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DICA "PRINCIPIO DE DISTINCIÓN" DERECHO DE LA GUERRA

Causales excluyentes de responsabilidad.

HOMICIDIO CULPOSO EN CONCURSO CON LESIONES PERSONALES CULPOSAS. Cumplimiento de un Deber Legal, como causal de justificación penal, se fundamenta en el principio de unidad del Ordenamiento Jurídico Esquema causalista.

"Valorado el comportamiento de los procesados, tenemos que si bien es cierto, que los hechos que se investigan tuvieron ocurrencia cuando tal comportamiento lo realizaron en cumplimiento de un Deber Legal, en su condición de miembros de las Fuerzas Militares, también lo es que, no puede predicarse que los disparos que causaron la muerte del señor JCC (q.e.p.d.) y las lesiones al señor BOD, fueron realizadas en cumplimiento de ese deber impuesto por la ley, y conforme a derecho.

Es que si los Militares procesados se encontraban cumpliendo un deber impuesto por la ley, entendido por ley toda prescripción de carácter general y con

obligatoriedad erga omnes, la justificante no opera en la conducta con la cual se haya cumplido de cualquier forma con el deber, pues se exige que el cumplimiento del deber se realice dentro de los límites legales y conforme a Derecho.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el escenario que en estos acontecimientos se presentaba era un ambiente de hostilidades, siendo el derecho aplicable las Reglas del Derecho Internacional de los Conflictos Armados, basta mirar de manera desprevenida sus disposiciones sobre la conducción del Ataque como táctica Defensiva, contenidas en el artículo 57 del I Protocolo de 1977 adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 –aprobado con la Ley 11 de 1992– que establecen que las precauciones que han de tomarse para apuntar son similares a las que deben respetarse cuando se elige un Objetivo Militar, cuya responsabilidad de una puntería precisa depende de los efectos causados en el lugar de impacto por el arma o el sistema de armas elegidos, siempre sobre la base de observar el principio de Proporcionalidad.

Recuérdese, que el Artículo 57 del I Protocolo de 1977 adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 –aprobado con la Ley 11 de 1992–, en concordancia con los Artículos 22 y 23 del Reglamento Anexo de la Convención relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907, preceptúa que se respetará la Regla de la Proporcionalidad, en el entendido que una acción Militar es proporcionada cuando no causa víctimas ni daños civiles excesivos en relación con el resultado global esperado –Ventaja Militar–, por lo que no se puede invocar la regla de la Proporcionalidad para justificar destrucciones ilimitadas o ataques contra personas o bienes civiles como tales.

Amén a lo señalado, el artículo 58 del I Protocolo de 1977 adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 –aprobado con la Ley 11 de 1992–, en su apartado C) establece una obligación abierta, que dispone que hasta donde sea factible las Partes en conflicto "tomarán las demás precauciones necesarias para proteger contra los peligros resultantes de las operaciones militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control". Estas precauciones contra los efectos de las hostilidades son una extensión lógica del principio de Distinción, que también constituye una norma de derecho internacional consuetudinario, por lo que las Partes sujetas a un ataque no pueden abusar de las obligaciones del atacante.

Y es aquí donde refulge indispensable recordar que el Derecho Internacional de los Conflictos Armados, además del principio de Proporcionalidad, acuña el principio de Distinción según el cual en la Conducción de Hostilidades, las Partes en conflicto deben hacer, en todo tiempo, la distinción entre Población Civil/Personas Civiles y Combatientes/Personales que participan directamente en las Hostilidades, así como entre Bienes de carácter Civil y Objetivos Militares, siendo estos últimos los únicos que pueden ser objeto de ataques, tal como lo preceptúan el Artículo 4° del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 –aprobado con la Ley 5ª de 1960–, y los Artículos 44 y 48 del I Protocolo de 1977 adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 –aprobado con la Ley 11 de 1992–; contexto normativo sobre el cual refulge limitantes al acto o acción hostil en el esfuerzo Militar en Conducción de Hostilidades.

De ahí, que no es viable predicar de tales insucesos el Cumplimiento de un Deber Legal, porque solo puede hablarse de tal Causal de Ausencia de Responsabilidad, y particularmente de Ausencia de Antijuridicidad o de Justificación del Hecho, cuando alguien se comporta como lo hace porque una norma jurídica o una orden vinculante de autoridad pública se lo impone, en razón de su oficio o por su condición de Subordinado; y aquí vemos que la Regla a aplicar en Conducción de Hostilidades como lo es el Principio de Proporcionalidad, y el Principio de Distinción, y por ende, las precauciones en la puntería fueron desconocidas.

Como se observa esta causal de inexistencia del delito por ausencia de Antijuridicidad o Justificación del Hecho, implica una relación directa entre el sujeto y el mandato legal que está obligado a cumplir, que en el caso sub examine dado el ámbito situacional y las circunstancias modales en que se presentó el hecho objeto de esta investigación, fácil es colegir que los procesados en el Comportamiento en la Acción en Conducción de Hostilidades, no aplicaron las Reglas del Derecho de la Guerra como parte del cuerpo normativo del Derecho Internacional de los Conflictos Armados, que regentaban tal situación táctica, por lo que la utilización de las armas no se realizó dentro de los límites legales, ni en la forma prevista en la ley, que por el contrario restringía tal comportamiento. **(Rad. 156188, 29 de febrero de 2012, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DOSIFICACIÓN PUNITIVA

Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

"Teniendo en cuenta que el artículo 59 de la Ley 1407 de 2010 prescribe que 'toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena', y conforme las voces de los cánones 60 y 61 ídem, se han de fijar los límites de la pena principal que comporta la privativa de la libertad y la consecuente multa, de acuerdo a lo establecido en el inciso segundo del artejo 114 de la Ley 599 de 2000. Así, prevé el Legislador de tres (3) a ocho (8) años de prisión, es decir, de treinta y seis (36) a noventa y seis (96) meses de prisión. En cuanto hace a la multa se establece de veintiséis (26) a treinta y seis (36) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para definir los cuatro cuartos de movilidad es necesario tener en cuenta que entre el máximo y el mínimo de la sanción hay sesenta (60) meses, lo cual quiere significar que cada cuarto es de quince (15) meses. La adecuada operación matemática arroja el siguiente resultado:

Primer cuarto: de 36 a 51 meses. (Cuarto mínimo)
Segundo cuarto: de 51 a 66 meses. (Cuarto medio)
Tercer cuarto: de 66 a 81 meses. (Cuarto medio)
Cuarto cuarto: de 81 a 96 meses. (Cuarto máximo)

Comoquiera que respecto de Parada Rincón, acorde con la acusación y su sustentación en el juicio de corte marcial, no se presentaron por la Fiscalía, ni fue objeto de discusión, circunstancias de mayor punibilidad y antes por el contrario concurren situaciones de menor punibilidad, como es la carencia de antecedentes, es obvio que la Sala se debe ubicar en el primer cuarto y dentro de él se aplicará la sanción mínima. Corolario, la pena a imponer será de treinta y seis (36) meses de prisión. En cuanto hace a la multa, consecuente con la pena mínima asignada y el imperativo fijado por el Legislador en el artículo 114 ídem, se tasará en veintiséis (26) salarios mínimos legales mensuales vigentes, suma que deberá cancelar el condenado en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario del Juzgado Penal Militar de Conocimiento, en el plazo que determinará el *A quo,* conforme los lineamientos del artículo 51 de la Ley 522 de 1999.

En cuanto hace al subrogado de la suspensión condicional de la pena, encuentra la Sala que en este acápite también ha de ser modificada la sentencia, habida cuenta que la pena privativa de la libertad, el delito por el que se procede y los factores subjetivos que caracterizan al procesado, posibilitan su reconocimiento, de acuerdo a lo prescrito en el canon 63.1 de la Ley 1407 de 2010, norma aplicable al caso en estudio por favorabilidad, la cual viabiliza la concesión del mecanismo sustitutivo. En conclusión, la ausencia de antecedentes personales, sociales, familiares, la buena conducta anterior del procesado referida por los testigos, entre ellos, el S. R. J y el SLR. S quien definió a P. como un buen Soldado, respetuoso, cumplidor de las órdenes; conllevan a considerar que no existe, por el momento, necesidad de ejecución de la pena, por lo que se dispondrá la suspensión condicional de la sanción, fijando como período de prueba el lapso de tres años. Consecuentemente, se ordenará que el condenado otorgue caución juratoria en la que se comprometerá a cumplir las obligaciones consagradas en el artejo 65 de la Ley 1407 de 2010.

Respecto a la solicitud orientada al reconocimiento del estado de ira e intenso dolor, como diminuente punitivo en favor del procesado, estima el Colegiado que tal petición es improcedente en razón a que, como se ha señalado con antelación, la conducta del enjuiciado P. R. no es resultado de comportamiento ajeno, inesperado, provocado, grave e injusto, todo lo contrario, conforme las razones expuestas en anteriores glosas, no existe relación entre el presunto agravio y la reacción extrema del acusado, motivo por el cual la petición no está llamada al éxito". (**Rad. 156970, 27 de julio de 2011, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ELEMENTO OBJETIVO FUNCIONAL DEL FUERO

HOMICIDIO. Cuando no existe la relación entre los hechos y la misión castrense encomendada, exigible para la activación del fuero militar, no es predicable que la competencia recaiga en la Justicia Penal Militar.

"(…) no hay ninguna prueba documental, ni testimonial, que permita inferir que la muerte del particular RVP haya sido a consecuencia del resultado de una

orden militar de operaciones, pues al efecto no hay un informe de patrullaje o un informe que dé cuenta de manera oficial, del supuesto resultado operacional. Tampoco, ninguno de los militares llamados a rendir testimonio o indagatoria, recuerda haber participado de ese hecho.

En consecuencia, aquella relación que se exige para la activación del fuero penal militar, no aparece de manera clara y nítida de las pruebas que obran dentro del proceso y en este sentido resulta de fundamental importancia lo señalado por la Corte Constitucional, cuando dijo:

"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"[40].

Precisamente con base en este enunciado, es que la justicia penal militar debe separarse del conocimiento de este asunto, con el fin de que sea la justicia ordinaria la que prosiga con la investigación del hecho. **(Rad. 156951, 22 de junio de 2011, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ELEMENTO SUBJETIVO DEL DOLO EN LOS DELITOS DE PELIGRO

Desobediencia.

"(…) 7.2.2 Sobre el elemento subjetivo del dolo: Es en el concepto del Ministerio Público donde se plantea que el incumplimiento al servicio del centinela por parte del procesado no fue doloso, partiendo de un problema de sueño y de no contar con otro militar que no cumplió con el deber de levantarlo. Sobre tal planteamiento, necesario resulta precisar el elemento subjetivo en los delitos de peligro.

Es claro que el punible de desobediencia es un delito de los llamados de peligro, donde el reproche se hace sobre la base de la posibilidad que la conducta pueda producir un daño pero bajo la concepción de no aquel daño naturalístico perceptible por los sentidos únicamente, ha de recordarse que el bien jurídico de la disciplina cuando se pone en peligro no deja huella material por lo tanto su resultado es en un sentido jurídico, –un hecho concreto sensorial– y no en un sentido naturalístico.

Retomando entonces, el reproche en los delitos de peligro se requiere, en primer término la amenaza o puesta en riesgo de la disciplina, pero que esta puesta

40 Corte Constitucional, sentencia C-358 de 1997

en peligro no cubre el elemento subjetivo de la intencionalidad bajo la presunción de que no admite prueba en contrario, sino que la regla general es que tanto los delitos de resultado como los delitos de peligro contienen como elementos del tipo al dolo, y este, no se puede presumir, pues de llegarse a aceptar la presunción del dolo en los delitos de peligro estaríamos abordando los peligrosos campos de la responsabilidad objetiva…". **(Rad. 157122, 29 de septiembre de 2011, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

FINES DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Cuando se analizan los fines y no se encuentra que el procesado pueda violarlos el funcionario debe abstenerse de proferir medida de aseguramiento sin caucionar su libertad.

"Sobre este punto encontramos nuevamente referencia a los fines de la medida de aseguramiento, sobre los que ya advertimos sí se refirió el a quo en la providencia. Y en cuanto a la medida tomada y el subrogado concedido, es una realidad que se presenta una contradicción en la parte motiva y resolutiva del proveído al estimar inicialmente que no es procedente imponerle medida de aseguramiento al procesado porque no se dan los requisitos jurisprudenciales para ello, sin embargo la decreta en la parte resolutiva, concediéndole adicionalmente el beneficio de libertad provisional caucionada.

En torno a este tema, es necesario aclarar que para proferir una medida de aseguramiento de detención preventiva no basta con que se estructuren los indicios de responsabilidad y las hipótesis objetivas (quántum de la pena, bien jurídico o antecedentes de la persona) señalados en el artículo 467 de la Ley 1407 de 2010 (art. 313 de la Ley 906 de 2004), sino que es indispensable que concurra prueba demostrativa de que se cumpla alguno de los requisitos establecidos en el artículo 466 de la misma Ley (art. 308 Ley 906 de 2004), a saber: 1) Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado o acusado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2) Que el imputado o acusado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, de la víctima o de la fuerza pública. 3) Que resulte probable que el imputado o acusado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. Si hay prueba de responsabilidad y se presentan además los otros requisitos objetivos, pero no aparece prueba indicativa de que el imputado puede quebrantar los fines de la detención, es improcedente la medida de aseguramiento[41].

Es así que en este caso que hoy nos convoca, al haber considerado el a quo, que no estaban dado los fines de la medida de aseguramiento, hubiera bastado abstenerse de proferir la medida sin que fuera necesario dar aplicación al artículo 521 de la Ley 522 de 1999, pues ese no es el caso presente.

41 Corte Constitucional, C-774, 25 de julio de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Conforme a lo anterior y para armonizar la decisión impugnada con el criterio referido precedentemente, se entrará a revocar la decisión apelada en los numerales 1º y 2º, para en su defecto y en cumplimiento de los presupuestos del artículo 466 de la Ley 1407 de 2011, simplemente abstenerse de proferir en contra del procesado medida de aseguramiento alguna". **(Rad. 156962, 19 de septiembre de 2011, M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

FUERO MILITAR – TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN – COMPETENCIA NEGATIVA ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

Hechos relacionados con el servicio.

Entra la Tercera Sala a resolver lo que en derecho corresponda, sobre los argumentos esgrimidos por el Honorable Tribunal Superior de Medellín, quien se abstuvo de conocer del recurso de apelación interpuesto por la doctora FMHP, Fiscal Delegada código 132 Seccional ante los Juzgados Penales del Circuito de Medellín, contra la providencia del 18 de agosto de 2011 donde el Juzgado 21 Penal del Circuito de Medellín decretó nulidad de la diligencia de aceptación de cargos dentro del expediente No. 1.044.964.132 adelantado contra el PADU por el delito de Homicidio doloso y tentativa de homicidio, por considerar que la competencia para conocer la presente investigación penal recae en la Justicia Penal Militar. (…)

Inicia su argumentación anunciando que carece de competencia para conocer del asunto, haciendo alusión a la Sentencia C-358 de 1997 por considerar que de conformidad en el artículo 221 de la Constitución Política los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, deberán ser investigados y juzgados por la Justicia Penal Militar. De igual manera extrae pronunciamientos en cuanto al término "servicio" el cual alude a las actividades concretas que se orientan a cumplir o realizar las finalidades propias de la Fuerza Pública.

En el caso materia de pronunciamiento de la Sala, la conducta punible endilgada al PDUA tuvo lugar en el cumplimiento de una tarea inherente al cargo o función que tenía, cual era prestar seguridad a sus compañeros en un sector de alta peligrosidad en la ciudad de Medellín. Así también lo confirman las pruebas testimoniales y documentales obrantes en el plenario.

Es así como el cumplimiento de esta labor de vigilancia y seguridad en el sector llamado "Curva del Diablo", guarda estrecha relación con el servicio, pues se trataba de un procedimiento policial, durante el cual surgió el hecho materia del proceso, cual fue intentar detener a los dos ocupantes de una motocicleta que cuando observaron un retén, decidieron hacer el retorno a toda velocidad.

Así las cosas, fue dentro del escenario de las funciones propias como miembro de la Policía Nacional en que ocurrió la conducta punible que se le ha venido en-

dilgando, emergiendo nítida esa relación por las labores de seguridad y vigilancia, razón por demás suficiente para ser la Justicia Penal Militar a quien le corresponde investigar y juzgar la conducta punible y no en la ordinaria. (…).

De manera por demás simplista, los funcionarios de la Justicia Penal Militar acuden al "argumento de la duda" que en su momento plasmó la Honorable Corte Constitucional en su Sentencia C-358/1997 olvidando decisiones posteriores más por desconocimiento e ignorancia supina, bajo el entendido de que la duda debe ser razonable[42] y, por ende, motivarse.

Precisamente, dicha Corte indicó que no sobra aclarar que la duda referenciada en la doctrina constitucional, como factor determinante de la asignación de competencia a favor de la jurisdicción penal ordinaria, es aquella que resulta razonable, debidamente fundada o calificada, y que emerge en forma racional y manifiesta de los elementos de juicio que, a su conjunto, deben ser analizados por el operador jurídico.

Hoy, al observar la Sala después de siete años la actuación procesal adelantada, rememora esa lectura obligada de quienes nos hemos dedicado a esta rama de la administración de justicia, como lo es "Las Miserias del Proceso Penal" el texto del ilustre tratadista FRANCESCO CARNELUTTI, cuando un procesado clama justicia, cuando ruega y suplica que le solucionen su situación jurídica definitivamente. Así lo ha expresado el PADU dentro de estas fojas, cuando ha aceptado todos los cargos que le han imputado. Es allí donde nos encontramos con aquello que se llama **"la deshumanización del derecho penal"**. Este proceso Kafkiano ha tenido sub júdice por siete años a un ser humano que prestaba sus servicios a la Policía Nacional y que ante las dificultades y aflicciones surgidas en el decurso del presente proceso, se vio en la obligación de solicitar su retiro el pasado mes de abril de 2011 de la institución, por pesar en su contra una orden de captura cuando se encontraba disfrutando sus vacaciones en la ciudad de Mocoa (Putumayo)[43].

Independiente de la responsabilidad que le asista, estamos en presencia de un ser humano a quien le han desconocido ese principio rector del derecho penal, que es el soporte de toda constitución en un estado social y democrático de derecho, LA DIGNIDAD.

Las motivaciones anteriormente plasmadas, conducen sin lugar a equívocos, a señalar que efectivamente el proceso que se adelanta contra el PDUA es de competencia de la Justicia Penal Militar. Como consecuencia, se decretará la nulidad a partir del auto de fecha 17 de septiembre de 2008 donde se avocó conocimiento por la Justicia Ordinaria en adelante. (…). **(Rad. 157204, 15 de diciembre de 2011, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión)**.

♦ ♦ ♦ ♦

42 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 1001/01, 18 de septiembre de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil

43 Folios 1024-1025 C.O. 4 solicitud de retiro.

FUERO PENAL MILITAR

Alcance de la expresión "Servicio" en los delitos típicamente militares.

Para la Alta Corte la expresión "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, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia vivan en paz.

Empero en materia de esta expresión y su alcance, la guardiana de la Carta de manera categórica afirma que la conducta que debe tener relación con el servicio y en particular con la función militar o policial debe emanar de lo que la Constitución, la ley o el reglamento les ha asignado.

En el presente proceso estamos en presencia de dos delitos, uno típicamente militar, normado en el Código Penal Militar, Ley 522 de 1999 en su Título Primero, DELITOS CONTRA LA DISCIPLINA, Capítulo III "De los ataques y amenazas a superiores e inferiores". Y de otro lado, un tipo penal común como es el de las lesiones personales que prevé el Código Penal, Ley 599 de 2000 artículos 111 y 113. (…).

Se desprende de la sumaria que estos ocurrieron en desarrollo de la operación militar Misión Táctica No. 004 "NEPTUNO" del Batallón de Asalto Fluvial de Infantería de Marina No. 4, Municipio de Pizarro, departamento de Chocó, a eso de las 07:00 horas cuando el personal realizaba labores administrativas, entre ellas el lavado de uniformes, momento en el cual el entonces Infante de Marina Profesional CCMA, quien hacía parte de la misión táctica como enfermero de combate de la Compañía "LEÓN 1" de ese Batallón, agredió físicamente al cabo tercero de Infantería de Marina SCMD, cuando este se dispuso a colgar su uniforme en la cuerda donde también se encontraba la ropa militar del procesado, cayéndose en ese instante un palo que sostenía dicha cuerda, lo que generó inicialmente intercambio de palabras ofensivas, para posteriormente resultar el Suboficial S lesionado por el Infante de Marina C con una fractura de tabique que le generó una incapacidad médico –legal definitiva de 25 días, con secuela médico– legal de deformidad física que afecta el rostro, de carácter transitorio. (…).

Se tiene dilucidado igualmente que para el momento de los hechos, como ya se indicó, tanto procesado como víctima cumplían funciones administrativas, pero dentro del marco de la Orden de Operaciones señalada, puntualmente el lavado de uniformes (camuflados) actividad dispuesta por el mando para ese momento. Fue precisamente en desarrollo de esta actividad cuando se presentó la situación fáctica que tiene para la Sala plena relación con el servicio, entendido este como bien lo indican los reglamentos militares y en particular el Reglamento de Servicio de Guarnición, Disposición No. 010 de 1982 que define en su Sección B el Acto del Servicio como "Aquel que se efectúa en uso de las atribuciones o en cumplimiento de los deberes inherentes a los militares". No era otra la actividad del lavado de uniformes que un deber que tenían para ese momento los integrantes del Batallón de Asalto Fluvial No. 4 al que pertenecían el Infante de Marina Profesional CCMA quien

se desempeñaba como enfermero de combate y el C3CIM SCMD quien fungía como comandante de la segunda sección del primer pelotón de la Compañía "León". (…).

Basta mencionar estas dos decisiones de nuestro máximo Tribunal de Casación, para concluir e inferir que las funciones administrativas propias de la actividad castrense y policial son de competencia de la Justicia Penal Militar. Es diáfano que las actuaciones de los integrantes de la Fuerza Pública no solo se circunscriben a lo operacional o a procedimientos policiales, pues para ello, en aras de llevar a cabo la misión constitucional asignada, deben cumplir una serie de actividades diarias que se relacionan con el servicio de manera directa y estrecha. Desconocer esta realidad que reconoce la misma Corte, sería limitar el fuero penal militar a su mínima expresión e interpretar restrictivamente el alcance del artículo 221 de la Carta Política, desconociendo de tajo su filosofía y alcance.

En hora buena ha sido la misma jurisprudencia la que ha dado ese alcance a las funciones administrativas como propias de la misión constitucional y de las tareas que debe cumplir la Fuerza Pública.

Es importante hacer énfasis en el alcance de la relación con el servicio en esta providencia, porque en materia de delitos típicamente militares como el que hoy es materia de juzgamiento, esa relación tiene una mayor connotación, pues las actividades están estrechamente vinculadas con la disciplina y la obediencia y consecuentemente con el servicio, pilares sobre los cuales se edifica el cabal cumplimiento de su tarea y misión.

Los delitos contra la disciplina militar tratan de tutelar la cohesión y el mantenimiento del buen orden y marcha de las fuerzas militares, elementos necesarios para dotarlas de la eficacia precisa en aras de la satisfacción de sus objetivos. De esta forma, el óptimo sistema de equilibrio entre los militares, particularmente entre quienes ejercitan el mando y los que obedecen, se resquebrajaría si las relaciones que tienen la obligación de mantener no estuvieran presididas por un respeto mutuo que preserve el principio de la jerarquía y que asegure el cumplimiento de las órdenes impartidas. Esta ha sido la constante de todos los ejércitos legítimamente constituidos, por ende proteger este bien jurídico constituye la esencia del derecho penal militar. Difícilmente un juez ordinario o la sociedad logran establecer el alcance de esta normatividad, a simple vista drástica en materia punitiva, pero determinante para la existencia de los ejércitos que hoy en día preservan las democracias y el Estado Social de Derecho como el nuestro, por algo el legislador en su sabiduría tuvo a bien erigirlos en bienes jurídicos tutelados por el derecho penal militar, por demás avalados por la honorable Corte Constitucional[44], pues como lo indicó, la existencia de un Código Penal Militar halla sustento legítimo en Colombia, adoptando un modelo de justicia tildado de "intermedio" que se fundamenta en el reconocimiento de una investidura especial y una jurisdicción independiente, que se explica a partir de las claras diferencias que existen entre los deberes y responsabilidades que tienen los ciudadanos y los que están llamados a asumir los miembros de la Fuerza Pública, pues a estos últimos la Constitución les asigna una función

44 Corte Constitucional, sentencia C-141 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

especial, exclusiva y excluyente; el monopolio del ejercicio coactivo del Estado, que implica el uso y disposición de la fuerza legítima y el sometimiento a unas reglas especiales propias de la actividad militar.

No cabe duda entonces que la actividad que realizaban tanto procesado como víctima para el día de los hechos, tiene relación con el servicio, que estos se derivaron del mismo, actividad administrativa que cumplían de acuerdo a instrucciones y órdenes impartidas, pues propio es que en un momento de las operaciones militares sus integrantes descansen pero estén disponibles para su cumplimiento, mantengan el estado de alerta y además realicen actividades como las de aseo del armamento, sus uniformes, las formaciones; todas ellas propias de la naturaleza de la fuerza pública y de su esencia.

El desarrollo del mandato constitucional y de la ley en lo que tiene que ver con su misión y tarea, está reglamentado, y esos estatutos son sin lugar a equívocos el referente de sus actuaciones, límites de las mismas y por sobre todo, de la legalidad y legitimidad en su actuar. Tan difícil misión que no tiene ningún otro servidor público, requiere de una normativa detallada y minuciosa en cada una de sus actividades, incluso hasta en las académicas. **(Rad. 157078, 28 de marzo de 2012, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión)**.

♦ ♦ ♦ ♦

FUERO PENAL MILITAR

Fuero para la Policía Nacional. Fundamento Constitucional. Alcance de la relación con el servicio.

(…) El tema se centra y circunscribe a establecer si la Jurisdicción Penal Militar tiene competencia para investigar, acusar y juzgar al procesado AFA por la conducta punible de lesiones personales culposas y por ende existen motivos que justifican sustraer del conocimiento de la Justicia ordinaria de dicho ilícito.

Aduce el ad quem de la Justicia Ordinaria que razón le asiste a la defensa del Patrullero AFA al asegurar que el delito de Lesiones personales Culposas que le fuera imputado a su defendido, es una conducta cometida "en relación con funciones oficiales", toda vez que los hechos tuvieron ocurrencia cuando aquel se encontraba cumpliendo sus labores y funciones como miembro de la Policía Nacional, pues basta recordar que le había sido asignada la labor de recoger jóvenes que no tuvieran definida su situación militar y que debían ser conducidos al coliseo de la localidad para ser reclutados. Precisamente en cumplimiento de esta orden y actividad impartida por sus superiores, es cuando se produce la colisión vehicular.

Así las cosas, el Juez del Circuito señala que está claro que al momento de la ejecución de la conducta punible AF se desempeñaba como agente de la Policía Nacional, es decir, era miembro activo de esa institución y en tal condición se encontraba obedeciendo la orden que le diera su superior, por lo que su conducta tiene relación con las

funciones constitucionales y legales que corresponden a la Justicia Penal Militar. Dicho en otros términos, como se presenta el nexo con el servicio de la Policía Nacional con el ilícito ejecutado, este corresponde al conocimiento de la Justicia Castrense.

Si se aprecia el Acta número 15 de abril de 1991 de la Asamblea Nacional Constituyente respecto de la redacción del artículo 221, la comisión tercera de dicha Asamblea propuso que se mantuviera el texto del artículo 170 de la Constitución Política de 1886, empero se presentó la enmienda del constituyente Galán Sarmiento donde se dispuso introducir el fuero para los miembros de la Fuerza Pública, atendiendo precisamente lo dispuesto en el artículo 216 que definió que se entienda que: "la Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional" de tal suerte que dicho concepto implica en el contenido del artículo 221 que el Fuero Penal Militar incluye también a la Policía Nacional, el cual es elevado a la categoría o rango constitucional, dejando claro el constituyente que los miembros de esta institución en servicio activo gozan de esa garantía excepcional (subrayado fuera del texto).

En este sentido la Honorable Corte Constitucional en su sentencia C-444 de 1995 se pronunció afirmando 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, siendo el constituyente de 1991 consciente de la "zona gris" a la que ha hecho alusión la Corte, situada en los límites entre lo militar a lo civil, y la defensa y la seguridad dentro del contexto social colombiano, y estableció una regulación constitucional que intenta conciliar las aspiraciones ideales y las necesidades coyunturales.

Así, concluye la Corte, los miembros de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares 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.

De esta forma, el "Juez Natural" para juzgar al personal de la Policía Nacional por los delitos aludidos, está expresamente establecido en la mencionada disposición constitucional, y lo son, las Cortes Marciales o Tribunales Militares.

Como corolario de lo anterior, tenemos que el fuero penal militar para la Policía Nacional ha sido elevado a rango constitucional en la amplitud del concepto de fuerza pública y el alcance que le ha dado la Corte Constitucional.

Ahora, si bien no es materia de pronunciamientos ni de competencia de este Tribunal la decisión del Consejo Superior de la Judicatura, sí es importante precisar que las colisiones de competencia se deben suscitar –como lo demanda la Constitución–, entre las jurisdicciones y obviamente entre los funcionarios adscritos a ellas, es decir para el caso en particular entre la Justicia Penal Militar y a la Ordinaria.

Pero más aún, para la Sala no son los sujetos procesales los llamados a provocar directamente la colisión y no es el artículo 54 de la Ley 906 de 2004 la norma a invo-

carse, pues a nuestro juicio su alcance se restringe a la definición de competencias entre los jueces ordinarios y no entre las jurisdicciones, pues lamentablemente no existe norma en este sentido que así lo establezca y consagre.

El mismo Código Penal Militar Ley 552 de 1999 en sus artículos 271 a 273 regula el tema pero al interior de la jurisdicción y así también lo contempla el nuevo Código Penal Militar Ley 1407 de 2010 en su artículo 229.

Es tan claro el sentido de la norma –Ley 906/04– que en su artículo 55 "Prórroga" en su parágrafo señala que: "para los efectos indicados en este artículo se entenderá que el Juez Penal de Circuito Especializado es de Superior Jerarquía respecto del Juez del Circuito" esto en aras de aclarar precisamente las jerarquías al interior de la Justicia Ordinaria para definir la competencia.

De lo anterior se puede colegir que la norma que establece la colisión de competencias entre jurisdicciones, es de carácter constitucional, no tiene desarrollo legal y que necesariamente tiene que surgir el conflicto y entrabarse para que este se pueda dirimir.

Así las cosas, retomando la decisión a tomar, razón le asistió al Juez Primero Penal del Circuito de Soacha para remitir la actuación al Tribunal Superior Militar como segunda instancia de la Justicia Penal Militar. Ese es y era el trámite adecuado, por consiguiente es a esta Sala a la que le corresponde bien entrabar el conflicto, o en su lugar asumir la competencia de jurisdicción.

Las motivaciones anteriormente plasmadas conducen, sin lugar a equívocos, a señalar que efectivamente el proceso que se adelanta contra AFA, es de competencia de la Justicia Penal Militar. Como consecuencia, se decretará la nulidad de lo actuado por la Justicia Ordinaria en lo que corresponde a la situación jurídica del Policial AFA, a partir del auto de fecha 21 de marzo de 2007 inclusive, por medio del cual el Fiscal 01 Local declaró el cierre de la etapa de investigación, de la misma forma se convalidarán todas las diligencias adelantadas en la investigación por la Justicia Ordinaria pues ello no afecta el factor de competencia de la Justicia Penal Militar ni el debido proceso. **(Rad. 157097, 14 de septiembre de 2011, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

FUGA DE PRESOS - DESPLAZAMIENTO DE INTERNO

Prohibición de regreso

"(…) **7.2- Sobre el instituto de la prohibición de regreso**: El argumento de la apelación busca desconocer los comportamientos imprudentes de los custodios directos del interno, comportamientos referidos tanto por el Fallo de Primera Instancia como por el Ministerio Público y plasmados en precedencia en esta decisión,

y a partir de tal desconocimiento busca imputar el resultado fuga a un tercero cual es el señor TC. HCJA oficial que impartió la orden a los custodios para realizar el traslado del interno.

La Sala habrá de recordar entonces, que dogmáticamente dentro de la estructura del tipo penal se analizan aspectos tanto subjetivos como objetivos, de manera muy general dentro del aspecto objetivo se analizan los sujetos, la acción, el bien jurídico, el resultado como también el nexo de causalidad.

Frente a este último, habrá de decirse que para poder atribuir un resultado de un punible a una persona, se ha de determinar el vínculo que exista entre la acción de esta y el resultado, es decir, lo que denomina la moderna dogmática penal, establecer el vínculo de imputación el cual contiene un criterio naturalístico y un criterio jurídico o normativo, elementos propios de la teoría de la imputación objetiva.

La evolución del derecho penal, ha pasado por distintas teorías que buscan explicar el nexo causal existente entre la acción del sujeto y el resultado, se ha hablado de la teoría de la causalidad adecuada, de la teoría de la relevancia jurídica y de la teoría de la equivalencia de las condiciones, esta última en términos muy generales coloca en la misma balanza todas las causas que infirieron en el resultado y en esta cadena causal se han construido criterios para evitar extender hasta el infinito la causa y uno de ellos es el conocido como la prohibición de regreso.

La prohibición de regreso, ha sido tratada por la doctrina[45] como un ámbito de colaboración dolosa o culposa de un tercero en la realización del tipo penal, sin que exista responsabilidad para ese tercero. Son casos de participación aparente en los que no es imputable la creación de una situación que favorece la comisión de un delito, cuando esta situación se ha creado con base en un riesgo permitido.

De manera entonces, que si la pretensión del apelante, es imputar el resultado favorecimiento de fuga de presos a aquel tercero, es decir al señor TC. HC, necesario es recordar, que si él creó imprudentemente una situación favorable que a la postre haya contribuido al resultado consumado por otro, no le es viable su imputación siempre que él haya actuado dentro de los parámetros del riesgo permitido. Adicionalmente, este instituto es uno de los límites que existen para evitar la imputación a todos los cursos causales que hayan intervenido, pues de aceptarse ello, incluso se llegaría a señalar a quien emitió la orden judicial de traslado.

No es necesario hacer mayores esfuerzos argumentativos para predicar que el traslado de un interno implicaba un riesgo y que dicho riesgo era la fuga del mismo, y que no podría dejar de realizarse el traslado por el temor a que si se concreta la fuga se imputa el punible de favorecimiento de fuga. Entonces, el traslado del interno es un riesgo que jurídicamente está aprobado y para el caso sub judice, la asignación que hiciera el Teniente Coronel de dos militares y un medio técnico como lo eran las esposas, cubren los criterios de ordenamiento jurídico y experiencia de vida que hacen que tal actuar se catalogue como riesgo permitido. De manera que

45 Ver LÓPEZ DÍAZ, Claudia, *Introducción a la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, tercera reimpresión, julio 2000.

el actuar en esta circunstancia por parte del Teniente Coronel, impide imputarle el resultado por el instituto de la prohibición de regreso…". (**Rad. 156496, 30 de junio de 2011, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

HURTO AGRAVADO

No responder los alegatos de la defensa en los aspectos fundamentales genera nulidad.

(…) la Sala no puede dejar de soslayo la irregularidad sustancial en que incurrió el fallador de primera instancia al haber omitido dar respuesta a los alegatos presentados por el defensor en la audiencia de la Corte Marcial, con lo cual vulneró el derecho de defensa del procesado. (…).

Es evidente que el a quo no acometió en forma objetiva y puntual los planteamientos de los sujetos procesales, en especial de la defensa, no dio respuesta a cada uno de ellos, aspecto que no ofrece ninguna duda, porque el a quo así lo expresó, al decir, que no entraba a hacer manifestaciones puntuales sobre los alegatos de las partes, es decir, no hizo ninguna motivación al respecto, incurriendo de esta manera en omisión que genera nulidad por afectarse el derecho de contradicción que tiene la defensa, por ello, de cierta forma resultaría comprensible que el defensor en la apelación se limitara a repetir las inquietudes que planteó en la audiencia de la Corte Marcial, que no es lo correcto, pues lo que debe atacarse son los argumentos del fallo, y como aquellas no fueron contestadas por el a quo en la sentencia, pretende que esta instancia subsane tal falencia, lo cual no es jurídicamente viable, toda vez que al ad quem le está vedado pronunciarse sobre tales aspectos, que el a quo no resolvió, es decir, que no fueron motivo de debate jurídico en la providencia recurrida. (…).

Ha manifestado la jurisprudencia, que es requisito que impone la ley a los jueces al proferir los fallos el analizar los alegatos de los sujetos procesales abordando y resolviendo los aspectos fundamentales. **(Rad. 157074, 22 de agosto de 2011, M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

IMPEDIMENTO POR LA CAUSAL 6, ARTÍCULO 231 DE LA LEY 1407 DE 2010

"Por haber participado en el proceso"

"Para este despacho es innegable que los argumentos en los que se sustenta el funcionario para separarse de la actuación, son absolutamente válidos al observarse que en efecto, fue el Mayor hoy Teniente Coronel JCRD quien con proveído de fecha 30 de agosto de 2007, dio inicio a formal investigación penal en contra del señor Patru-

llero MRVC, siendo también el mismo funcionario quien mediante auto de fecha 16 de febrero de 2009 resolvió la situación jurídica provisional del procesado imponiendo detención preventiva en su contra[46], permitiendo que la investigación continuara y ahora ya se encuentre en la etapa de juicio; resultando diáfano concluir que comprometió su criterio, pues como se observa, analizó ampliamente los medios probatorios que desde su punto de vista sustentaban la imposición de la medida, lo que constituye un acto claro de prejuzgamiento en relación con la situación del procesado, lo que hace pensar que su imparcialidad no se pueda garantizar ya en la etapa de juicio.

Verificado lo anterior y confrontadas las causales de impedimento contenidas en la Ley 522 de 1999 y en la Ley 1407 de 2010, encontramos que en esta última se ha introducido una nueva circunstancia que se adecúa perfectamente al caso que se analiza, y es aquella contenida en el artículo 231 numeral 6, en la hipótesis de haber participado en el proceso, que a juicio de la Corte Suprema de Justicia refiriéndose a la contenida en el artículo 99 numeral 6º de la Ley 600 de 2000, de idéntico contenido, hace viable su configuración en una misma instancia, siempre y cuando, claro está, esa participación haya sido de tal magnitud que en efecto incida en su imparcialidad". (…).

"La tesis expuesta, encuentra sustento también, en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que en punto del análisis del esquema propio del Código Penal Militar, se refirió a las distintas funciones de investigación, calificación y juzgamiento que se le han asignado a diferentes funcionarios, y en torno a los fiscales penales militares introducidos en la Ley 522 de 1999, afirmó, fue con el propósito de incorporar un elemento acusatorio dentro de la estructura del procedimiento penal castrense, buscando ciertamente hacer efectivas las garantías, dichas de otro modo, que quien investiga o instruye no sea el mismo que califique y acuse, ni ninguno de los encargados de tales funciones sea el que juzgue, siendo ese el fundamento de la institución de los impedimentos y recusaciones dentro de los procesos judiciales"[47]. (…).

"Siendo esta la situación que se presenta con el señor Teniente Coronel JCRD quien participó en el proceso en calidad de Juez 166 de Instrucción Penal Militar y ahora como Juez de Instancia, y que como vimos su participación en una de ellas (en la instrucción) fue de tal magnitud que se considera va a incidir en su imparcialidad, llegamos a la conclusión que efectivamente se encuentra incurso en la causal de impedimento que contemplada en numeral 6º del artículo 231 de la Ley 1407 de 2010, norma que se aplicará en virtud del principio de favorabilidad que constituye un elemento fundamental del debido proceso en materia penal y que no puede desconocerse bajo ninguna circunstancia[48], incluso aceptado cuando de la coexistencia de normas se presenta"[49]. **(Rad. 157283, 09 de julio de 2012, M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

46 Folio 141 auto que resuelve situación jurídica.

47 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 29224, 14 de julio de 2010, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

48 Corte Constitucional, C-200 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

49 T-091 de 2006.

IMPROCEDENCIA REBAJA DE PENA HASTA LA MITAD POR ACEPTACIÓN DE CARGOS

Preacuerdos y negociaciones previstas en la Ley 1407 de 2010 responden al nuevo sistema procesal penal al igual que sus correspondientes rebajas.

Lo inmediatamente anterior, en cuanto el procedimiento tradicional no contempla la posibilidad de preacuerdos y negociaciones u otro evento de aceptación de cargos, fuera del que se pueda producir en los albores de la audiencia de corte marcial, diferente a lo que ocurre en la Ley 1407 de 2010. Al respecto en los siguientes eventos, las dos leyes se refieren a estos dos institutos : A) En el procedimiento especial tradicional de la Ley 522 de 1999, está previsto solamente el instituto de la aceptación de cargos en el procedimiento especial, al inicio de la audiencia de corte marcial, encomendándosele al Fiscal Penal Militar que agote una reunión con el procesado y su defensor para que evalúen esa posibilidad; entretanto, en la ley 1407 de 2010, en los siguientes momentos: i) En la audiencia de imputación, caso en el que procedería la rebaja de hasta la mitad de la pena imponible conforme al art. 493 ibídem; ii) la aceptación de los cargos determinados en el escrito de acusación, una vez presentado el escrito de acusación, y hasta el inicio de la audiencia de acusación, que comporta una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible, y iii) Al inicio de la audiencia de juicio de corte marcial, con una rebaja de la sexta parte de la pena imponible; y B) En la Ley 522 de 1999, no están previstos los preacuerdos y negociaciones como forma de terminación anticipada del proceso penal, mientras que en la Ley 1407 de 2010, en los siguientes eventos: i) Una vez presentado el escrito de acusación, y hasta el inicio de la audiencia de acusación, lo que comportaría una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible; ii) Conforme al parágrafo del art. 493, por colaboración eficaz, previo acuerdo con la Fiscalía, con una rebaja de hasta la mitad de la pena a imponer, y iii) Posterior a la acusación y hasta antes de que el procesado sea interrogado en la audiencia del juicio oral, con una rebaja de pena de hasta la tercera parte de la que corresponda imponer.

Pues bien, si la aceptación de cargos se produce una vez instalada la audiencia de Corte Marcial (equivalente al juicio oral), se trata de admitir la acusación, a tal punto que el Juez simplemente interroga al procesado en tal sentido. Es más, si el Juez de Conocimiento interroga al procesado sobre la aceptación de los cargos, como estos pueden referirse a una o varias imputaciones fácticas y jurídicas, la aceptación puede ser parcial, por ejemplo respecto de un delito, caso en el que la audiencia de Corte Marcial tendrá su trámite en forma regular para las demás conductas punibles materia de acusación.

Distinto es lo concerniente a los preacuerdos y negociaciones –cuyo art. 491 señala las finalidades– , en los que puede aplicarse (Art. 492 ibídem) el retiro de alguna causal de agravación o la readecuación típica de la conducta, lo que guarda clara diferencia con la decisión de aceptación de cargos que en forma similar se contempla tanto en el juicio de Corte Marcial del nuevo proceso penal militar, como en el procedimiento especial del sistema tradicional.

Al respecto también debe puntualizarse que en el radicado 157149 del 26 de octubre de 2011, que se cita en el recurso, si bien, por supuesto, la aceptación o allanamiento a cargos por un lado, y los preacuerdos y negociaciones por el otro, son mecanismos –se insiste– que responden a una política criminal y que dan lugar a terminaciones anticipadas del proceso penal, no son disposiciones análogas y tampoco tiene como su causa el preacuerdo o la negociación, ya que el primero de los institutos responde a la decisión unilateral de aceptar la acusación, y específicamente en el procedimiento especial tradicional de la Ley 522 de 1999, la participación del Fiscal Penal Militar es simplemente ilustrativa y exploratoria, con miras a que en la audiencia de Corte Marcial pueda obtener del Juez de Conocimiento una respuesta oportuna, pero en todo caso es a este último a quien le corresponde auscultar la voluntad del procesado sobre la aceptación de los cargos, y estos no son otra cosa que los contenidos en la imputación fáctica y jurídica, esto es, en este evento no se negocia nada sino que se busca la voluntad o no de la aceptación de tales causas.

En conclusión, ahora la Sala con una postura más elaborada, debe considerar que el único instituto de la justicia premial y que lleva a una terminación anticipada del proceso penal, específicamente en el procedimiento especial, es la aceptación de cargos, ya que lo que sigue es el anuncio por parte del Juez de conocimiento del sentido del fallo, por supuesto sin olvidar el alcance del debido proceso, y que genera la rebaja de la pena contemplada en la Ley. Tanto es así, vale decir, que el único camino para una terminación abrupta del proceso penal es la aceptación de cargos al inicio de la instalación de la audiencia de Corte Marcial, que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia respecto a la aceptación de cargos con miras a la sentencia anticipada, expresó que es evidente que este último instituto no fue consagrado en la Ley 522 de 1999, ni tampoco en el Decreto 2550 de 1988, por lo que no es posible predicar la existencia de un vacío legal[50], pues la Corte Constitucional ha expresado que la Constitución no establece que las normas procesales del Código Penal Militar deban ser idénticas a las del Código Penal Ordinario, lo que tiene asidero en que la Constitución ha impuesto una legislación especial y una jurisdicción distinta de la común en el caso de la administración de la Justicia Penal Militar[51].

Recuérdese también, concretamente en relación con la similitud entre la aceptación o allanamiento a cargos en la imputación (Ley 906- 2004) y la aceptación de cargos con fines de sentencia anticipada (Art. 40 Ley 600 de 2000), que desde la sentencia T-091 de 2006, recogida recientemente por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[52], se indicó que ellas son institutos similares, y por ende resultaría aplicable por principio de favorabilidad, la rebaja de hasta la mitad consignada en el artículo 351 en concordancia con el 288 de la Ley 906 de 2004. Tal referencia, lo es entonces frente a dos eventos de aceptación de cargos, esto es, sin aludir al instituto de los preacuerdos y negociaciones.

Así las cosas, se atenderá el recurso y se modificará la pena impuesta para que la rebaja de la misma lo sea solamente de una sexta parte, ya que la aceptación de

50 17709, 21 de julio de 2004. M.P. HERMAN GALÁN CASTELLANOS

51 C-358 de 1997. M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

52 Radicado 25306 del 08 de abril de 2008. M.P. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN.

cargos lo fue exclusivamente en la audiencia de corte marcial. **(Rad. 157349, 25 de junio de 2012, M.P. CN (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

IMPUTACIÓN FÁCTICA

Debe atender a la prueba recaudada.

"(…) En fin, 'el proceso es un método y una unidad dialéctica', como se expresó en la providencia del 11 de mayo de 2005, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. Mauro Solarte Portilla con el radicado 20763, y por ello lo que se quiere consignar es que la imputación fáctica por la que finalmente se produzca la sentencia debe corresponder con los resultados de la verificación probatoria, pues en caso contrario, sería afianzar una decisión en hechos circunstanciados ajenos a la actuación, y ello no significaría otra cosa que una decisión arbitraria.

Por lo inmediatamente precedente, debe entenderse el contenido del art. 334 de la Ley 522 de 1999, en cuanto exige la inclusión de los hechos investigados, y el análisis y valoración de las pruebas, entre otros, y así debe afirmarse que la conducta por la que se condena o absuelva debe corresponder a la verificación llevada a efecto en la foliatura. En términos similares el art. 325 de la Ley 1407 de 2010 prevé la "Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica, con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas".

Así las cosas, si el juzgamiento, previa acusación lo fue con base en hechos circunstanciados foráneos a lo verificado probatoriamente, la acusación y el juicio no corresponden de manera alguna a los fines de verdad, y por ende, de justicia que debe atender el proceso penal, al atenderse a una imputación fáctica que no corresponde a la prueba recaudada, y por lo tanto es predicable la existencia de irregularidad que afecta el debido proceso. **(Rad. 157020, 30 de agosto de 2011, M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

IN DUBIO PRO REO

¿A qué tipo de hechos se aplica?

Diferencia entre hechos constitutivos o impeditivos. Aquellos son estructurantes del tipo, en tanto estos se producen antes o concomitante con la realización del comportamiento tanto que impide el nacimiento de la conducta punible.

"Para resolver la temática planteada en el recurso que hoy ocupa la atención de la Sala, se hace necesario recordar que conforme las voces del artículo 396 de la Ley 522 de 1999, hay lugar a proferir sentencia condenatoria cuando las

pruebas conduzcan a la certeza objetiva sobre la existencia del hecho punible y la responsabilidad del procesado. Contrario sensu, si no hay prueba que haga efectiva aquella y esta, viable es absolver, fulgurando el principio de presunción de inocencia, pero, cuando la actividad probatoria demuestra la ocurrencia de los sucesos, el eventual compromiso del procesado en los mismos, y en igual sentido existen pruebas que lo desvirtúan, es donde surge la incertidumbre en el Juez siendo procedente la absolución, más en esta hipótesis por duda objetiva. Es precisamente aquí donde yerra el a quo al fundamentar su argumento en criterios subjetivos, pues reconoce valor suasorio al dicho del procesado, a partir de criterios personales, esto es, acoge, para arribar a la conclusión de duda a la que llega, un fundamento que adopta como empírico, pero que no está soportado en pruebas.

En este orden de ideas y tras agotar el estudio del plenario, resulta acertado, como lo manifiesta la Apelante, afirmar que existe plena prueba respecto a la existencia del injusto del centinela y la responsabilidad que a título de dolo directo le asiste al procesado A; de igual forma, no existe causal de ausencia de responsabilidad predicable como para adoptar una decisión en tal sentido.

Por lo anterior replica la Sala al a quo cuando sugiere que la conducta del procesado A "podría" estar justificada en razón a que la separación del puesto pudo haber obedecido a la única intención de perseguir unos sospechosos, y ante la ausencia de prueba que virtuara o desvirtuara tal argumento defensivo lo que procedía era aplicar en favor del procesado la duda. Postura desafortunada, toda vez que desatiende que los hechos impeditivos, referidos en precedencia (como causales de ausencia de responsabilidad), no son susceptibles de ser reconocidos en favor del procesado bajo el postulado de la duda, ya que estos solo se superan y acreditan con la existencia de plena prueba que con vocación de certeza demuestren la causal que se pretende**. (Rad. 156985, 18 de julio de 2011, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión**).

♦ ♦ ♦ ♦

INDAGACIÓN PRELIMINAR

Fines

(…) la Ley autoriza al funcionario judicial dar cumplimiento al precepto contenido en el artículo 458 del Código Penal Militar, para abstenerse de iniciar investigación formal, pero solo cuando aparezca que: (i) la conducta no ha existido, (ii) que es atípica, (iii) que la acción penal no puede iniciarse o proseguirse o (iv) que está demostrada una causal de ausencia de responsabilidad. Tal decisión debe ser suficientemente argumentada.

Observa esta Sala que, en este caso durante la fase de indagación preliminar, llevada a cabo por la auditora de guerra 147 DECUN, dentro del término máximo previsto en la ley procesal, se han recaudado muy pocas pruebas que permitan sus-

tentar en este momento, una decisión inhibitoria en favor de los procesados. Por el contrario surge la necesidad de adelantar en forma debida la actuación, para evitar el resquebrajamiento de las garantías procesales tanto de los investigados como de la víctima y lograr acreditar probatoriamente alguna de las hipótesis que se vislumbran en el proceso, las cuales de no darse impulso procesal, podrían llegar a ser casi imposible de verificar, ya que han trascurrido más de dos (2) años, desde la fecha en que ocurrieron los hechos materia de investigación (11 de septiembre de 2009).

…una vez revisada la actuación, observa esta Sala, que no se cumplieron con los postulados anteriores, y que por el contrario en forma apresurada se profirió un auto inhibitorio, carente de estructura argumentativa y contradictorio en las tesis que sustentan la decisión, generando inconformidad en quienes por ley están llamadas a proteger los derechos de las víctimas y la comunidad en general. (…).**(Rad. 157365, 9 de julio de 2012, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

INDAGATORIA

No es viable que persona distinta al juez pueda interrogar en diligencia de indagatoria.

"(…) Corolario de lo anterior, se dirá entonces, que carece de argumento el recurso de apelación cuando señala que se le vulnera el derecho de defensa y contradicción al no permitirle interrogar al abogado defensor en diligencia de indagatoria a su defendido.

Si bien es cierto, la indagatoria además de ser un acto procesal de vinculación, se ha entendido en dos dimensiones sustanciales, por cuanto es un medio de defensa por parte del procesado y a su vez, fuente de prueba dentro de la investigación. Bajo tales premisas habrá de señalarse entonces, que si los yerros se presentan en las formalidades de la producción de la prueba, esta, se considerará inexistente y el funcionario judicial no apreciará esa prueba irregular, sin embargo, en el acto procesal de indagatoria como ya se anotó no es solo un medio de prueba sino que también es un acto procesal de vinculación del sindicado a la causa penal, el cual genera la garantía de la producción de actos procesales subsiguientes y en ese orden de ideas si el acto de vinculación contiene yerros que afectan las garantías del debido proceso, el remedio para subsanar tal irregularidad no es otro que el de la nulidad. (…).

7.1.2- Retomando la pretensión del apelante, considera la Sala de Decisión que no está llamada a prosperar y por el contrario habrá de confirmarse el interlocutorio que declaró la nulidad del acto procesal de vinculación contenido a partir de la indagatoria, pues como ya se anotó solo el Juez puede interrogar al procesado en la diligencia de inquirir, podría pensarse en la posibilidad que el apoderado interrogara y ello es viable solo sobre los temas puntuales donde el imputado ha hecho cargos contra otras personas, lo cual no es el caso que nos ocupa. (…).

De lo anteriormente expuesto, entonces se concluye que en la diligencia de indagatoria los sujetos procesales distintos al juez pueden interrogar al imputado solo en aquellos casos en que este realice cargos a otras personas, pero esa intervención no se puede entender de manera ilimitada como lo pretende hacer ver el apelante y por esta vía señalar que es viable interrogar a su propio defendido cuando no ha hecho cargos a terceras personas…". (**Rad. 157081, 16 de diciembre de 2011, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

INDIVIDUALIZACIÓN E IDENTIFICACIÓN

Debe ser de interés en la indagación preliminar.

DIFERENCIA ENTRE IDENTIFICACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN. Puntualmente respecto al tema de la identificación e individualización, baste con citar el siguiente pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de Corte Suprema de Justicia, a partir del cual se ofrece claridad de estas dos categorías:

"7. (…) no es correcto interpretar los preceptos comentados, artículo 356 (emplazamiento para indagatoria) del Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991, y artículo 344 (declaratoria de persona ausente) del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, para crear un paralelismo o un antagonismo entre lo que se entiende por identificación de un ciudadano, y lo que se entiende por identidad física o individualización.

"7.1 La identificación de alguna manera está asociada a la idea de documentos oficiales, pero trasciende a otros aspectos. Se enmarca en el campo de la antropología cultural y en la vida de relación.

Alude a todos los datos que han sido asignados a una persona para su realización dentro de la sociedad, por razón de su origen, sea por el lugar de nacimiento o los que nacen en el núcleo familiar, como los que se refieren a sus nombres y apellidos, a sus vínculos de consanguinidad o afinidad; luego, a los documentos que lo identifican en los actos de su vida pública y privada y en los registros oficiales como son la cédula de ciudadanía, la libreta militar, un carné de vinculación al servicio público, los certificados sobre antecedentes penales, policivos, disciplinarios, etc. Es decir, la identificación comprende todos aquellos datos que otorgan a una persona un sitio jurídico dentro de la organización social.

"7.2 En el marco de la normatividad procesal penal, la palabra individualización corresponde a la operación a través de la cual se especifica o determina a una persona, por sus rasgos particulares que permiten distinguirla de todas las demás. Alude a las personas como fenómeno natural, a las características personalísimas de un ser humano, que lo hacen único e inconfundible frente a todos los demás pertenecientes a su misma especie. En este sentido, la individualización es un concepto interesante a la antropología física, a la morfología. (**Rad. 157229, 07 de febrero de 2012, M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

INIMPUTABILIDAD

Homicidio culposo trastorno mental intelecto límite /oligofrenia

De lo manifestado en precedencia, claro es para esta Sala de Decisión, que le asiste razón al Fallador Primario cuando afirma que el aquí procesado –señor SLR. ANI–, no posee la condición de inimputable, toda vez que del estudio pormenorizado de las probanzas allegadas al legajo penal bajo los criterios de la sana crítica, se colige que si bien es cierto en el dictamen Psiquiátrico como de la ampliación del mismo, practicado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se establece que el enjuiciado posee un "*intelecto límite que puede ser considerado como una inferioridad psíquica de naturaleza orgánica"*[53], ello no es óbice, para declararlo como inimputable, (…).

En consecuencia, de conformidad al concepto decantado en precedencia y a la explicación vertida en la ampliación del dictamen Médico Pericial, se tiene que el procesado SLR. ANI, a pesar de presentar *"Intelecto límite" se*[54]*,* entendido más sencillamente como *"Debilidad mental leve, imbecilidad leve, idiocia leve, oligofrenia leve, es decir retraso mental (límite o leve)"*[55]*,* tal novedad no tiene la entidad descrita como la idiocia –que implica extremas reducciones de la vida síquica, con una actividad reducida a las funciones vegetativas–, ni imbecilidad –que además de la incapacidad de abstracción y de la absoluta falta de crítica, hace que se presenten defectos considerables en las funciones síquicas elementales–; por lo que su novedad podría ubicarse en una debilidad de mente –con deficiencias más o menos pronunciadas, particularmente en el ámbito del juicio y del raciocinio–; pero no obstante, a pesar de presentar disminución en la capacidad para aprender y resolver problemas en tiempo real (in situ) y en la captación de las instrucciones que se le dan, esta dificultad no lo inhabilita por completo para que comprenda las instrucciones que se le proporcionan, ya que lo presentado en su personalidad es una disminución leve en la capacidad del aprendizaje, lo que no quiere significar que no comprenda las consecuencias de las acciones que realiza. (...).

Y es que del propio nivel de la función síquica superior –juicio y raciocinio– que muestra el procesado advertida de su mismo dicho, sustentada en las circunstancias descritas sobre los hechos por el encartado, tal como lo considera el Fallador Primario, dejan entrever que el aquí procesado –SLR. ANI–, a pesar de la lentitud que padece su intelecto para captar y aprender las instrucciones proporcionadas, para el momento de los acontecimientos tenía todo el conocimiento respecto al manejo de las armas de fuego, hasta el punto que acepta que el hecho ocurrió "por descuidado", ocasionándole lesiones a su homólogo, que luego desencadenaron su deceso. (…).

Conforme a lo analizado y sentado en precedencia llevan a concluir a esta Sala de Decisión que el *"Intelecto límite" se*[56]*,* entendido más sencillamente

53 C. O. N° 1, folio 221.

54 C. O. Nº 2, folio 300.

55 C. O. Nº 2, folio 300.

56 C. O. Nº 2, folio 300.

como *"Debilidad mental leve, imbecilidad leve, idiocia leve, oligofrenia leve, es decir retraso mental (límite o leve)"*[57], que presenta el procesado –SLR. ANI–, no fue la causa de la conducta por él realizada que desencadenaron los hechos sucedidos aquel 12 de diciembre de 2012 en la base Militar de Cararú, jurisdicción del Municipio de Mitú (Departamento de Vaupés) en los que perdiera la vida el señor SLR. EEMM, es decir, la razón indubitable de que el enjuiciado actuó así en razón o por causa del trastorno o la inmadurez, en tanto que su entidad no fue de gran naturaleza que implicara el compromiso de las esferas de su personalidad que le haya producido tal incapacidad para comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. (**Rad. 157235, 30 de julio de 2012, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

JUSTICIA PREMIAL COMO CAMINO PARA LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO JUDICIAL

El 50% de la rebaja punitiva consecuencia de un preacuerdo o negociación previsto en el artículo 493 de la Ley 1407 de 2010.

"…Sin pretender hacer un estudio dogmático de los sistemas procesales de juzgamiento desde el acusatorio básico o tradicional, pasando por el procedimiento inquisitivo medieval o haciendo un recorrido por el procedimiento mixto francés o napoleónico para terminar con los contemplados en los sistemas de juzgamiento adversarial contemporáneo e incluso el continental europeo. Simplemente, se habrá de aclarar que la Ley 522 de 1999 es un sistema de juzgamiento de tendencia inquisitiva, mientras que el contenido en la Ley 1407 de 2010 es un sistema procesal de juzgamiento de tendencia adversarial o acusatoria. (…).

Vistas así las cosas, se ha de concluir entonces, que indiscutiblemente son dos sistemas procesales de investigación y juzgamiento disímiles y por qué no decirlo, contrapuestos. Y en el punto específico concerniente al tema de la rebaja punitiva se dirá entonces, que la rebaja de una sexta (1/6) parte consagrada en el proceso de tendencia inquisitiva de la Ley 522 de 1999, se ubica en la etapa procesal del juicio, después de haber transcurrido dos etapas anteriores (investigación y calificación) y de forma diversa, la rebaja punitiva por preacuerdos prevista en el artículo 493 del sistema procesal de juzgamiento de tendencia acusatoria (Ley 1407 de 2010) se ubica en la etapa anterior a la iniciación del juicio.

El tema de la justicia premial que busca poner fin al litigio como consecuencia de la obtención de la verdad consensuada, en términos generales tiene dos orígenes prácticos en la legislación penal castrense, la primera que es la admisión de culpabilidad y la segunda, compuesta por los acuerdos o negociaciones entre el fiscal y el acusado.

57 C. O. Nº 2, folio 300.

De lo anteriormente expuesto podemos inferir las primeras diferencias y es que en la Ley 1058 de 2006 solo se esbozó la consecuencia punitiva de la admisión de culpabilidad[58], dejando sin desarrollo la consecuencia del preacuerdo, como sí lo realizó en su momento la Ley 906 de 2004[59] y hoy la Ley 1407 de 2010[60]. Es decir, que el instituto de los preacuerdos no fue regulado en cuanto a la consecuencia punitiva en la Ley 1058 de 2006, entendiendo como preacuerdo el contemplado a la iniciación de la etapa de juicio y bajo el supuesto, que un preacuerdo implica unas clases y unos fines.(…).

Otra diferencia que surge al comparar los dos institutos y que igualmente impiden predicar similitud de presupuestos fácticos y jurídicos resulta al ver que mientras la aceptación de cargos que consagra la Ley 1058 de 2006 es una figura jurídica que se da soportada en la existencia de pruebas, también le antecede una etapa de investigación al igual que una etapa de calificación, esta última que para llegar a juicio se ha traducido en una resolución de acusación que tiene control judicial, es decir, una resolución de acusación donde se valora el material probatorio, se propone un juicio de responsabilidad y el acusado, en caso de no estar de acuerdo, puede recurrir tal decisión.

Mientras que en el procedimiento de tendencia acusatoria el escrito de acusación no es la consecuencia de una valoración probatoria, pues no existen pruebas, solo elementos materiales de prueba o evidencia física, y tampoco es la resultante de una valoración de responsabilidad; sencillamente, se contrae a un escrito de acusación que se ha señalado como el acto de acusación, contra el cual no procede el recurso de alzada y mucho menos susceptible de un control judicial. (…).

Luego se puede afirmar, que mientras en el proceso adversarial iniciado el juicio de llegar a aceptarse preacuerdos o admitir la culpabilidad el acusado, estos dos institutos se realizan sin tener soporte probatorio alguno, pues hasta ese momento no se puede hablar de pruebas, contario a lo que sucede en el sistema de

58 *Ley 522 de 1999, Artículo 579 "La declaratoria de culpabilidad otorgará derecho de la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados".*

59 *Ley 906 de 2006, Artículo 367, "Alegación inicial. Una vez instalado el juicio oral, el juez advertirá al acusado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable. La declaración podrá ser mixta, o sea, de culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para los otros.*
***De declararse culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados**. Si el acusado no hiciere manifestación, se entenderá que es de inocencia. Igual consideración se hará en los casos de contumacia o de persona ausente. Si el acusado se declara inocente se procederá a la presentación del caso." (Negrilla fuera de texto).*
***"Artículo 369**. **Manifestaciones de culpabilidad preacordadas**. Si se hubieren realizado manifestaciones de culpabilidad preacordadas entre la defensa y la acusación en los términos previstos en este código, la Fiscalía deberá indicar al juez los términos de la misma, expresando la pretensión punitiva que tuviere.*
Si la manifestación fuere aceptada por el juez, se incorporará en la sentencia. Si la rechazare, adelantará el juicio como si hubiese habido una manifestación inicial de inocencia. En este caso, no podrá mencionarse ni será objeto de prueba en el juicio el contenido de las conversaciones entre el fiscal y el defensor, tendientes a las manifestaciones preacordadas. Esta información tampoco podrá ser utilizada en ningún tipo de proceso judicial en contra del acusado".
***"Artículo 370.** Decisión del juez. Si el juez aceptare las manifestaciones preacordadas, no podrá imponer una pena superior a la que le ha solicitado la Fiscalía y **dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 447 de este código**." (Negrilla fuera de texto).*

60 *Ley 1407 de 2010, ARTÍCULO 508. ALEGACIÓN INICIAL. Una vez instalada la Corte Marcial, el juez penal militar advertirá al acusado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable. La declaración podrá ser mixta, o sea, de culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para los otros.*
De declararse culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados.
Si el acusado no hiciere manifestación, se entenderá que es de inocencia. Igual consideración se hará en los casos de contumacia o de persona ausente. Si el acusado se declara inocente se procederá a la presentación del caso.
ARTÍCULO 511. DECISIÓN DEL JUEZ PENAL MILITAR. Si el juez aceptare las manifestaciones preacordadas, no podrá imponer una pena superior a la que le ha solicitado la Fiscalía y dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 588 de este Código.

juzgamiento de tendencia inquisitiva, que al momento de iniciar el juicio ya existen pruebas e incluso existen valoraciones sobre responsabilidad penal traducidas en la resolución de acusación debidamente ejecutoriada, luego, los presupuestos de admisión de culpabilidad en los dos sistemas de juzgamiento resulta distinta.(…).

Otras diferencias que se observan es que mientras en la Ley 1058 de 2006 el procesado simplemente se allana a todo el contenido de la resolución de acusación, es decir, se da un simple contrato de adhesión, o simple admisión de culpabilidad *"o si se declara inocente o culpable"*[61]. Surgen de manera distinta los temas, clases y finalidades que se dan en los preacuerdos donde existe una real negociación e intervención por parte del imputado, acusado o procesado. En este modelo de tendencia acusatoria ese acuerdo se traduce en un contrato, pues es vinculante para el juez de conocimiento y en tal convenio se da la posibilidad de suprimir causales de agravación genéricas o específicas, determinar el grado de participación, o variar esa forma de participación, también se pueden eliminar cargos e incluso se puede degradar el dolo, y luego de haberse discutido todo ello, el acuerdo al que se ha llegado se convierte en la acusación. (…).

Adicionalmente se ha de señalar, que de las diferencias fácticas y procesales que enmarcan los dos institutos, surge con absoluta contundencia el hecho que en la Ley 1407 de 2010 por virtud de un sistema procesal de corte acusatorio basado en principios de celeridad y efectividad diseñan la figura de los preacuerdos y negociaciones como una forma anormal de terminación del proceso, con la característica relevante que esa negociación entre la parte acusadora y la parte de defensa se convierte en obligatoria para el juez de conocimiento, y bajo tal entendido, diríamos que la sentencia que allí se dicte es la consecuencia directa de la negociación, recordando que en este acuerdo se encuentran involucrados elementos estructurales del tipo tales como: la participación del acusado, el dolo y los agravantes y del quantum punitivo; tal acuerdo resulta vinculante para el juez y solo podrá apartarse cuando advierta que se han vulnerado garantías fundamentales. En otras palabras, la sentencia es consecuencia del preacuerdo o negociación.

Distinto ocurre en la diligencia de aceptación de cargos prevista en la Ley 1058 de 2006, pues allí, el contenido de la sentencia es la consecuencia de una resolución de acusación en firme y ese allanamiento unilateral y pasivo que realiza el acusado frente a aquella decisión judicial acusatoria en nada distinto a la dosificación punitiva influye en el contenido de la decisión, es decir, no impacta los criterios del grado de participación en que se condena, tampoco incide el elemento subjetivo de la culpabilidad como la degradación del dolo, ni la supresión de las causales de agravación genérica o específica y menos aún, la posibilidad de eliminar los cargos, características básicas pero suficientes para señalar que los dos institutos contienen presupuestos tanto fácticos como procesales distintos.

7.4- Sin embargo, esta Sala de Decisión considera, en gracia de discusión, de llegarse a admitir la existencia de una identidad en cuanto a los presupuestos fácticos y jurídicos de institutos de justicia premial consagrados en la Ley 1058 de 2006

61 Ver Ley 522 de 1999, Artículo 579 modificado Ley 1058 de 2006.

frente a los consagrados en la Ley 1407 de 2010, solo podría hacerse el estudio de cara a la admisión de culpabilidad que esta última ley trae en la etapa de juicio en la alegación inicial prevista en el artículo 508. (…).

Sobre el evento en cuanto a admisión de culpabilidad se refiere en el sistema adversarial previsto en artículo 508 alegación inicial, habrá de puntualizarse que en el sistema de tendencia acusatoria el proceso cobra realidad material en el juicio, en otras palabras, solo hay proceso en el juicio, y encontrándose en la alegación inicial del juicio el juez de conocimiento luego de unas advertencias concederá el uso de la palabra al acusado para que manifieste si se declara culpable o inocente y de aceptar la culpabilidad, tendrá derecho a una rebaja de una sexta (1/6) parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados.

A su turno el procedimiento especial consagrado en la Ley 1058 de 2006 también da la oportunidad al acusado de aceptar los cargos y se la da igualmente en el momento inicial del juicio, y luego de realizar las advertencias del derecho a no autoincriminarse le concede el uso de la palabra sin apremio ni juramento para que manifieste si se declara inocente o culpable, y de aceptar la culpabilidad, se concederá una rebaja de una sexta (1/6) parte. (…).

De manera, que en los dos sistemas procesales que se confrontan, se reitera, son esquemas procesales distintos y como sistemas resulta inaplicable su comparación, pero como se anotó en precedencia y en gracia de discusión, tanto en un sistema como en el otro, al momento de iniciarse el juicio, el juez de conocimiento exhorta al acusado a que exprese su palabra de aceptar o no su culpabilidad. Y la consecuencia en los dos sistemas procesales es la misma, concede una rebaja punitiva de una sexta (1/6) parte en el evento de haber aceptado su culpabilidad, claro está que impera una diferencia cual es los atributos y el rol del juez de conocimiento, pues estos son totalmente distintos en cada sistema procesal, y bajo tales características es que toma la decisión de aceptar o no aquella admisión de culpabilidad que llegare a manifestar el acusado…". **(Rad. 157279 30 de agosto de 2012, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

Presupuestos para que pueda ser causal de exención de la prestación del servicio militar obligatorio

7.1.2- De la objeción de conciencia: Plantea el apelante la objeción de conciencia como una exoneración al deber emanado de la Constitución Política del servicio militar obligatorio, al respecto habrá de señalarse: A partir del postulado que prevé la Constitución Política visible en el artículo 216, todos los ciudadanos colombianos deben tomar las armas para defender la independencia nacional y las instituciones públicas cuando las circunstancias así lo exijan, mandato constitucional que reitera el principio del servicio militar obligatorio.

El anterior principio es objeto de modulación, pues la misma Carta Política señala que la ley fijará las condiciones que eximen la prestación del servicio militar, es así como por vía de la Ley 48 de 1993 se determinaron las exenciones que en todo tiempo eximen de la prestación del servicio militar obligatorio y no pagan cuota de compensación, al igual que también fijó la exención que opera en tiempos de paz. En estos criterios determinados no se encuentra como causal de exención para prestar el servicio militar la objeción de conciencia.

Pese a que la objeción de conciencia no está consagrada objetivamente en la Ley 48 de 1993, la Honorable Corte Constitucional mediante decisión C-728 de 2009 a partir de una interpretación sistemática construida desde los artículos 18 y 19 de la Carta Política consideró que sí existe la garantía de la objeción de conciencia como exención al servicio militar obligatorio.

Ahora bien, y luego del referente jurisprudencial anotado, habrá esta Sala de Decisión de compartir los planteamientos expresados por la Señora Juez Sesenta y Cuatro de Instrucción Penal Militar en el sentido que en el momento procesal actual no es viable reconocer en cabeza del sindicado el postulado constitucional y jurisprudencial de la objeción de conciencia, pues se ha de recordar tal como se señaló, que la carga probatoria recae en quien invoque dicho beneficio, circunstancia que en el estadio procesal actual no ha ocurrido, asimismo, que dicha prueba de las convicciones externas deben conducir a que su convicción es profunda, fija y sincera.

Con el presupuesto anterior, habrá de señalarse que la invocación de objeción de conciencia propuesta por la defensa no está llamada a prosperar, pues no ha sido probado tal como lo fija la jurisprudencia dicha condición, el apelante construye su argumento simplemente a partir del dicho de su prohijado cuando señala: "gracias a esas armas uno le hace daño a los demás porque ellos también son inocentes obligados a estar en esos grupos ilegales, no estando esos grupos ilegales ni el Ejército Nacional podría haber un diálogo y esta guerra lleva más de cincuenta años de todos modos…"[62].

La anterior precisión lleva a esta Sala de Decisión a compartir el argumento de la señora Juez de Instrucción Penal Militar que la manifestación de la objeción de conciencia por parte del SLR. CDR fue solamente "de boca" así lo refirió: "para el Despacho es claro que esto no puede ser solamente 'de boca' debe ir congruente con su vida en general y con sus actuaciones diarias"[63].

En tales circunstancias, la Sala señalará que si bien es cierto la objeción de conciencia por vía jurisprudencial se ha señalado como una circunstancia que puede dejar exento de prestación del servicio militar obligatorio al conscripto, también lo es, que dicha condición debe estar condicionada a ser probada por quien la invoca y que la citada prueba conlleve a evidenciar la convicción profunda, fija y sincera de no compartir los postulados del servicio militar obligatorio.

62 Recurso de apelación, fl. 79 y diligencia de indagatoria, fl. 59.

63 Auto Juzgado 64 I.P.M., fl. 117.

(Rad. 157234, 23 de febrero de 2012, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).

♦ ♦ ♦ ♦

LA RESPONSABILIDAD EN COMISIÓN POR OMISIÓN FRENTE A LA LEY 1407 DE 2010

La imputación del resultado lesivo en el esquema posfinalista del delito

"Olvida la instructora que los causalistas soportaron la noción de acción en discernimientos eminentemente naturalísticos, tanto, que el solo nexo causal era el presupuesto mínimo de imputación, y per se explicaba el punible, generándose la sentida dificultad para encontrar solución a los delitos de comisión por omisión, que dicho sea no remedió, ya que solo era dable la imputación de tipos penales de omisión propia en los que se hacía palmario el incumplimiento del deber. En tanto, que el finalismo propuesto por Hans Welzel y su evolución destacada por Armin Kaufmann, concibió en su arquitectura un concepto ontológico de acción, lo que sugiere que la acción humana es la idea central de la teoría del delito.

La voluntad siempre es final, la voluntad implica finalidad y esta entraña voluntad, por ello al finalismo se le reconoce como uno de sus grandes aportes el haber subjetivizado el injusto (tipicidad-antijuridicidad) y normativizado la culpabilidad. El esquema propuesto se postuló de un tipo complejo a mixto, donde el tipo objetivo lo conforma la parte externa de la acción y el tipo subjetivo la interna, destacándose los elementos del mismo como la culpa, el dolo y la preterintención; por ello, si la esencia de la acción es la voluntad, en las acciones típicas la voluntad final, que es el dolo, debe estar en el tipo. Ahora bien, cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado[64] el juicio de imputación se hará a título de culpa, debiéndose verificar el vínculo normativo que determine cuál es la regla que se infringe y cuál la que se dejó de observar; por ello para el finalismo el solo nexo causal, visto desde la perspectiva naturalística, no explica el delito sino que se requiere acreditar el vínculo normativo.

En cuanto hace a los punibles de comisión por omisión, la corriente de pensamiento penal que se viene sucintamente comentando permite que se pueda imputar el resultado y no la simple desatención del deber, siempre y cuando el sujeto agente tuviere el deber jurídico de impedir un resultado y no lo llevare a cabo estando en posibilidad de hacerlo; debiéndose establecer, para el caso que nos ocupa, si el actor por institución tenía a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o si por organización se encomendó determinada fuente de riesgo, que conforme a la Constitución o a la ley debía proteger". **(Rad. 157036, 21 de septiembre de 2011, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

64 Art. 25 Ley 1407 de 2010.

LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA

No es mecanismo sustitutivo de la pena de prisión en la Ley 1407 de 2010.

"(…) está claro que los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, como la prisión domiciliaria y la vigilancia electrónica no están regulados en la legislación penal militar, y esta acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional por mandato del artículo 221 de la Carta Política es autónoma e independiente, toda vez que cuenta con un régimen punitivo especial completo tanto en lo sustantivo como en lo procesal, que regula sus propias instituciones, siendo de resaltar que en la Ley 522 de 1999 ni en la 1407 de 2010, nuevo Código Penal Militar se contemplaron dichos instrumentos jurídicos como sustitutos de la pena privativa de la libertad, pues esta última en el artículo 63 únicamente señaló como tal la suspensión condicional de la ejecución de la pena, siendo de puntualizar que en el artículo 465.b (.1) de la citada ley, la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica solo fue instituido como una modalidad de las medidas de aseguramiento.

Aunque en este caso no se trata de comparar dos conductas punibles iguales contempladas en estatutos penales diferentes, sí se ventila el tema de un sustituto de la prisión intramuros que está previsto en la legislación penal ordinaria para los ciudadanos comunes, pero no en el código punitivo castrense para los miembros de la fuerza pública, de donde nacería la diferencia de trato de que se duele la impugnante; de tal suerte, que en punto al porqué de esa disparidad, resulta ilustrativa de alguna manera, la sentencia C-361 de 2001, por cuanto en este caso, no obstante el delito por el que se procede es común este fue cometido por un sujeto activo cualificado (miembro activo de la fuerza pública), y en una circunstancia especial relacionada con el servicio, lo cual genera un manejo más severo (…)". **(Rad. 156165, 22 de marzo de 2012, M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

LEGALIDAD DE LA PENA. VIGENCIA DE LA LEY

DESOBEDIENCIA - PENA ACCESORIA DE SEPARACIÓN ABSOLUTA

El beneficio excluyente de la Ley 1407 de 2010 para penas menores de dos (02) años debe ser aplicado por favorabilidad a procesos regidos por la Ley 522 de 1999.

"Al comparar estas dos regulaciones, a simple vista se observa que esta última norma modificó la primera, en lo relacionado con la imposición de las penas accesorias a la de prisión, pues a partir del 17 de agosto de 2010 solo puede imponerse la pena accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública, cuando la pena principal sea mayor a los dos (2) años de prisión y/o el delito por el que se impone la condena no verse sobre uno de aquellos delitos que protegen el bien jurídico tutelado del servicio.

De dicha comparación se extrae que esta última disposición es más favorable a los intereses del sentenciado, puesto que al haber sido condenado a una pena

menor a la de los dos años de prisión, tendría derecho a la aplicación de la excepción, esto es, que en su contra no procedería la imposición de la pena accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública.

Por esta razón, aunque fue condenado con fundamento en la Ley 522 de 1999, que se encontraba vigente al momento de los hechos, es válido hoy hacer el ajuste de la condena a las previsiones del artículo 51 de la Ley 1407 de 2010, precisamente porque el principio de favorabilidad se predica no solo de procesos penales en curso, sino también a favor de quienes han sido condenados y la ejecución de la pena se encuentra en curso, conforme se desprende de la lectura del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, de la cual es posible afirmar que aunque la ley penal rige hacia el futuro y que por regla general no tiene efectos retroactivos, sí puede amparar hechos ocurridos antes de su vigencia, cuando aquella beneficie a un condenado o a un procesado.

Pero bien, aparte de lo anterior y señalando la Sala que en este caso sí es posible avalar la aplicación inmediata del principio de favorabilidad, debe considerarse que contrario a lo sostenido por el a quo, la pena accesoria impuesta en contra de BOEY, todavía no se ha cumplido, no se ha ejecutado, por lo que es procedente entonces disponer su suspensión definitiva, teniendo en cuenta que la Ley 1407 de 2010 solo la previó para penas superiores a los dos años". (**Rad. 151191, 29 de noviembre de 2011, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

LESIONES PERSONALES

Conflicto Negativo de Competencia - Juzgado de Primera Instancia Inspección General de la Policía Nacional y Juzgado de Departamento de Policía de Santander

Como se detalló en precedencia se advierte, que de conformidad con el Código Penal Militar –Ley 522 de 1999– en la jurisdicción Penal Militar el factor concluyente para radicar la competencia es el funcional y no el territorial, lo que significa que su Régimen de Competencias lo sujetó a la organización y composición dentro de la estructura orgánica de los elementos integrantes de la Fuerza Pública, y para el caso de la Policía Nacional, y por ende a la dependencia orgánica del procesado con relación a la misma. (…).

Vertidas las anteriores premisas y adentrándonos en la reseña de la línea procesal surtida en el caso sub examine, tenemos que le asiste razón al Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional, cuando reclama no ser *"competente legal para conocer y tramitar"*[65] el Juicio dentro del proceso penal seguido a los señores policiales, SI. (r) ACM y AG. (r) LOAG por el presunto delito de Lesiones Personales, por cuanto, de la revisión exhaustiva del acervo probatorio se tiene que efectivamente los enjuiciados para la época de los acontecimientos –11 de agosto de

65 C.O. N° 6, folio 1560.

2001 sucedidos en el municipio de Barbosa (Santander)–, prestaban sus servicios de Vigilancia en la Estación de Policía de Barbosa (Departamento de Santander) siendo orgánicos del Departamento de Policía Santander[66], de donde refulge diáfanamente que el Despacho competente para conocer en la etapa del Juicio de la presente causa penal, lo es el Juzgado de Primera Instancia de Departamento de Policía Santander.

Ha de recordar el señor Juez de Instancia de Departamento de Policía Santander, que la situación antes planteada, esto es el advenimiento de una decisión mixta al Calificar el Mérito del Sumario, de donde de un lado se profiere Resolución de Acusación y de otro, se Decreta Cesación de Procedimiento, en momento alguno traduce la Ruptura de la Unidad Procesal o la imposición de así decretarla, por cuanto que para que opere este fenómeno, deben darse los presupuestos estipulados en el Artículo 217 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999–, (…).

Ahora bien, al haberse variado la competencia conforme ha planteado en precedencia, este viraje no afecta para nada la Acusación proferida por la Fiscalía 143 Penal Militar ante el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Nacional en contra de los señores SI. (r) ACM y AG. (r) LOAG por el delito de Lesiones Personales, pues, ha de recordarse que la misma se encuentra debidamente ejecutoriada, amén que al momento de Calificarse el Mérito del Sumario la competencia para conocer del presente asunto en la etapa de Juicio radicaba en cabeza del Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional, y por ende, la etapa de Calificación le pertenecía a la Fiscalía Penal Militar que actúa ante el precitado Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional, por lo que en momento alguno aquí se ha conculcando ningún derecho, porque simple y llanamente para el 24 de Febrero de 2011[67], ese era el Régimen de Competencia regente para esta causa penal, y por lo tanto, la Ley para el presente proceso penal. **(Rad. 151388, 27 de Junio de 2012, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

LESIONES PERSONALES

Uso adecuado de la fuerza – Factores que lo determinan para que la conducta sea atípica

Es claro que dentro del marco del Estado Social y democrático de derecho la policía debe preservar el orden público, entendido como las condiciones de seguridad, salubridad y tranquilidad necesarias para el goce de los derechos humanos.

El orden público que protege la policía tiene como núcleo la efectividad de los derechos inalienables de la persona, cuya primacía reconoce el artículo 5 de la Carta Política. Por esta razón, el uso de la fuerza estrictamente necesaria está ordenado a favorecer y amparar el ejercicio de los derechos humanos y el disfrute de las libertades que de ellos se derivan.

66 C.O. N° 1, folios 55, 85, 90, 91, 92, 93, 94, 100 y 109; C.O. 2, folio 530; C.O. 3, folio 691.

67 C.O. 5, folio 1463 a 1478.

Esto es tan diáfano porque la Policía Nacional como cuerpo armado y en aras de la protección del orden público, hace uso de la fuerza pero dentro de un marco constitucional y legal y bajo el respeto de los Derechos Humanos.

En el cumplimiento de su misión constitucional, tienen un deber preventivo en la comisión de hechos punibles. En este sentido, la conducta realizada por la fuerza pública para el empleo de la fuerza debe ser necesaria, la única posible, la exigible y menos lesiva de los derechos de las personas, pero además, debe obedecer a una motivación para que su actuar justifique efectivamente su intervención.

En esta tarea su actuar debe ser además proporcional a la conducta de la persona que es sujeto del empleo de la fuerza dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se está presentando el hecho, exigiéndose por ende una clara adecuación entre el fin buscado y los medios utilizados.

Estos criterios de necesidad, legalidad, racionalidad y temporalidad son los que permiten inferir que la conducta es atípica, pues a pesar que existió el uso de la fuerza y por ende unas lesiones al particular OQD, no afloró dolo alguno en el actuar de los policiales. **(Rad. 157114, 28 de noviembre de 2011, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión)**.

♦ ♦ ♦ ♦

LESIONES PERSONALES

Con la entrada en vigencia de la Ley 1407/10 solo se impone la separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas, cuando la pena sea mayor a dos (2) años de prisión, salvo que la condena sea sobre un delito contra el servicio, caso en el cual no aplican estas penas accesorias.

"Al comparar las dos regulaciones, a simple vista se observa que esta última norma modificó la primera, en lo relacionado con la imposición de las penas accesorias a la de prisión, pues a partir del 17 de agosto de 2010 solo se impone la separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas, cuando la pena sea mayor a los dos (2) años de prisión, salvo que la condena verse sobre uno de aquellos delitos que protegen el bien jurídico tutelado del servicio, caso en el cual tampoco se imponen las citadas penas accesorias.

De dicha comparación se extrae que esta última disposición es más favorable a los intereses de los apelantes, puesto que al haber sido condenados a la pena principal de dos (2) años de prisión, tendrían derecho a que en su contra no se impongan las penas que hoy recriminan.

Por esta razón, aunque fueron condenados con fundamento en la Ley 522 de 1999 que se encontraba vigente al momento de los hechos, es válido hoy hacer el ajuste de la condena a las previsiones del artículo 51 de la Ley 1047

de 2010, precisamente porque el principio de favorabilidad se predica no solo de procesos penales en curso, sino también a favor de quienes han sido condenados y la ejecución de la pena se encuentra en curso, conforme se desprende de la lectura del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, de la cual es posible afirmar que aunque la ley penal rige hacia el futuro y que por regla general no tiene efectos retroactivos, sí puede amparar hechos ocurridos antes de su vigencia, cuando aquella beneficie a un condenado o a un procesado". **(Rad. 155768, 29 de julio de 2011, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

LESIONES PERSONALES CULPOSAS

Auto de cierre de investigación en la Ley 522 de 1999. No es de simple trámite o de impulso procesal, es esencial en el esquema procesal.

"Ante la anterior situación, es decir, que si el procesado y su defensor no acudieron al despacho a notificarse personalmente, la Fiscalía 14 Penal Militar conforme lo ordenado en el artículo 341 de la Ley 522 de 1999, debió haber hecho la notificación por estado, la que brilla por su ausencia, y la cual se constituía en este caso, en el último mecanismo de comunicación de la Fiscalía con el procesado y su defensora, por manera, que la notificación no se hizo en debida forma; como ha dicho la jurisprudencia de la Corte Constitucional la notificación en debida forma, da la certeza del contenido de la decisión, el momento en que se realizó el acto, los recursos que proceden y los términos de ejecutoria.

Está claro para la Sala que el auto de cierre de investigación, contra el cual las partes podían interponer el recurso de reposición (Art. 553 Ley 522 de 1999), no quedó ejecutoriado, y este requisito por mandato expreso del citado artículo es un presupuesto jurídico ineludible, para poder correr traslado a los sujetos procesales por 8 días para que presenten las peticiones en relación con la calificación. Basta la simple lectura de la aludida preceptiva, para llegar a esa diáfana conclusión (…).

En el proceso penal se van configurando ciertos actos procesales que se convierten en presupuesto de las actuaciones subsiguientes, porque sin ellos no es posible continuar con el adelantamiento de las etapas que siguen; en este asunto es inconcuso, que sin estar ejecutoriado el auto de cierre de investigación, no podía correrse el traslado a los sujetos procesales por los 8 días indicados, y sin este traslado, no era legal emitir resolución de acusación, de manera tal, que no son de recibo los argumentos de la censora, en el sentido que la irregularidad es intrascendente y que se subsanó con la notificación de la resolución de acusación, a lo que replica la Sala, que ello no es posible, porque la acusación fue una decisión posterior que se fincó en una actuación irregular, como fue la incorrecta sustanciación del cierre de investigación que era el presupuesto procesal de la calificación sumarial, por lo que se incurrió en violación del debido proceso y el derecho de defensa, razón por la cual no procede otro remedio que la nulidad como bien lo ordenó el *a quo*.

El auto de cierre de investigación a que se refiere el artículo 553 de la Ley 522 de 1999, no es de simple trámite o de impulso procesal, como parece entenderlo la recurrente, por cuanto contra este procede el recurso de reposición, y una vez ejecutoriado, establece un traslado previo para que los sujetos procesales aleguen antes de la calificación del sumario, en otras palabras, señala una fase precalificatoria, en la que posibilita la participación de los sujetos procesales, por lo que dicho auto es una decisión esencial dentro del esquema de la citada ley, y la irregularidad en que se incurrió tiene la capacidad de afectar las garantías de los sujetos procesales e implica un desconocimiento de las bases fundamentales que estructuran el debido proceso". **(Rad. 157153, 31 de octubre de 2011, M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

LESIONES PERSONALES DOLOSAS - REPARACIÓN E INDEMNIZACIÓN INTEGRAL COMO CAUSAL DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Instituto de Indemnización Integral en el procedimiento Especial

El asunto a dilucidar por la Sala es, si procede o no la Cesación de Procedimiento con base en la aplicación a los principios de Favorabilidad e Integración contenidos en los artículos 11 y 18 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999–, por haber operado la Extinción de la Acción Penal por Indemnización Integral, en virtud a que si bien la Codificación Penal Castrense no contempla la figura de la Indemnización Integral, esta forma anticipada de terminación del proceso sí está prevista por el Código de Procedimiento Penal –Ley 600 de 2000–, a las voces de los artículos 38 y 40.

El instituto de la Favorabilidad solo se da en el caso de sucesión de leyes en el tiempo con identidad en el objeto de regulación, es decir, bien en el ámbito de la Justicia Penal Militar o en el de la Justicia Penal ordinaria, y también en la coexistencia de leyes que se ocupan de regular el mismo supuesto de hecho, y para el caso, tal figura de la Indemnización Integral no está prevista en la Codificación Penal Militar.

El principio de Legalidad y el Derecho Fundamental del Debido Proceso nunca pueden separarse, y que así mismo encuentran su excepción en virtud de otro principio también de orden constitucional como lo es el de "Favorabilidad"; y por consiguiente, la ley puede retrotraer sus efectos a hechos ocurridos antes de su vigencia con la figura jurídica de la retroactividad o extenderlos al futuro, es decir, después de haber perdido vigencia a través del fenómeno de la ultractividad de la ley; siempre y cuando los hechos hayan ocurrido durante su vigencia.

Así las cosas, y utilizados los derroteros sentados en precedencia a la investigación penal adelantada contra los señores IT. LUZ VERANIA BAUSTITA HERRERA y AG. CARLOS ALBERTO SEGURA LÓPEZ por el delito de Lesiones Personales Dolosas, tenemos que la primera condición para la aplicación del principio de Favorabilidad

no se cumple, por cuanto la figura de la Indemnización Integral no se encuentra regulada en el Código Penal Militar –Ley 522 del 1999–; premisa que desencadena que el segundo y tercer supuesto tampoco tengan operancia, porque además no se predican similares presupuestos fáctico-procesales, y porque con la aplicación favorable de la Indemnización Integral se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable, esto es la Justicia Penal Militar –Ley 522 de 1999–. **(Rad. 156316, 28 de Octubre de 2011, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE FUNCIONES Y ATRIBUCIONES

Procedencia.

"Vemos entonces que lo que se busca con esta suspensión es poder hacer efectiva la medida de aseguramiento de detención preventiva del militar o policial y de esta manera proteger la buena prestación del servicio, pero una vez desaparece la causa que da origen, por libertad provisional, por revocatoria de la medida u otra circunstancia, lo que se sigue es el levantamiento igualmente de la suspensión solicitada. (…).

"(…) mencionó la Juez de Instrucción que, respecto al artículo 96 ibídem, no se previó como causal de levantamiento, el otorgamiento de la libertad provisional.

El artículo 96 del Decreto 1790 de 2000, señala: "(…) LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN. Habrá lugar a levantar la suspensión del Oficial o Suboficial con base en la comunicación de autoridad competente a solicitud de parte, o de oficio, cuando hubiere sentencia o fallo absolutorio, se hubiesen vencido los términos de la suspensión provisional sin que se haya recibido comunicación de su prórroga, preclusión de la investigación, cesación de procedimiento o revocatoria del auto de detención."

De la lectura detenida de esta norma, se constata que, para llevar a cabo por parte de la entidad nominadora, el levantamiento de la suspensión de funciones y atribuciones, se puede hacer de dos formas: i) con base en la comunicación de autoridad competente a solicitud de parte y ii) de oficio, cuando hubiere sentencia o fallo absolutorio, se hubiesen vencido los términos de la suspensión provisional sin que se haya recibido comunicación de su prórroga (en caso de autoridad disciplinaria) preclusión de la investigación, cesación de procedimiento o revocatoria del auto de detención.

Por tanto no fue acertado lo dicho por el a quo, que el artículo 96 trae un catálogo taxativo de situaciones en que se puede hacer el levantamiento de la suspensión, eso solo opera cuando es de oficio, pero cuando es por autoridad competente, el funcionario judicial de acuerdo a la Ley, debe analizar qué efectos conlleva conceder la libertad provisional y por tanto ordenar el levantamiento de la suspensión de funciones y atribuciones, informándole a la entidad nominadora para que la haga efectiva.

Sobre este tema la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"8.- El texto del artículo 359 del Código de Procedimiento Penal enseña que el propósito de la suspensión del servidor público es hacer efectiva la medida de aseguramiento. Que esa suspensión surja por la solicitud anterior a la captura o por efecto automático de esta, es problema que la ley defiere al juicio de la autoridad judicial que es la autorizada para estimar si es necesaria aquella o se puede disponer la captura de manera inmediata sin afectar el servicio público.

Si la autoridad judicial que dictó la medida de aseguramiento es la llamada a determinar el efecto de su ejecución sobre el servicio público, es a ella igualmente a la que le corresponde estimar la consecuencia de la libertad provisional sobre la suspensión del servidor público.

Si el efecto de la suspensión es privar de la libertad al servidor público, única manera en la que puede hacerse efectiva una medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a la libertad provisional. El efecto que genera la libertad provisional que se otorga en la actuación penal a ese mismo servidor público, no puede ser otro que el del levantamiento de la orden de suspensión que se había emitido. La razón es elemental: el desaparecimiento del supuesto fáctico que generó la orden de suspensión. Esa orden debe emitirse por parte del Funcionario Judicial con destino a la autoridad nominadora, la que además deberá recibir copia de la providencia con la cual se dispuso la libertad provisional, para que en uso de sus competencias administrativas disponga aquello a lo que en derecho haya lugar. En consecuencia, así se dispondrá en la parte resolutiva de esta decisión"[68]. (El resaltado es de la Sala) **(Rad. 155584, 24 de noviembre de 2011, M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

LEY 1407 DE 2010 Y CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD

Actuar en cumplimiento de un deber legal - Requisitos para que opere la causal.

Prevé el artículo 33 de la Ley 1407 de 2010, que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando: "*3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal*", esto es, en materia penal cuando un sujeto realiza un determinado comportamiento autorizado por la ley, pero con esa acción u omisión se afecta o lesiona bienes jurídicos protegidos, tal actuación debe estimarse ajustada a derecho.

Una de las funciones fundamentales del Derecho Penal, es la protección de bienes jurídicos relevantes a través de la tipificación y sanción de aquellas conductas que los vulneran, para ello, establece principios y reglas para el tratamiento del delito y el delincuente, describe las conductas prohibidas, prevé las penas y medi-

68 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 17576, 4 de octubre de 2001, M.P. Carlos Mejía Escobar.

das de seguridad, la manera como se ejecutarán, las garantías que tendrá el sujeto durante la investigación y juzgamiento, etc., sin embargo, el mismo ordenamiento jurídico punitivo, prevé la posibilidad de justificar una conducta típica penalmente, que afecte o lesione bienes jurídicos protegidos, siempre y cuando dicha conducta se haya realizado en el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, cargo u oficio que se encuentra previamente exigido y concedido por otro sector del ordenamiento jurídico en general.

El cumplimiento de un deber legal (al igual que el ejercicio de un derecho, un oficio o un cargo público), como causal de justificación penal, se fundamenta en el Principio de Unidad del Ordenamiento Jurídico, ya que lo que se encuentra legitimado en una parte del derecho no puede ser prohibido penalmente en otra, es decir, el ordenamiento jurídico no puede prohibir y castigar con una mano, lo que con la otra exige (cumplimiento de un deber), por ello, las conductas típicas realizadas en cumplimiento de un deber impuesto por la ley, con anterioridad a la realización del hecho, devienen en lícitas.

Cabe precisar que el cumplimiento de un deber como causal de justificación (así como el ejercicio de un derecho, un oficio o un cargo público), tiene un carácter subsidiario respecto de otras eximentes más específicas como la legítima defensa o el estado de necesidad, por manera que si se estructura una de estas, no habrá lugar para la toma en consideración del cumplimiento de un deber como tampoco del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo público, pues respecto de las arriba citadas, tienen un carácter residual, comoquiera que cuando no se pueda justificar la conducta a través de la eximente de legítima defensa o del estado de necesidad porque no se dan los elementos que las estructuran, en cada caso, podría pensarse en la estructuración de la justificante de haber obrado en cumplimiento de un deber; en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo público, siempre y cuando se cumplan los presupuestos exigidos en cada caso.

El obrar en cumplimiento de un deber legal, como causal de justificación punitiva, consiste en declarar ajustada a derecho la realización de una conducta típica llevada a cabo por el sujeto agente en cumplimiento de un deber legal, el cual se encuentra establecido por una parte del ordenamiento jurídico, es decir, si en cualquiera de los sectores del ordenamiento jurídico se establece un deber de actuar u omitir respecto a un sujeto o grupo de sujetos, aunque con ello lesione los bienes jurídicos penalmente protegidos, debe primar el cumplimiento de ese deber sobre la evitación de daños a dichos bienes, debiendo precisar que tiene que ser un deber jurídico, de ninguna manera moral, amén de ello, el sujeto agente debe cumplir con una serie de exigencias, tanto en el aspecto objetivo como subjetivo del tipo penal.

El fundamento de esta eximente de responsabilidad se encuentra en el principio del interés preponderante, en cuanto el ordenamiento jurídico impone en ciertos casos y a determinadas personas, el deber de realizar conductas tipificadas en la ley que afectan bienes jurídicamente protegidos, no obstante, este principio resulta insuficiente, ya que en caso de conflicto de dos deberes iguales, la conducta será lícita si el sujeto cumple uno cualquiera de ellos, siempre y cuando el sujeto actúe cumplien-

do un deber de rango superior o igual, no obstante debe tenerse en cuenta que, su conducta será ilícita si implica un grave atentado a la dignidad de la persona humana, por ello, quien realiza una acción típica en cumplimiento de un deber jurídico se encuentra en una situación de colisión de deberes, por cuanto entra en conflicto con otro deber derivado de otra norma de cualquier sector del ordenamiento jurídico.

Esa colisión se resuelve mediante la ponderación de los deberes jurídicos, la cual lo remite a una ponderación de los intereses en conflicto, pues también aquí, como en el estado de necesidad, hay que tener en cuenta no solo los bienes jurídicos, sino la totalidad de los intereses en juego, por tanto, en los supuestos de conflicto de dos deberes de acción del mismo rango, es necesario que la conducta del sujeto se oriente a cumplir uno de ellos para que dicha conducta sea lícita, sin embargo, cuando se utilice al ser humano como un mero instrumento o se atente, de otro modo, gravemente contra su dignidad, la conducta será ilícita aunque se realice en cumplimiento de un deber; de la misma manera, cuando el deber cumplido es de rango inferior al infringido, la conducta también ilícita. Para que opere la eximente de obrar en cumplimiento de un deber es necesaria la concurrencia indispensable de ciertos requisitos o elementos, ya que de no concurrir uno de ellos, la eximente no se estructura:

1.- **Existencia de un deber jurídico anterior a la realización del comportamiento típico**: Debe existir necesariamente un deber impuesto por la ley, entendido por ley toda prescripción de carácter general y con obligatoriedad erga omnes; se descarta de ese modo los deberes morales. Sin embargo, la justificante no opera en la conducta con la cual se haya cumplido de cualquier forma con el deber, se exige que el cumplimiento del deber se realice dentro de los límites legales y conforme a Derecho.

2.- **El deber cumplido debe tener mayor rango o igual al infringido:** Resulta indispensable que el deber jurídico que se ha dado cumplimiento sea de mayor o igual jerarquía al deber que se ha dejado de lado para que opere la justificante, así por ejemplo: cuando un efectivo policial (servidor público) en ejercicio de sus funciones dispara y mata a un delincuente que estaba a punto de disparar en contra de su víctima.

Por el contrario no opera, si se determina que el deber cumplido era de menor jerarquía al infringido, como cuando el mismo efectivo policial (funcionario público) dispara y mata a un delincuente que huye de la escena del crimen por el simple hecho de evitar su fuga.

Por ello, cuando la autoridad al momento de cumplir con su deber de función o profesión hace uso de la violencia, debe hacerlo bajo el principio básico de menor lesividad posible, es decir, solo se debe hacer uso de la fuerza en forma racional y cuando es absolutamente imprescindible para el cumplimiento de la obligación[69], siendo una exigencia de clara proporción o adecuación a las circunstancias del caso, el grado de la violencia empleada por el agente.

3.- **Necesidad de ejecutar la conducta típica:** Debe existir o mediar una necesidad urgente, es decir, el agente en el caso concreto, no tiene otra alternativa a la de ejecutar

69 Estatuto de vigilancia urbana y rural.

un comportamiento típico en cumplimiento de su deber, de otro modo, si se llega a determinar que el agente tuvo la posibilidad de cumplir con su deber de forma diferente a la de realizar la conducta típica, la eximente no opera, por ello, en el derecho de policía se requiere la necesidad racional de la violencia para restablecer el orden jurídico perturbado, no estando justificada, por innecesaria, cuando podría restablecerse con cualquier otra medida no violenta, de ahí la exigencia de ser proporcional a la entidad del hecho que la motivó, evitando cualquier exceso, por más que aparentemente pueda estar autorizada por cualquier tipo de reglamentación administrativa.

4.- **Actuar con la finalidad de cumplir un deber jurídico**: En virtud al doble componente con que cuentan las causas de justificación, uno objetivo y otro subjetivo, siendo en la justificante bajo análisis, de carácter subjetivo, por ello, se exige que el agente debe conocer que actúa en cumplimiento de un deber, en otros términos, el agente o autor del comportamiento típico debe ser consciente que actúa en cumplimiento de un deber impuesto por la ley, pues de llegarse a determinar que actuó movido o guiado por otros fines, la eximente no opera. Por ejemplo: cuando un agente policía mata a un delincuente que se encontraba a punto de asesinar a otra persona, pero su accionar ha sido motivado por ánimo de venganza, en virtud a una rivalidad pasional con dicho delincuente.

Es por ello, que esta eximente de responsabilidad, solo se predica en relación con la comisión de conductas dolosas, pues el agente realiza la acción con el conocimiento que vulnera un bien jurídico, pero su actuar es lícito en cuanto la ley lo autoriza a comportarse de esa manera, como cuando el agente de policía captura a un delincuente en flagrancia, sabe que atenta contra el derecho a la libertad, pero de la misma manera, que la ley lo autoriza de manera excepcional para limitar ese derecho, en la forma y dentro de los términos previstos en la misma ley. **(Rad. 156781, 29 de julio 2011, M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

NOTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

La acusación es la pieza procesal esencial que señala el marco jurídico dentro del cual debe desenvolverse el juicio y la sentencia. Por ello es fundamental garantizar su publicidad e impugnación.

Dada la importancia de la resolución de acusación, es que el legislador previó unas reglas que disciplinan su notificación, las cuales encontramos claramente definidas en el artículo 555 de la Ley 522 de 1999; ritos procedimentales, que no fueron acatados por la Fiscalía 143 Penal Militar, en la medida que no obra en el expediente notificación personal del procesado o de su defensor, ni siquiera se realizaron las diligencias tendientes a su comparecencia y menos la designación de un defensor de oficio, con el cual se debería continuar con la actuación y sí por el contrario se modificó un término legal, atentando contra una recta y cumplida administración de justicia.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la actuación procesal que demarca la competencia del Juez de conocimiento, es la ejecutoria de la resolución de acusación y por ende a partir de este momento el funcionario de conocimiento, tiene la facultad para emitir cualquier pronunciamiento, esto es, el estudio de legalidad en dicha etapa**,** no le es viable al Juez de Instancia declararse incompetente para conocer en etapa de juzgamiento, habida cuenta que aún no ha precluido la etapa sumarial, por tal razón la Sala se abstendrá de resolver el asunto por el cual el proceso fue allegado para conocimiento. **(Rad. 157334, 11 de mayo de 2012, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

NULIDAD

No comunicación apertura indagación preliminar, investigación formal, tardía vinculación – Oportunidad para invocarlas

Obsérvese que la norma transcrita instala un marco de oportunidad para invocar las Nulidades originadas en la etapa de Instrucción hasta el término de Ejecutoria de la Resolución de Acusación, lo que significa que la estructura del Sistema Procesal Penal Castrense regla para los intervinientes la posibilidad de plantear las Nulidades originadas en la etapa del Sumario, dentro del plazo perentorio estipulado en el artículo 391 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999– so pena de precluir la oportunidad para ello, materializando así los principios de Preclusión, Economía y Celeridad. (…).

(…) de ahí, que le era indispensable al Juzgado de Departamento de Policía de Cundinamarca –Primera Instancia Uno– adentrarse a analizar la línea procesal surtida en la etapa de instrucción y hasta la ejecutoria de la Resolución de Acusación en un Control de Legalidad que si bien no prevé expresamente el Procedimiento Especial sí le es viable surtirlo, y no proseguir el diligenciamiento sin tal examen aventurándose a aperturar la etapa de Juicio, desconociendo incluso que al Funcionario, en este caso al a quo, le es viable en cualquier estado del proceso cuando advierta que existe alguna de las causales decretar la Nulidad[70] de lo actuado desde que se presentó la causal.

En tal virtud, tenemos que la más óptima oportunidad procesal con la que cuenta el Juzgado de Instancia en el Procedimiento Especial para declarar una Nulidad en la etapa de Juicio, lo es cuando surte en un escrutinio similar al Control de Legalidad un análisis a la línea procesal surtida hasta la ejecutoria de la Resolución de Acusación, y en firme esta decisión, lo será en el preámbulo a la Convocatoria de la Audiencia de Acusación y Aceptación de Cargos o de Corte Marcial según el caso, como debió hacerlo el Juzgado de Departamento de Policía de Cundinamarca –Primera Instancia Uno–, tal y como se decantará seguidamente; pues es, en este momento procesal en que previo el examen de toda la actuación penal surtida hasta ese instante, en el que la norma contenida en el inciso 5º del Artículo 1º de la Ley 1058 de 2006 incorporado

70 Código Penal Militar –Ley 522 de 1999–, Artículo 389 "Oportunidad para decretar la Nulidad. En cualquier estado del proceso en que el juez, en primera o segunda instancia, advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo anterior, decretará la Nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal y ordenará que se reponga la actuación que dependa del auto cuya Nulidad declara".

al Artículo 579 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999– se encumbra en garantizar una etapa de Juzgamiento libre de cualquier vicio ordinario[71].

Ciertamente al revisar el paginario refulge, que ni el Auto de apertura de Indagación Preliminar (...) ni el de apertura de Formal Investigación Penal (...) fueron comunicados a los presuntos responsables. (...).

Como bien lo demuestra el paginario, la línea procesal en que pudo ejercerse el derecho de Defensa fue mínima, pues vinculados tardíamente los procesados a través de diligencia de Indagatoria, en seguida y sin mediar la recepción de prueba alguna, (...) paso a resolver la Situación Jurídica provisional. (...).

Así las cosas, es claro que en tal escenario a la actuación penal la regentan los principios de Prontitud y Oportunidad, ya que convocar a un sujeto para que rinda Versión o diligencia de Indagatoria cuando la actividad inquisitiva del Estado se ha postergado hasta conseguir un cúmulo tal de elementos probatorios que hagan imposible o ardua la defensa, significaría adelantar a espaldas del imputado o sindicado conocido una intensa actividad investigativa sobre el hecho noticiado, que haría nugatoria su defensa, lo que es violatorio del Derecho Fundamental al Debido Proceso amén que también lesionaría el derecho de Defensa.

Por lo tanto, es indiscutible que se incurre en Nulidad legal, cuando no se comunica la apertura de la Indagación Preliminar Penal o de la Formal Investigación Penal, o cuando se le vincula a los imputados al proceso encontrándose la investigación en un estadio avanzado, cuya invalidez se presenta si desde el comienzo de la actuación existía mérito para vincularlo, pues ello, desconoce el Debido Proceso y atenta contra el derecho de defensa, ya que viola principios fundamentales como el de Publicidad de los actos procesales como el de Contradicción de la prueba, que se relaciona con los principios de la Unidad y la Comunidad de la prueba y el de la Lealtad de la misma; toda vez que entre la persecución penal y la sanción a los responsables, median garantías que equilibran el poder del Estado a través de sus autoridades judiciales, y la inicial inferioridad del imputado o procesado, de tal forma que si se desconocen, el desbalance es material. **(Rad. 157262, 22 de mayo de 2012, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

OBEDIENCIA DEBIDA

El deber de advertencia como causal de ausencia de responsabilidad

Para abordar la temática planteada por los censores se hace necesario que la Sala les recuerde el alcance que debe darse al artículo 91 de la Carta Política, su desarrollo jurisprudencial tanto en derecho interno como internacional, para inferir la lectura que en el Estado Social de Derecho debe darse a este canon. Así lo señala:

71 Corte Constitucional, sentencia C-541 de 1992.

"**ARTÍCULO 91.** En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden".

Ha sido ya prolija y reiterativa la Corte Constitucional al indicar que el precitado artejo debe ser entendido dentro de la sistemática que gobierna los principios y valores que identifican un Estado Social de Derecho basado en el principio de la dignidad humana, y en la normativización de todo un catálogo de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Así, basta con citar el Protocolo II que entrara en vigor en Colombia el 15 de febrero de 1996, por virtud de la Ley 191 de 1994, que fuera declarada exequible por vía de la sentencia C-225 de 1995, instrumento y providencia que destacan cómo no es viable alegar la obediencia debida como causal de ausencia de responsabilidad. En idéntico sentido se pronunció el Legislador en los artículos 32-4 de la Ley 599 de 2000 y 33-4 de la Ley 1407 de 2010 cuando erigió en imperativo qué delitos no conoce esta jurisdicción y sobre cuáles no procede el invocar la obediencia debida.

En cuanto hace al desarrollo jurisprudencial del artículo 91 Superior resulta emblemático citar apartes de la sentencia C-225 de 1995 que enseñó:

"La obediencia ciega, así como la correlativa irresponsabilidad absoluta del militar subalterno, repudian a la Constitución. De otro lado, la norma citada abarca la exención de responsabilidad por todo concepto, lo que cobijaría las violaciones a la ley penal. Las razones expuestas, le sustraen sustento constitucional a una incondicional exoneración de responsabilidad legal que no tome en consideración, en este caso, el dolo del subalterno que, como servidor público, está vinculado al deber superior de respetar la ley y proteger efectivamente los derechos de las personas. También en el campo legal, la completa e incondicional inmunidad del militar subalterno, lo convertiría en el mayor peligro existente en la vida social. (…).

La exoneración absoluta de responsabilidad del militar que conscientemente ejecuta órdenes superiores que signifiquen la vulneración de sus reglas y principios no es de recibo y, por el contrario, compromete su responsabilidad individual, máxime si sus actos se apartan de las reglas indiscutibles de las confrontaciones armadas y ofenden el sentimiento general de la humanidad. La obediencia ciega del militar subalterno, lo mismo que su correlativa irresponsabilidad absoluta, son rechazadas por el derecho internacional humanitario, pues de permitirse este carecería de sentido". (…).

Consecuente con lo anterior, resulta ser la atención necesaria que se debe advertir respecto a que en la institución y doctrina militar las especialidades, los grados y jerarquía tienen toda una filosofía y sentido, al punto que permiten mantener organizada, cohesionada y disciplinada la Fuerza Pública; permite que en los diferentes escalones de comando se vaya expresando el mando y control, se

efectivice el proceso castrense de toma de decisiones, para que de esa forma se alcance el cumplimiento de la misión, donde se hace ostensible la estrategia, la táctica y la maniobra, esto es, en las operaciones militares hay unos que producen inteligencia, otros que planean, comandan y otros que ejecutan en el terreno, que también ejercen el mando a su nivel, tal y como se expresa en las misiones tácticas por parte de los comandantes de equipo de combate, Escuadra, Sección, Pelotón, Compañía, Batallón, etc.

Lo citado en precedencia nos permite afirmar que existe categorías en el ejercicio y cadena de mando y en cada uno de ellos, de acuerdo con el rol y ámbitos de competencia, la cuota de decisión es diferente, pues no es la misma percepción y nivel de determinación de quien maneja la estrategia, con quien conduce la operación, dinamiza el elemento táctico y realiza la maniobra. Sin duda, quien en últimas toma la decisión acorde con su nivel, grado, jerarquía, criterio, experiencia y profesionalismo, es quien se encuentra en el terreno en la primera línea de combate. Por ello con razón los Manuales de Patrullaje, de Estado Mayor 3-50 y Reglamento de operaciones de combate irregular 3-10, al unísono instruyen:

El Comandante de la patrulla "Es el responsable por todo lo que haga o deje de hacer el pelotón, esto incluye empleo táctico (…)"[72].

"El Comandante decide qué ajustes son necesarios en el proceso militar de toma de decisiones, con el fin de tener el máximo ahorro de tiempo (…)".

Enseña igualmente que en el proceso militar de toma de decisiones independientemente del apoyo del Estado Mayor o la Plana Mayor las decisiones en el terreno dependen "Con mayor intensidad de la experiencia, pericia, intuición y creatividad en el desarrollo de las operaciones dentro del campo de combate (…)"[73].

Sin duda el miembro de la Fuerza Pública, independientemente del grado que ostente, es formado, entrenado, capacitado, para el ejercicio del mando, para tomar decisiones de forma inmediata en el terreno y por excelencia dentro de situaciones extremas como el combate; dentro de la instrucción y la rutina está la maniobra, el cómo se supera un obstáculo natural, cuál es vencible y cuál no lo es, cómo se puede modificar en el terreno una situación de acuerdo a su buen juicio y criterio, vale decir, existe en el militar que ejerce el mando un conocimiento especial que lo distingue de las personas del común.

Al respecto resulta oportuno citar lo que sobre la temática planteada enseña la H. Corte Constitucional:

"(…) En relación con los deberes –se repite–, es necesario precisar que únicamente pueden ser exigibles en su integridad cuando el obligado a ellos está en capacidad efectiva de cumplirlos, pues, al igual que los derechos, también tienen sus límites"[74].

72 Texto Especial de Patrullaje. Pág. 1.2.

73 Manual de Estado Mayor, pág. 170.

74 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-200, 17 de abril de 1997.

De igual forma, ha enfatizado que en cada caso se deberán tener en cuenta las circunstancias de quien se espera que asuma la carga debida: "(…) la formación del militar (y hay que agregar entre nosotros al policía, aunque su asimilación no es del todo adecuada) es un adiestramiento permanente dirigido a un objetivo específico: saber afrontar las situaciones de peligro. Ahora bien, es de suponer que quien se ejercita en una actividad desarrolla destrezas que se incorporan al repertorio de sus acciones y reacciones cotidianas, que vistas desde afuera pueden parecer excepcionales y extraordinarias pero que para él deben aparecer como normales. Por tanto, en ese campo específico la exigencia que para otro podría ser desmesurada, para él es razonable: afrontar un combate, no huir, no hacer manifestaciones de pánico. La valentía, entonces, así entendida, y vinculada al honor militar, se revela como una destreza exigible de quien se ha preparado para adquirirla, y el no poseerla sería tan vergonzoso (¡deshonroso!) como lo sería para quien ha recibido adecuado entrenamiento en el quirófano, no ser capaz de realizar una operación de cirugía corriente. (…).

Así pues, el acto de valor (…), que para un ciudadano común podría ser heroico, y cuya omisión no sería vergonzosa, para un militar sería apenas debido, y su incumplimiento motivo de baldón"[75]; [76].

La flexibilidad, concebida como uno de los principios de la guerra, conforme al Reglamento de Operaciones en Combate Irregular, sugiere que los miembros de la Fuerza Pública y de suyo las Unidades que se comandan son entrenadas y dotadas "(…) de tal forma que logren ser flexibles y capaces de adaptarse con rapidez a los cambios que imponga la situación táctica"[77]. Por ello el comandante debe analizar detenidamente factores como clima, terreno y medio ambiente para aprovecharlos en su favor, sin duda esto genera una ventaja en las situaciones que enfrenta. Por ende, en el concepto operacional todos apuntan a un objetivo común, el cumplimiento de la misión es la intención del Comandante; pero en la ejecución, al existir diferentes escalones del mando las responsabilidades se fragmentan, por ello la maniobra se expresa de disímiles formas tanto en el tipo de táctica como en los elementos o componentes que se emplean, siendo palmario que en esos diversos niveles la decisión táctica depende del discernimiento de quien comanda.

En este orden de ideas no resulta de recibo el argumento encaminado a que el procesado Castro Rojas se limitó a cumplir una orden del Mayor R, toda vez que, de una parte, lo dispuesto por este está revestido de legalidad pues era el oficial de operaciones que conoce su jurisdicción, facultado para emitir este tipo de órdenes, el mandato es claro, preciso e inherente a la función militar; y de otra, el encartado Castro tenía el mando sobre el personal subalterno a su cargo, le incumbía el deber de advertencia, asumía capacidad de discernimiento y poder de decisión en la situación concreta". **(Rad. 157000, 06 de septiembre de 2011, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

75 Cfr. Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-563, 30 de noviembre de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

76 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 28017, 14 noviembre de 2007, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

77 Pág. 102.

OPERACIONES MILITARES

Concepto, campamento, competencia para fijar los límites del campamento

1.- De las operaciones militares, campamento y límites del campamento

Primeramente se ha de precisar que conforme al Manual de Derecho Operacional:

"Desde el punto de vista legal, existen dos tipos generales de operaciones militares:

(i) Operaciones en escenarios de hostilidades: *Operaciones dirigidas contra un objetivo militar debidamente identificado, relacionado necesariamente con un grupo armado organizado; y*

(ii) Operaciones para el mantenimiento de la seguridad: *Todas las demás operaciones, que no están dirigidas contra un objetivo militar específico. (…).*

Estas deben adecuarse a las normas de DD. HH. donde el uso de la fuerza debe ser la última opción (Capítulo III). Por ejemplo: ***operaciones de control militar de área****, operaciones contra el narcotráfico, etc.*

Así estas operaciones pretendan, por ejemplo, impedir que grupos armados organizados de cualquier índole ingresen a una zona (control militar…)"[78]. (Resaltado fuera de texto).

En ese contexto, inicialmente se debe precisar que las misiones destinadas a prestar la seguridad, bien sea de la infraestructura nacional o de un sector de la población de manera concreta, o de cualesquier otra índole, son operaciones militares propiamente dichas, por lo cual, resulta errado limitar el concepto de operación militar meramente a las operaciones en escenarios de hostilidades o, al simple acto de confrontación, pues tal entendimiento es contrario a lo determinado en el derecho operacional.

El concepto de operación militar es mucho más amplio y dinámico, pues comprende todas las tareas encaminadas al objetivo comprendido en la orden de operaciones, la planeación, la disposición de los recursos logísticos, del recurso humano, la preparación y entrenamiento, la ejecución y la consolidación, teniendo como fundamento el plan de campaña dispuesto por el comando de la fuerza, el desarrollo y materialización que deben realizar las Brigadas a través de las órdenes de operaciones dirigidas a los Batallones, como unidades tácticas y en su nivel la ejecución de las maniobras tácticas a través de sus unidades subalternas (compañías, pelotones, escuadras), que materializan la ejecución de las operaciones, de acuerdo a su complejidad.

Así, conforme al concepto contenido en el Capítulo III, numeral 3.5.1.2, Reglamento EJC – 310, debe entenderse por operación militar "*… la serie de actividades de combate, administrativas, que ejecuta una unidad para darle cumplimiento a*

78 Capítulo V, numeral 1. Manual FF. MM. 341.

una misión en el campo de combate", las cuales se hallan descritas en forma general en la orden de operaciones en la que se determina la jurisdicción territorial en la que se debe materializar, el objetivo que se persigue, las maniobras a ejecutar, los métodos y las técnicas a emplear, las tropas que intervienen con misiones específicas definidas y los responsables de la conducción, en cada nivel.

Ahora bien, dentro de las operaciones militares de seguridad, están las denominadas operaciones de control militar de área[79], en las que se utilizan entre otros métodos patrullas de control, retenes de control de tránsito –permanentes o sorpresivos– redes de control, control de insumos, control de elementos, control de vías de comunicación, control de puntos críticos, bases de patrullaje, etc.

Establece el Manual EJC-310, que las bases de patrullajes pueden ser móviles, semimóviles y fijas, las primeras se presentan cuando, "*durante el desplazamiento o en cumplimiento de misiones de patrullaje, las unidades se ven precisadas a hacer altos, durante períodos que se extienden por no más de veinticuatro horas*", para continuar posteriormente la acción, y, tiene entre otros propósitos, "*Realizar actividades de carácter táctico-administrativo después de efectuar movimientos prolongados a fin de tomar descansos, preparar alimentos limpiar las armas, mantener el equipo y pernoctar*".

Por el contrario, las bases de patrulla semimóvil, "*se emplean en períodos mayores a veinticuatro horas y en lo posible, menores a un mes dentro de un área general, en la cual, se gira alrededor de un caserío, pueblo o municipio, inspección de Policía, entre otros; …*" y por su parte, las bases de patrullaje fijas, "*son aquellas que se establecen en forma permanente, debido al tiempo de la misión que se cumple como el control de poblaciones intermedias o áreas tradicionalmente afectadas por el orden por desorden público, PDM adelantados que ocupan un campo de combate. Igualmente, por jurisdicción asignada, seguridad de puestos de relevo de comunicaciones, control de áreas críticas como estaciones de bombeo, hidroeléctricas, estaciones y subestaciones eléctricas, etc., que son de importancia dentro de la infraestructura económica del Estado*".

Ahora bien, bajo ese esquema, para el cumplimiento de la misión encomendada y "*cuando por circunstancias relacionadas con el enemigo, tiempo o terreno, se requiera que una patrulla se detenga por un corto periodo…*"[80], la patrulla móvil debe fijar una base temporal, que como lo establece el Reglamento, "*En sí, la base móvil no es más que una porción de terreno, que ofrece ventajas y es ocupada transitoriamente*"[81], y para la base semimóvil, "*Constituyen el lugar desde el cual se puede operar el PDM táctico, (…) no está totalmente a cubierta y por ello es vulnerable*"[82], convergente con el concepto de "*Áreas de reunión (temporales)"*[83], que no son otras que las especificaciones que debe tener el de-

79 Reglamento FF. MM. 3-10 – capítulo III, numeral 3.5.4.

80 Reglamento de operaciones de combate irregular EJC-310, capítulo III, numeral 3.1.9.1.

81 Reglamento de operaciones de combate irregular EJC-310. Base patrulla móvil.

82 Reglamento de operaciones de combate irregular EJC-310. Base patrulla semimóvil.

83 Reglamento de operaciones de combate irregular EJC-310, capítulo III, numeral 3.1.9.1.

nominado campamento, para los propósitos allí previstos, debiéndose precisar que su principal característica es la temporalidad, contrario a lo dispuesto en relación con las bases de patrullaje fija.

Así las cosas, por campamento debe entenderse el espacio físico delimitado, seleccionado por el comandante de la compañía, pelotón, escuadra o patrulla, comprometida en el cumplimiento de la misión militar, para acampar de manera temporal, con el propósito de realizar actividades de carácter táctico-administrativo, tomar descansos, preparar alimentos, hacerle mantenimiento al material de guerra, logístico y demás equipos, descansar y/o pernoctar, de donde deviene que para la fijación de ese espacio físico, se deben tener en cuenta unas condiciones especiales teniendo como fundamento el eje de avance, el lugar donde acampa, la misión que cumpla y demás factores internos y externos determinantes para la seguridad de la tropa.

Por ello, el límite a ese campamento no puede ser fijado por el Estado Mayor, como lo afirma la apelante, en tanto que debe materializarse de acuerdo a las condiciones topográficas, climáticas y de seguridad del lugar donde se va a acampar, siendo entonces el comandante de esa tropa, quien debe precisar y fijar los límites del campamento, sin importar el grado o nivel que ocupe en la cadena de mando, comoquiera que los mismos deben determinarse a partir del dispositivo de seguridad que deba adoptar, así pues, en los niveles que corresponden a la compañía y unidades subalternas (pelotones, escuadras, sección), quien debe fijar los límites es el comandante de esa unidad. **(Rad. 157112, 26 de Septiembre de 2011, M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO CULPOSO

Necesidad del elemento normativo de la relación funcional con el objeto material del delito

Es claro que en el delito de peculado solo puede ser sujeto activo el servidor público que administra, custodia o recauda por razón o con ocasión de sus funciones bienes del Estado, cuando los apropia, los usa indebidamente, les da aplicación oficial diferente o los deja extraviar, perder o dañar, en este último evento que da lugar a incriminación en su modalidad culposa. (…).

De la esculticia procesal se desprende que para día 22 de septiembre de 2008 a eso de las 17:30 horas el policial AG. EML recibió una llamada a su teléfono celular proveniente de la señora que velaba por el cuidado de su hija menor, quien le manifestaba que la niña se encontraba convulsionando, motivo por el cual el policial decide pedirle el favor a uno de sus compañeros, el PT. CEMR para que le llevara su arma de dotación oficial y la entregara en el armerillo de la estación de policía de Sierra Morena, teniendo en cuenta la situación familiar que se le había presentado. (…).

Del contenido de la sentencia se extracta que el encartado MR para la fecha de los hechos era miembro activo de la Policía Nacional, es decir tenía la calidad de servidor público, cumplía funciones de patrulla de vigilancia en el sector Santa Rosita y que recibió el arma de dotación de su compañero E para hacerle el favor de entregarla en el armerillo de la Estación Sierra Morena de ciudad Bolívar.

Deduce entonces e infiere el juzgador en su sentencia, que en virtud a esa situación fáctica que se generó, el arma de fuego entró en tenencia del PT. MR quien de manera voluntaria recibió el artefacto, asumió su cuidado y que estando bajo su dominio y protección, se produjo su extravío o pérdida, circunstancias estas que determinan de manera clara –según su decisión– la adecuación de la conducta al tipo penal de PECULADO CULPOSO, habida cuenta que el procesado perdió el revólver marca Ruger, calibre 38L, No. 15802684, propiedad de la Policía Nacional.

Empero, olvidó el fallador primario que la obligación del servidor público, bien sea la de administrar, custodiar o de tenencia, debe estar señalada en la norma por la cual se rigen sus actividades, y consecuentemente la entrega del bien debe haberse hecho por razón o con ocasión de la función pública. Por esta razón no basta con que el objeto material esté en posesión del servidor, es imperativo que tanto la tenencia, posesión, o disponibilidad jurídica del bien por parte del funcionario se haya generado por un deber atinente a sus funciones, pues esta es una de las características esenciales del peculado, que implica una violación del deber de la función pública. No basta entonces con su pérdida o extravío, se requiere además como requisito sine qua non, una relación jurídica entre este y aquel prevista o derivada de la ley, reglamentos, resolución, manual de funciones u órdenes emanadas de superiores que tengan la facultad y atribución sobre el servidor y el bien.

Como lo ha indicado la doctrina y en particular la honorable Corte Suprema de Justicia[84], esa relación funcional opera no solo por razón de las funciones del servidor público, sino también con ocasión de ellas, pero siempre circunscrita esa relación funcional –de índole jurídica como elemento normativo del tipo– con el objeto material del delito, para lo cual debe existir necesariamente para su estructuración, una norma que atribuya funcionalmente al agente dicha custodia o tenencia, por ende debe ser taxativa y de interpretación restrictiva esa función, no puede ser producto de la costumbre o deducida de la analogía.

Para el evento sub examine no existe duda alguna que el arma que recibió para ese momento el Patrullero CEMR de manos de su compañero Agente EML fue como lo indicaron los dos, a título personal y como un favor en virtud a la situación familiar que se le había presentado a este último, pero demostrado quedó en el expediente que el deber funcional lo tenía exclusivamente el AG. LHEM, el cual no era otro distinto que entregar su arma de dotación, la cual le había sido asignada para su servicio, en la unidad determinada y de forma personal. Así lo

84 Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 11657, 02 de octubre de 1997, y Rad. 19934, 23 de marzo de 2006, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

indica el comprobante individual de asignación de material de guerra obrante en la sumaria y el testimonio del IT. CAPM, encargado del grupo de Policía Comunitaria, quien afirma que con relación al armamento, después de terminar las labores los policiales debían entregar las armas de dotación en el armerillo de la estación de Sierra Morena de manera personal. (…).

Como corolario de lo anterior, sin los elementos normativos antes descritos y analizados, no podemos hablar de una conducta típica, pues en efecto, en el delito de peculado la entrega del objeto material para su administración, tenencia, custodia o la tenencia debe haberse hecho por razón o con ocasión de la función pública, tomando la calidad de la persona, pero más aun, debe provenir de una fuente jurídica como la ley, decreto, reglamento, resolución, manual de funciones, órdenes administrativas como la orden del día o de servicios, actas oficiales de entrega, por ende, no es admisible la tesis que pueda aceptarse la existencia de la relación funcional por una especie de "relación fáctica" de funciones. Delegaciones que en el derecho administrativo no pueden hacerse ni por costumbre, ni por negligencia ni descuido del titular de la función. **(Rad. 157157, 08 de marzo de 2012, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión)**.

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO CULPOSO

Pérdida de armamento en bases móviles. Deber objetivo – Criterio normativo

Resulta importante destacar que al imputar la comisión de un delito culposo, se hace necesario establecer cuál es el deber de cuidado exigible en el caso concreto, es decir, la conducta corriente de deber desarrollar dentro del tráfico social en que se desenvuelve el sujeto activo, para establecer si su actuar fue precavido, responsable, cuidadoso, reflexivo, sensato y diligente, determinación que 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, que para el caso bajo estudio, debe hacerse bajo el primero de los citados.

Bajo el criterio normativo, debe precisarse que conforme a lo dispuesto en la "*DIRECTIVA LOGÍSTICA DE ARMAMENTO 010-06*", emanada del Comando Ejército, mediante la cual fija normas de carácter permanente administrativo y logístico sobre el material de armamento, municiones y repuestos, prevé en el capítulo primero, numeral 16:

"*COMANDANTE DE PELOTÓN*

Revisa diariamente el material de armamento a cargo del Pelotón, comprobando físicamente los elementos, así como su estado informando inmediatamente las deficiencias que detecte.

Responde por el mantenimiento del armamento de su Unidad y toma las medidas para prevenir y evitar el desgaste prematuro del armamento individual y de apoyo.

Verifica en forma constante qué armamento tiene novedades y toma acción para corregirlas.

Controla que el armamento del personal ausente de su Pelotón por diferentes novedades, se encuentre debidamente almacenado.

Formula sugerencias con el ánimo de mejorar el empleo del material". (Resaltado fuera de texto).

Conforme al citado reglamento, le impone a los Comandantes de Pelotones, el control directo sobre el armamento, municiones y demás elementos de guerra asignados al personal bajo su mando, cuando respecto de ellos se presente alguna novedad (permisos, licencias, incapacidad médico-laboral, descansos, vacaciones, etc.,) para que mientras persista esa novedad, el material bélico permanezca en el depósito de armamento.

Concordante con la anterior disposición, el "*REGLAMENTO DE OPERACIONES EN COMBATE IRREGULAR FF. MM. 3 – 10*", establece una serie de medidas de seguridad que deben adoptar los comandantes en la ejecución de las operaciones militares[85], tanto del material de guerra, intendencia, comunicaciones, incluso sobre la misma tropa, sobre el personal de paso, el establecimiento de áreas restringidas, etc., siendo entonces esta norma la que le confiere competencia al comandante para adoptar las medidas de seguridad que se requieran en cada caso concreto, originando así unos deberes y unas obligaciones, las cuales son intransferibles.

En suma, son las normas jurídicas citadas en precedencia las que imponen al Comandante de Pelotón, de un lado, la obligación de controlar que las armas dotadas a sus subalternos sean dejadas en el depósito de armamento, cuando respecto de este personal se presente cualesquier novedad, y de otro lado, se le impone al Comandante de las unidades en áreas de operaciones militares, el deber de adoptar medidas de seguridad tanto del material de guerra, intendencia, comunicaciones, sobre la misma tropa, sobre el personal de paso, para lo cual debe implementar áreas restringidas, etc., cuando tenga la necesidad de acampar en un determinado lugar, todas referidas a los dispositivos de seguridad que debe adoptar el comandante de la tropa, de acuerdo a las condiciones territoriales, climáticas y de desorden público del lugar. **(Rad. 156497, 30 de septiembre de 2011, M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

85 Ver capítulo 3, Combate irregular contrasubversivo, numeral 3.3.8, en el que se impone al comandante la obligación de velar por el material de guerra en su mantenimiento y control como aspecto trascendental sin el cual no se puede cumplir la misión. 3.3.14. Disminuir la vulnerabilidad. 3.5.4. Operaciones de control militar, específicamente en cuanto a control de instalaciones, control de personal y establecer áreas restringidas.

PECULADO CULPOSO

No ha sido descriminalizado por la Ley 1407 de 2010.

"(…) Las anteriores citas lo han sido con el fin de recordar que el miembro de la fuerza pública –y bien claro es– está sometido al catálogo de delitos que contempla la legislación penal, bien sea la común o la especializada, a tal punto que, cuando la primera de ellas se refiere a los delitos contra la Administración Pública en los artículos 397 y siguientes, da cuenta de un sujeto activo calificado, vale decir, al servidor público, razón más que suficiente para no poder atender el pedido del defensor en el sentido de que el Peculado Culposo al no estar contemplado en la Ley 1407 de 2010, haya sido descriminalizado, sino que por el contrario siguiendo lo que había preceptuado la Corte Constitucional, en tratándose de un delito común (no militar ni militarizado), no tendría razón de estar contemplado en la mencionada ley". **(Rad. 156726, 21 de noviembre de 2011, M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO CULPOSO - DECLARATORIA DE DESIERTO DEL RECURSO DE APELACIÓN

Ante una circunstancia objetiva, como la presentación extemporánea del recurso, procede de plano la declaratoria de desierto, sin necesidad de surtir traslado al Ministerio Público.

"Y es que de conformidad con el principio de prevalencia del derecho sustancial previsto en el artículo 229 de la Constitución Política de Colombia de 1991, se consideró por esta Sala, que era innecesario e inútil ordenar el traslado al Ministerio Público y la fijación en lista para que las partes tuvieran la oportunidad de presentar sus alegatos, si de antemano se observaba a simple vista, que los recursos habían sido interpuestos y sustentados en forma extemporánea, razón por la cual no han debido ser ni siquiera concedidos.

Declarados desiertos estos recursos, ha de tenerse que este Tribunal como órgano de segunda instancia, no alcanzó a adquirir competencia y en consecuencia se hacía nugatorio disponer cualquier trámite de ley. Misma ausencia de competencia que impide que esta Sala se pronuncie sobre la nulidad solicitada por el Ministerio Público, pues por las razones anotadas, ha de considerarse además que el escrito presentado no reúne los requerimientos necesarios ni siquiera para tenerlo o valorarlo como un recurso de reposición contra la providencia del 16 de diciembre de 2011, puesto que adolece de la motivación necesaria que sirviera de confrontación a los argumentos con los cuales esta Sala declaró desiertos los citados recursos". **(Rad. 157187, 15 de marzo de 2012, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO CULPOSO - MERA TENENCIA

Disponibilidad material del bien que se le haya confiado al Sujeto Activo por razón o con ocasión de sus funciones

"(...) vamos a la tienda los tres y compramos algo de comer (...) dándome la orden verbal en la cual dice, BERMÚDEZ déjeme el armamento a mi cuidado que yo y el subintendente lo cuidamos (...) en ese instante yo me despojo del armamento y se lo entrego a él.

Como bien lo ha decantado la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia solo se requiere de la mera tenencia del bien –disponibilidad material del bien– que se le haya confiado al sujeto activo "por razón o con ocasión de sus funciones", para que por consiguiente la conducta sea típica, pues "no resulta posible pretender que esa tenencia, por breve que ella fuese, se daba en este caso de manera accidental, sino dentro de un desempeño funcional mediante el cual se ejercitaba de modo compartido ese deber legal –se insiste– de custodia".

(…)

Entonces, el señor ST. RODRIGO ARNULFO SANTOS CARVAJAL al asumir la mera tenencia sobre el material de guerra de su Subalterno –señor PT. ALBEIRO BERMÚDEZ CARRILLO– que ejercía al momento de los hechos, y que el mismo voluntariamente se había confiado por razón de sus funciones, se arrogó la disponibilidad material de dichos elementos porque estaba detentando su posesión, en virtud de lo cual está llamado a responder por su custodia y cuidado, siéndole exigible por tanto el Deber de Cuidado. **(Rad. 150622, 20 de Febrero de 2012, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO POR DEMORA EN ENTREGA DE ARMAS, MUNICIONES Y EXPLOSIVOS

Solo es imputable en la modalidad dolosa – El plazo de 15 días a que alude el tipo penal se entiende hábiles.

"Como ha insistido la defensa con sobrados motivos desde los albores de la investigación, el delito propiamente militar de peculado por demora en entrega de armas, municiones y explosivos, desde el punto de vista subjetivo únicamente es imputable en la modalidad dolosa, es decir, que no admite la culpa ni la preterintención, de manera, que la carencia de dolo en la conducta, desencadena la inexistencia del injusto penal.

El dolo, no es solo conocer sino también querer la ejecución del tipo delictivo. Es decir, que el sujeto agente actúa dolosamente cuando conoce o sabe y entiende o comprende como contraria a la ley la conducta que quiere realizar, y voluntariamente la ejecuta.

Ahora, como el dolo es esencialmente subjetivo, para inferir el propósito que acompañó al sujeto activo al momento de realizar el acto reprochado, es necesario analizar el contexto íntegro dentro del cual se produjo la conducta, esto es, las circunstancias antecedentes, coetáneas y posteriores, la tarea que le correspondía hacer, los medios utilizados, la forma de uso, la responsabilidad con que lo asumió, las condiciones personales, entre otros, son datos objetivos que se constituyen en el sustrato fundamental para escudriñar la finalidad buscada, ya que en la mayoría de los casos no es sencillo deducirla de manera directa. (…).

El artículo 181 de la Ley 522 de 1999, establece un plazo de 15 días, contados a partir del día siguiente a la incautación o decomiso de las armas para entregarlas a la autoridad competente, después de dicho lapso, sin que ello ocurra, a menos que medie causa justificada, se empieza a generar un estado irregular de las cosas, de suerte, que si el oficial R.R. hizo la incautación el 23 de mayo de 2010, al revisar el calendario oficial de ese año, se constata que los 15 días hábiles que tenía para realizar dicho trámite vencieron el 15 de junio, esto es cuando ya no era el comandante de la estación de Policía L.T., puesto que había entregado la misma el 10 de junio de esa anualidad al ST. PC.

(…) la conducta punible se predica tanto del sujeto agente que decomisa las armas, como del que las recibe decomisadas o incautadas, y en este caso, según se desprende de autos, como el TE. RR salió trasladado antes de rebasar el lapso en mención, entregando las armas que había incautado al ST. P.C., el 10 de junio de 2010, luego para este último, desde dicha fecha, empezaron a correr nuevamente los 15 días hábiles para entregarlas a la autoridad correspondiente.

En opinión de la Sala, el plazo de 15 días que fija el aludido tipo penal, como lo entiende la defensa, se cuentan en días hábiles; conclusión a la que se arriba si tenemos presente, que la codificación penal castrense es especial y autónoma, y por ende, la única que describe las hipótesis comportamentales que configuran los delitos típicamente militares, la forma como la conducta debe ser realizada, con sus elementos normativos, descriptivos y subjetivos.

Al examinar la Ley 522 de 1999, y la 1407 de 2010, nuevo Código Penal Militar, se observa, que en diversos delitos propiamente militares el legislador supeditó la tipificación de la conducta al cumplimiento de ciertos plazos fijados en días y horas, verbigracia, la deserción: "(…) se ausente sin permiso por más de cinco (5) días **consecutivos** del lugar donde presta el servicio (…)"; abandono del servicio: "El que abandone los deberes propios del cargo por más de diez (10) días **consecutivos (**…)"; Abandono de comando: "El que sin justa causa no ejerza las funciones propias del comando, jefatura o dirección por más de veinticuatro (24) horas **consecutivas**…"(negrillas fuera del texto). Lo anterior, nos permite inferir que en esa gama de delitos el legislador señaló expresamente los casos en que los términos de días u horas, debían contarse de manera continua e ininterrumpida.

De tal manera, que si en el delito objeto de estudio, que es típicamente militar, el legislador no dijo explícitamente que el término de 15 días era consecutivo, como

sí lo hizo con los atrás mencionados, entendemos que ese no fue su querer, y por lo tanto, han de contarse como hábiles.

Tal interpretación, es concordante con lo señalado en el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, según la cual: "En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y vacantes, a menos de expresarse lo contrario…".

En el evento del artículo 181 de la Ley 522 de 1999, únicamente se habla de días, sin precisar si son ininterrumpidos, motivo por el cual estimamos que al término de 15 días allí contemplado es válidamente aplicable la fórmula consagrada en el citado artículo, amén que este no hace distinción entre normas de carácter procesal o sustancial.

De otra parte, es de precisar que la referida descripción comportamental consagra verbos alternativos nucleares, independientes, y autónomos que pueden realizarse por el sujeto agente no solo cuando decomisa armas, municiones o explosivos, también cuando las incauta, y no las coloca a disposición de la autoridad respectiva en el lapso legal referido, sin que la incautación deba estar supeditada al decomiso para la estructuración material del punible, figuras cuya diferencia se extrae del Decreto 2535 de 1993, y refiere la defensa.

Vistas así las cosas, no podría imputársele al TE. RRWP, la comisión del delito de peculado por demora en entrega de armas, municiones y explosivos, por cuanto dicha conducta punible materialmente no se habría configurado, por la ausencia de un elemento descriptivo estructural del tipo, esto es, que las armas que incautó, no habrían permanecido bajo su responsabilidad por el término de 15 días hábiles contados a partir del día siguiente de la incautación, sin que las entregara a la autoridad correspondiente, presupuesto que expresamente exige la descripción comportamental del artículo 181 de la Ley 522 de 1999, por lo que desde el punto de vista objetivo la conducta devendría atípica". **(Rad. 157381, 23 de julio de 2012, M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO POR EXTENSIÓN

No fue despenalizado en la Ley 1407 de 2010.

"En primer lugar, la Sala estima necesario precisar que el **'Peculado por extensión'** en la modalidad de apropiación desde antaño ha venido siendo expresamente contemplado en la legislación penal militar, como delito contra la **'Administración Pública**', como puede verse en el artículo 189 del derogado Decreto Ley 2550 1988 (…).

(…) la Ley 1407 de 2010, nuevo Código Penal Militar, que fue posterior a la Ley 599 de 2000 (Código Penal), en el artículo 163, conservó tal descripción típica dentro de los delitos contra la Administración Pública (…)

De la anterior normatividad se colige, que no obstante las variadas reformas a que han sido sometidos los mencionados estatutos punitivos castrenses, nunca se eliminó o despenalizó el peculado por apropiación en la modalidad por extensión, convirtiéndose en una descripción típica especial del Código Penal Militar, y que por ende, se trata de una conducta que únicamente puede ser realizada por el sujeto activo cualificado, esto es, quien ostente la condición de miembro de la fuerza pública, porque aunque se trata de un delito común ha sido adaptado al contexto de la función militar o policiva (…).

En este orden de ideas, y como la conducta punible que se le imputó al entonces suboficial del Ejército Nacional SP. OTCA, hoy desvinculado de la institución armada, se contrajo al peculado por apropiación en la modalidad extensiva conforme al Decreto 2550 de 1988, Código Penal Militar vigente para la época de los hechos, y cuya pena aplicable era la establecida en el Código Penal que para esas calendas era el Decreto 100 de 1980, en cumplimiento de la sentencia C-445 de 1998, queda para la Sala claro que ese delito no ha sido despenalizado o eliminado por el nuevo estatuto punitivo castrense, al contrario de la tesis expuesta por el *a quo y* la defensa la cual es avalada por el representante del Ministerio Público ante esta instancia.

Ahora, el hecho de que la Ley 1407 de 2010, nuevo Código Penal Militar, no hubiese incorporado expresamente en su articulado el delito común de peculado por apropiación, que es el punible base para hacer la conexión con su modalidad extensiva, como lo hizo el Decreto 2550 de 1988, ello en manera alguna significa que el punible de peculado por extensión hubiese sido descriminalizado, por cuanto el artículo 163 de la nueva normatividad, es claro en establecer, que *'incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores y los* ***pertinentes del Código Penal sobre la materia****…'* (negrillas y subrayado fuera del texto).

La anterior locución no es más que una clara y forzosa remisión a las normas del Código penal, donde está contemplado el peculado por apropiación (delito base) que echa de menos la defensa, por lo que resultaba innecesaria su inserción en el nuevo código punitivo castrense, fórmula esta que no es nueva porque también fue utilizada por el artículo 185 de la Ley 522 de 1999.

De otra parte, el argumento del *a quo* en el sentido de que los bienes o efectos de los *'casinos, cámaras de oficiales, suboficiales y agentes'* que consideraba el artículo 197 del Decreto 2550 de 1988, ya no son objeto material del ilícito del peculado por extensión que recoge el artículo 163 de la Ley 1407 de 2010, no es de recibo, por cuanto del simple cotejo del contenido normativo de las aludidas preceptivas, salta a la vista de bulto que la hipótesis comportamental allí descrita también recae sobre los bienes pertenecientes a los 'casinos' término que debe ser compaginado con los reglamentos de la fuerza Pública, donde se contemplan sus clases, verbigracia, el Reglamento para Comisiones administrativas de Casinos del Ejército[86], en el artículo 2° clasifica los casinos así: de Oficiales, de suboficiales, de soldados y casinos Mixtos o Múltiples. De manera tal, que si bien es cierto, este último artículo utilizó en forma genérica el vocablo 'casinos' sin

86 Manual EJC. 4-6 Público, 2004.

especificarlos, como lo hacía el referido decreto, ello no debe interpretarse en el sentido de que se excluyeron los casinos de oficiales y suboficiales para efectos de la conducta del ilícito en mención, por lo que resultaba improcedente en esta caso concreto, con fundamento en el principio de favorabilidad acudir a la legislación penal ordinaria". **(Rad. 140630, 12 de marzo de 2012, M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PENA ACCESORIA DE SEPARACIÓN DE LA FUERZA PÚBLICA

Es dable su inaplicación invocando el principio de favorabilidad cuando la Ley 1407 de 2010 no la consagra para determinado tipo penal.

"Conforme a lo anterior, el análisis se circunscribirá a determinar si con la entrada en vigencia del nuevo Código Penal Militar <Ley 1407 de 2010> y en aplicación al principio de favorabilidad es dable entrar a revocar la pena accesoria de separación absoluta de la fuerza pública impuesta al SLP. CBA". (…).

"Sobre el primer punto, debemos advertir que efectivamente las penas accesorias a la de prisión como lo son la separación absoluta de la fuerza pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo de la pena principal, se encuentran contenidas tanto en el artículo 60 de la Ley 522 de 1999 como en el artículo 51 de la Ley 1407 de 2010, distinguiéndose tan solo en esta última cuando exime de su aplicación al procederse en delitos contra el servicio y en los que su pena a imponer no supere los dos años. Satisfaciéndose por tanto a cabalidad la primera exigencia, esto es, que la figura jurídica enfrentada tenga regulación en ambas legislaciones.

Con relación a la segunda condición 'que respecto de aquellas se prediquen similares presupuestos fácticos', se encuentra también cumplida, pues como puede observarse la imposición de las penas accesorias de separación absoluta de la fuerza pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo de la pena principal, está supeditada en una y otra normatividad a la imposición previa de una pena de prisión.

Por último respecto al tercer requisito que demanda la jurisprudencia constitucional para la procedibilidad del principio de favorabilidad y que hace referencia a que con su aplicación no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida, no se observa que al privilegiar a favor del condenado la aplicación del artículo 51 del nuevo Código Penal Militar sobre el artículo 60 de la Ley 522 de 1999 se debilite el sistema procesal, al no impedir en modo alguno la ejecución de la pena restrictiva de la libertad". (…).

"Para el caso de estudio, es dable la aplicación del principio de favorabilidad contenido en el artículo 8 de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que la citada

ley consagra que las penas accesorias de separación absoluta de la fuerza pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo al de la pena principal aplica para condenas de prisión, salvo en delitos contra el servicio y en aquellos en que la pena impuesta no sea superior a dos años de prisión, excepción que se da en este caso, por cuanto la pena impuesta fue menor a dos años; luego, al no poder condenársele a esa pena accesoria ello sin lugar a discusión es más favorable a los intereses del procesado". **(Rad. 156327, 18 de julio de 2011, M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PLURALIDAD DE AUTORES EN EL DELITO CULPOSO

Teorías que implican la intervención delictiva

7.2- De la pluralidad de autores en el delito culposo: El reproche directo que hace la Defensa frente al interlocutorio impugnado lo centra en dos argumentos fácticos exclusivamente, de un lado, que su defendido el IT. PMY no fungía momentos antes y durante el acaecimiento de los hechos como Comandante de la Estación de Policía de Orocué (Casanare) y de otro lado, que no era su prohijado quien conducía el vehículo asignado a aquella Estación de Policía.

En otras palabras, las teorías que explican la intervención delictiva han pasado por los denominados: concepto unitario de autor, concepto extensivo de autor y concepto restrictivo de autor, dentro de esta última, se han desarrollado cuatro premisas así: i) el postulado de la teoría objetivo-formal, ii) el postulado de la teoría objetivo-material, iii) el postulado de la teoría del dominio del hecho, y hoy, se abre camino en la dogmática penal iv) la teoría normativa.

La teoría del dominio del hecho, grosso modo, parte que todo cooperador que se encuentre en situación real por él percibida de: "dejar-correr-detener-o interrumpir por su comportamiento la realización del tipo" se considera que tiene el dominio, y que este puede ser: dominio de la acción (autor inmediato), dominio de la voluntad (autor mediato) y dominio funcional (coautores). Sobre este último, se ha concebido la autoría propia y la coautoría impropia, la primera, es en la cual llegan varios sujetos a la realización de la conducta bajo el entendido que cada uno de ellos realiza un aporte suficiente para producir por sí solo el resultado y la segunda, es decir, la coautoría impropia, es la figura mediante la cual los diversos sujetos que concurren lo hacen bajo una decisión común con división de trabajo y un aporte significativo durante la ejecución del mismo.

Esta última clasificación teórica construye la clasificación de autor a partir del aporte del sujeto en la ejecución del mismo, en términos de la coautoría impropia o si se tratare de la coautoría propia la realización directa del resultado típico, este parece ser el planteamiento de la defensa en su recurso de alzada cuando evoca que su defendido no iba manejando el vehículo y que por tal razón es ajeno al resul-

tado dañoso y culposo que sufriera la camioneta oficial 36-036 de placas DYY 005 adscrita a la Estación de Policía de Orocué (Casanare).

Planteamiento que no es acorde con la teoría dogmática del delito imprudente, pues la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que es irrelevante discriminar la coautoría propia de la impropia en cuanto a delitos imprudentes se refiere, o mejor, cuando el resultado típico es la consecuencia de la concurrencia de varias conductas imprudentes, dado que en el delito imprudente todas las personas que concurren con la infracción de deber responden a título de autor.

De otro lado, tampoco se acepta el planteamiento del Memorialista, quien refiere que su defendido no conducía el vehículo, bajo el marco doctrinario que en la teoría de la imputación objetiva la figura de la coautoría en los delitos de infracción de deber tienen una estructura distinta al concepto general de autor y es así que allí se reputa como autor quien infringe el deber y partícipe, quien infringe pero no está vinculado con ese deber, es decir, que la estructura de la autoría y coautoría bajo la teoría del dominio del hecho es distinta a la teoría normativa que explica la intervención delictiva. Y recuérdese que bajo la moderna dogmática penal es la teoría de la imputación objetiva la que responde la pregunta de cuál conducta fue la que produjo el resultado, que para el caso de los delitos imprudentes son aquellas conductas infractoras del deber y cuando convergen varias de ellas, todas pueden ser llamadas a responder como autores. (**Rad. 157242, 28 de junio de 2012, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PRINCIPIO DE JERARQUÍA

Alcance como causal de impedimento

El principio de Jerarquía, obedece a su vez al principio de autonomía consagrado en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia[87], y por supuesto vinculado también con el principio de imparcialidad también previsto en la mencionada Ley 1407 de 2010.

En este sentido es que el también principio de "independencia y autonomía del juzgador", reclama el no ejercicio coetáneo de las funciones de Comando, con las de investigación, acusación y juzgamiento, pues, lo que ha querido el legislador es que la característica sustancial de la Fuerza Pública y en general, de las jerarquías militar y policial, estén ausentes de la administración de justicia, que de acuerdo a la Ley 270 citada, es una función pública que debe cumplirse haciendo efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional[88].

El principio de jerarquía recuérdese, no es nuevo en la Ley penal militar, pues, su reglamentación más próxima lo fue en el artículo 215 de la Ley 522 de 1999 que

87 Artículo 5º, Ley 270 de 1996.

88 Artículo 10, Ley 270 de 1996.

rezaba "Jerarquía. Ningún miembro de la Fuerza Pública podrá juzgar a un superior en grado o antigüedad"; y antes, en el Decreto Ley 2550 de 1988, artículo 292, que prescribía: "Jerarquía. Ningún militar o miembro de la Policía podrá juzgar a un superior o a otro más antiguo"; e inclusive desde antes, en vigencia del Decreto 0250 de 1958, época en la que se consagraba vínculo directo entre el ejercicio del Comando y la administración de justicia, en virtud a la calidad de Juez de primera instancia de algunas categorías de Comandantes, en el artículo 2º se expresaba también que "En ningún caso un militar inferior podrá juzgar a su superior, ni a otro más antiguo". **(Rad. 143113, 19 de mayo de 2011, M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PRINCIPIO DE LESIVIDAD

Antijuridicidad material en los delitos militares

(…) Empero, en segundo lugar y además de lo anterior, debe la Sala adentrarse en los planteamientos que hace la defensa y el Ministerio Público ante la segunda instancia en lo que tiene que ver con el principio de lesividad y de la antijuridicidad material en materia penal.

Para el legislador y esta Corporación, ha sido claro que la disciplina es el soporte y eje de instituciones legítimamente constituidas como son nuestras Fuerzas Militares y la Policía Nacional, por esta poderosa razón y en virtud a la especialísima tarea de la Fuerza Pública, ha tenido a bien considerarla como bien jurídico tutelado en la ley penal militar, pues sin ella no podrían garantizar la misión constitucional.

Sin embargo, es necesario analizar para cada caso en particular y situación, las circunstancias que rodearon los hechos materia de investigación y la conducta asumida por el procesado como en el caso sub examine, donde se le señala de haber arrojado, al parecer, un fresco sobre el rostro de un superior el día 22 de mayo del presente año y de constituirse dicha conducta en una vía de hecho, por ende estar incurso en un reato penal militar de Ataque al Superior.

En época pretérita esta misma Sala, con ponencia de quien hoy funge en la misma calidad, señaló que de acuerdo con las tendencias minimalistas que inspiran la criminología moderna, el derecho penal debe asumir una función subsidiaria, accesoria y extrema frente a otras ramas del derecho, pues siempre debe operar como última ratio, de manera fragmentaria, vale decir, cuando se trata de reprimir conductas de especial gravedad y trascendencia en la comunidad militar y en la proporción adecuada y no comportamientos de poca entidad tal como acontece en el sub litem, cuando de manera por demás apresurada se puso en marcha el aparato judicial, debiendo acudirse a otros estadios como el disciplinario, evitando así un desgaste innecesario del sistema penal[89].

89 Tribunal Superior Militar, Rad. 155890, 25 de noviembre de 2009, M.P. CN. (r) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión.

Esta consideración no se realiza de manera por demás descontextualizada de la estructura dogmática del delito. Por el contrario, obedece a una sistemática de la estructura del delito. En este sentido se debe tener presente frente al tema tratado, que no basta la sola contrariedad formal de la conducta con la norma penal para predicar la antijuridicidad de la misma, es necesario establecer la lesión o peligro potencial injustificado que tutela la ley; lo que se particulariza como bien se ha dicho, en el desvalor de acto, es decir, en la afectación real o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado.

Bajo esta concepción, lo resaltable es la efectiva verificación de un daño o peligro a los intereses vitales de la colectividad o del individuo, protegidos por las normas jurídicas.

El Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010 al igual que lo hace el Código Penal Ordinario, Ley 599 de 2000, en su artículo 17 indica que para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal. (Resaltado de la Sala).

La norma en cita, como bien lo resaltó la Corte Suprema de Justicia[90] en sentencia del 18 de febrero de 2003, recogió uno de los elementos esenciales del delito: "el principio de lesividad", que si bien se ha considerado que opera en la fase estática de la previsión legislativa, refulge también en la dinámica de la valoración judicial de la conducta que en últimas resulta aprehendida por la antijuridicidad material que queda fortalecida con la introducción de la expresión "efectivamente" en cuanto a la afectación del bien jurídico, con lo que se quiere significar que es necesario relacionar la conducta con la ofensa real o potencial al bien jurídico.

Por esta razón se puede inferir que los tipos penales exigen afectaciones a bienes jurídicos, si la afectación es muy ínfima, se quiebra la proporcionalidad. En el mismo sentido ha de entenderse que el bien jurídico es un concepto al que hay que aludir para hacer efectivo el principio de lesividad –como bien lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia– pero dicho principio impone que no haya tipicidad sin lesión u ofensa a un bien jurídico que puede consistir como ya se manifestó, en una lesión en sentido estricto o en un peligro, razón por la cual no toda afectación mínima al bien jurídico es capaz de configurar la afectación requerida para la tipicidad penal.

Este aspecto de la afectación del bien jurídico no solo corresponde determinarlo al legislador, sino también le corresponde valorarlo al juez con fundamento en la aplicación de principios ineludibles para el Estado Social de Derecho como son la lesividad, prohibición de exceso, necesidad, mínima intervención y naturaleza fragmentaria del derecho penal.

La prueba testimonial hasta ahora recaudada en el proceso materia de decisión, refleja que no se da la dimensión de una efectiva lesión al bien jurídico tutelado de la disciplina, incluso observemos cómo el denunciante toma una actitud

90 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 16262, 18 de febrero de 2003.

por demás reposada de acuerdo a lo referido por el Soldado Regular PPE (visible a folio 52 C.C.), quien textualmente dice "… mi soldado C nos dijo que le regalaran un poquito de fresco y después que el otro ranchero le sirvió el fresco se le acercó a mi primero y le dijo que ya no quería más nada de comida y le tiró el fresco en la cara a mi primero G, mi primero no le dijo nada sino sonreírse y el soldado se fue del lugar y mi primero se secó la cara…"; de ello se puede concluir que incluso para el Suboficial GM el comportamiento de CM fue una reacción impulsiva, producto de la situación que había precedido cuando pasaban a tomar los alimentos y que en últimas fue lo que condujo a esta reacción instintiva del sindicado. **(Rad. 157121, 27 de septiembre de 2011, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PRISIÓN DOMICILIARIA

Su no aplicación en la jurisdicción castrense no vulnera la Constitución, ni tampoco los instrumentos internacionales.

"Corolario de lo antes expuesto, se quiere significar por el Juez Colegiado, como ya se dejó sentado en pasajes anteriores, que la figura de la detención domiciliaria, es ajena a la jurisdicción especial, no es válido traerla a nuestro ordenamiento jurídico por remisión, por cuanto no hay un vacío sobre este instituto y como se dijo por la Corte en la cita de arriba, la inclusión de la detención domiciliaria es un asunto que corresponde únicamente al legislador, concluyéndose que no fue su deseo incorporar al procedimiento especial esa figura jurídica, o si no por qué no se incluyó por el parlamentario dada su potestad, en la Ley 1407 de 2010, precisamente en virtud de esa singularidad que caracteriza el procedimiento castrense.

Especialidad, que se ve reflejada no solo por el hecho de conceder a los miembros de la Fuerza Pública que se encuentren inmersos en delitos relacionados con el servicio, ciertos beneficios, como ser juzgados por cortes marciales y tribunal militar[91] y en los casos de restricción de la libertad cumplirla en centros especiales, pero así mismo, limita subrogados penales, verbi gratia, como la condena de ejecución condicional de la sentencia, libertad provisional y la detención domiciliaria, sin que sea válido señalar que ese trato distinto entre los integrantes de la Fuerza Pública a quienes se les aplica la disposición castrense y los civiles cuyo ámbito de aplicación es el ordenamiento ordinario, dígase Ley 600 de 2000, o 906 de 2004, atenta contra el derecho de igualdad como lo señala el defensor, ni viable afirmar que es incompatible con la Constitución, o con instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el Pacto de Derechos Civiles y Políticos". (**Rad. 157016, 21 de junio de 2011, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

91 Constitución Política, artículo 221.

PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD

Tutela el bien jurídico de la libertad individual y otras garantías, injusto de lesión, de conducta permanente y pluriofensivo.

Según lo establecido en la parte emotiva se llega a la conclusión que de lo decantado en precedencia, aflora que la captura del señor CAVC no fue bajo el amparo de Flagrancia, por las propias pruebas que refulgen del plenario apreciadas en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, de las que se infiere razonadamente que en el acontecer fáctico que ocupa la atención de esta Sala de Decisión no se está frente a ninguna de las hipótesis que pueden constituir Flagrancia.

Concluyendo, que la captura realizada por el procesado no fue concomitante al sorprendimiento del presunto infractor de la Ley Penal en el preciso instante de cometer el ilícito, esto es, cuando se dice infligían golpes y patadas a la puerta de una vivienda; pues cuando la Patrulla Policial arribó a aquel sitio donde se había solicitado la presencia de la Autoridad Policial los jóvenes implicados ya no se encontraban en dicho lugar. Pese a lo anterior se procedió a la aprehensión de uno de ellos por la facultad contenida en el artículo 207 del Código Nacional de Policía, en tanto que el otro aprendió la huida, sin lograr ser aprehendido, al ser señalado como los autores de dichos acontecimientos.

Así mismo, además que se actuó con ausencia absoluta de una solución de continuidad de tal procedimiento, se desconoció que una vez sucedida la captura, el joven CAVC debía ser colocado inmediatamente a disposición de la Autoridad competente, conforme lo regla el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal –Ley 600 de 2000–, entendido este como el indispensable para la movilización de las personas o de las cosas; parámetro que en este acontecer fáctico se desconoció, máxime si se tiene en cuenta que Florencia es una ciudad pequeña, cuyas cortas distancias entre las instituciones hubiesen facilitado esta tarea. (…).

Resulta improcedente demandar la existencia de Flagrancia que por ningún lado aflora en aquel acontecer fáctico, máxime cuando el enjuiciado tampoco dispuso lo necesario para colocar a primera hora ante la autoridad competente al presunto infractor de la Ley penal, sino que dejó transcurrir un tiempo notoriamente significante hasta las 17:30 horas del día 02 de Enero de 2006, cuando lo deja a disposición de la Fiscalía Local de la ciudad de Florencia (Departamento de Caquetá) que después de escucharlo en indagatoria es dejado en Libertad (…). **(Rad. 156359, 29 de julio de 2011, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PROCEDIMIENTO ESPECIAL LEY 1058 DE 2006

El Juez de Conocimiento debe realizar el control de legalidad antes de abrir a juicio.

Ahora bien, debe recordarse que es la propia carta Política que determina que la administración de justicia es una función pública y en las actuaciones de los

Jueces, "*… prevalecerá el derecho sustancial*"[92], por ello, conforme a las normas rectoras del procedimiento penal militar, "*… el funcionario judicial deberá tener en cuenta que la finalidad esencial del procedimiento es la efectividad del derecho sustancial y de las garantías debidas a quienes en él intervienen*"[93].

Por ello, el Juez de Conocimiento en ejercicio del control constitucional del proceso penal, antes de decretar la iniciación del juicio, deberá realizar el control de legalidad de la actuación procesal sometida a su conocimiento, en tanto que las decisiones judiciales deben adoptarse dentro del marco de la legalidad, de los derechos fundamentales y de las garantías procesales, por ello, en ejercicio de ese control de legalidad de la actuación procesal, actúa como Juez Constitucional, y, cuando advierte graves irregularidades que afecten el debido proceso o el derecho de defensa, o, cuando advierta un error ostensible en relación con la imputación fáctica o jurídica, debe corregir de forma oficiosa ese yerro, conforme a lo dispuesto en el artículo 389 del Código Penal Militar.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia de manera pacífica ha manifestado:

*"El ejercicio de la imputación reclama la **EXACTITUD** que exigen las categorías dogmáticas de la conducta punible: tipicidad inequívoca, antijuridicidad y **culpabilidad** (Arts. 9, 10, 11, 12, 21, 22, 23, 24 de la Ley 599 de 2000) a la hora de formular la acusación.*

*Cuando en la imputación (ya fáctica, ya jurídica) se advierten graves errores que la apartan del referente óntico, el juez, en ejercicio del control constitucional del proceso penal deberá declarar la nulidad de la actuación en procura de acertar en la calificación **jurídica** que la conducta reclama, en la medida que las decisiones judiciales deben adoptarse dentro del marco de la legalidad, de los derechos fundamentales y de las garantías procesales.* (…).

*Cuando el juez (individual, colectivo o extraordinario) anula la sentencia porque encuentra un error en la calificación jurídica, lo hace en virtud de su oficio como juez constitucional, por el simple hecho de que el funcionario judicial **siempre** tiene como referentes ineludibles el cumplimiento de la Constitución y de la ley*[94].

La declaración de nulidad obliga a rehacer la actuación –castiga el proceso–, pero de ninguna manera ata el sentido de la nueva sentencia, ni las posibilidades defensivas que surjan a partir de la reconstrucción del rito. No impide a la parte defensiva ejercer el derecho de contradicción a plenitud en el proceso reconstruido (vg. probar alguna causal de ausencia de responsabilidad penal, someterse a la terminación abreviada del proceso por sentencia anticipada, preacordar los términos de la imputación, allanarse, etc.).

Lo que persigue la declaración de nulidad es exclusivamente "garantizar a plenitud el derecho al debido proceso"[95] *sin perder de vista que el juez del conocimiento (juzgado*

92 Artículo 228 Constitución Política.

93 Artículo 203 Ley 522 de 1999.

94 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 26128, 11 de abril de 2007.

95 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 25743, 26 de octubre de 2006.

– tribunal – Corte Suprema) funge como sede de control constitucional y legal, bien que se tramite por el sistema ordinario o por el sistema de imputación consensuada[96].

En suma, al juez como director de la etapa de juzgamiento le corresponde velar porque la acusación haya sido correctamente formulada, sin que ello comprometa su imparcialidad, y esa función no es ajena a los juzgadores colectivos (tribunales y Corte).

La Corte reitera su pensamiento pacífico en el sentido de que, cuando la imputación difiere del supuesto fáctico real no puede ser tenida como fundamento correcto de la sentencia… sencillamente porque no se hace justicia material cuando el fallo no tiene un referente fáctico correcto; al encontrar una resolución de acusación acertada en lo fáctico (imputación fáctica) pero abiertamente desfasada en lo jurídico (imputación jurídica), la nulidad se impone como remedio"[97, 98].

Es evidente entonces, que la obligación del Juez de Conocimiento de realizar un control de constitucionalidad y legalidad al proceso antes de iniciar la etapa de juicio, es constitucional, intervención que tiene como único fin garantizar el debido proceso y es precisamente en cumplimiento de ese deber constitucional que al Juez de la causa le corresponde velar porque la acusación haya sido bien formulada, sin importar que sea dentro de una investigación seguida por el procedimiento ordinario (Corte Marcial) o por procedimiento especial (Ley 1058 de 2006), por lo cual, si del examen que debe realizar al proceso, encuentra que la resolución de acusación está ajustada en lo fáctico (imputación fáctica), pero abiertamente desfasada en lo jurídico (imputación jurídica), o viceversa, debe decretar la nulidad conforme a las previsiones del artículo 389 del Código Penal Militar, como acertadamente lo arguye el apelante. **(Rad. 156925, 22 de agosto de 2011, MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PRUEBAS PEDIDAS EN LA INSTRUCCIÓN

Carga procesal de los intervinientes que las solicitan

"Es bien claro que durante la etapa de instrucción debe existir por parte de los interesados la iniciativa suficiente para pedir pruebas, como en el presente caso que la representante del Ministerio Público solicitó los testimonios, pero debe demostrarle al funcionario por qué considera que son pertinentes y conducentes, y no en forma general como lo hizo la apelante, sino de manera detallada e individual de cada testimonio o ampliación del mismo, para que el operador judicial entienda claramente qué se busca con la práctica de esas probanzas y las ordene. (...).

El sujeto procesal debe fundamentar con precisión y claridad, i) las pruebas que pretende sean ordenadas y practicadas; ii) la demostración de su pertinencia y conducencia; y iii) su utilidad. En el memorial que se transcribió en el párrafo

96 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 27759, 12 de septiembre de 2007.

97 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 23883, 28 de noviembre de 2007; en el mismo sentido, Rad. 21494, 23 de agosto de 2006; Rad. núm. 27759, 12 de septiembre de 2007.

98 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 23521, 05 de noviembre de 2008, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

anterior solo está claro el primero de los elementos, y eso es lo que el a quo señaló en la providencia, y por ello dispuso que por la secretaría se le requiriera a la Representante Social que: "...informe por escrito, cuáles son los hechos que se pretenden esclarecer con las mencionadas diligencias de versión jurada en aras de acreditar la conducencia y pertinencia en la práctica y aporte de las mismas al esclarecimiento de los hechos materia de la presente instrucción"[99].

Las pruebas que se soliciten deben tener consonancia con el tema de prueba (se entiende por tema de prueba lo que debe probarse en cada proceso según su específica naturaleza)[100], y deben guardar pertinencia, ser apropiadas, igualmente demostrar su utilidad para que el juez de instrucción no las rechace por inconducentes, impertinentes o superfluas. **(Rad. 156952, 28 de junio de 2012, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión)**.

♦ ♦ ♦ ♦

PRUEBAS PEDIDAS EN LA INSTRUCCIÓN

Marco de referencia: pertinencia, conducencia y utilidad

"Pues bien, antes de resolver lo pertinente a este punto, necesario se hace rememorar las directrices que la Honorable Corte Suprema de Justicia ha irradiado en torno a lo que es la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas pedidas y decretadas en la etapa instructiva, así:

"(…) el referente en una y otra fase procesal para determinar la pertinencia y conducencia de las pruebas, es diferente. En la instrucción, que es una etapa de descubrimiento, se aventuran hipótesis explicativas de los hechos, se exploran pistas, se indaga sobre la existencia de evidencias que puedan contribuir a la constatación o desvirtuación de esas hipótesis investigativas y obviamente a dilucidar lo sucedido, a determinar si se infringió la ley penal, quién lo hizo, por cuáles motivos y en qué circunstancias. El marco de referencia para disponer pruebas en la investigación, entonces, es bastante amplio. Si se está en pos de reconstruir en detalle un hecho del pasado, muchos medios de prueba pueden parecer idóneos para el logro de esa finalidad (así sea para descartar una línea de investigación) y es razón suficiente para decretarlos"[101].

Es indiscutible que en la investigación el marco de referencia que determina la pertinencia y conducencia de un medio de prueba es bastante amplio, en la medida en que en esta etapa se exploran distintas hipótesis alrededor de la ocurrencia del hecho y la responsabilidad o no del encartado. (**Rad. 156751, 28 de junio de 2012, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión**).

♦ ♦ ♦ ♦

99 Folio 29 CC 2.

100 Jorge Arenas Salazar, *Pruebas penales*, primera edición, "Doctrina y ley", pág. 608.

101 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 10863, 29 de agosto de 2002, M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

REBAJA DE PENA POR ACEPTACIÓN DE CARGOS

La rebaja de la Ley 1407 de 2010 es aplicable en la Ley 522 de 1999.

"Así las cosas, y en el entendido del expedito procedimiento especial, si el acuerdo con la Fiscalía sobre la aceptación de los cargos, que se verifica y que finalmente se materializa en la Audiencia de Corte Marcial, se produce dentro de las previsiones inmediatamente después de que la actuación fue recibida por el Juez de Instancia y ante la imposibilidad de considerarse en este procedimiento especial, la subetapa de la audiencia de acusación en los términos contemplados en el nuevo sistema procesal penal, ello explica que la rebaja a otorgarse al procesado sea de hasta la mitad de la pena imponible, en lugar de la rebaja de la sexta parte, precisamente en virtud al principio de favorabilidad, insistiéndose ahora que la diminuente de la tercera parte de la pena solo debe entenderse cuando el acuerdo o la aceptación de los cargos se hace estrictamente al inicio de la audiencia de Corte Marcial.

De la misma forma, si la disminución procedente es hasta de la mitad de la pena, ello tiene una limitación en cuanto a que el mínimo de rebaja debe ser hasta de una tercera parte de la pena que, es la disminuyente para la última oportunidad procesal". (**Rad. 157228, 11 de abril de 2012, M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

RECONOCIMIENTO EN ÁLBUM FOTOGRÁFICO EN ETAPA PRELIMINAR

No requiere presencia de defensor cuando no se conoce el indiciado.

"Bajo tal perspectiva, y recordando que la prueba se dispuso en la etapa preliminar, con miras a lograr la identificación e individualización del autor del ilícito, resultaba entonces incomprensible la designación de un defensor, de quien no se conocía siquiera su identidad, por lo que la diligencia debe asumirse como la constatación de identidad y no como un reconocimiento propiamente dicho en álbum fotográfico.

Sobre este punto, hay que rememorar lo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado: 'Cuando no se tiene imputado conocido, y de lo que se trata es de establecer su identidad con la ayuda de registros fotográficos, no es necesario el cumplimiento de las referidas exigencias (presencia del defensor y del Ministerio Público, se aclara), por no estarse frente a un reconocimiento propiamente dicho (de un imputado), sino frente a un simple acto de constatación de su identidad, y porque la intervención del defensor solo tiene sentido en la medida que exista una persona debidamente determinada, a quien representar o asistir en el curso de la diligencia. La designación de defensores 'en abstracto', ha sido dicho por la Corte, no tiene cabida en el procedimiento penal'[102].

102 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 7 de septiembre de 2006, Rad. 24578, M.P. Augusto José Ibáñez Guzmán.

De lo anterior se sigue que la prueba que la defensa reputa como ilegal, es por el contrario, una prueba lícita en la medida en que para su decreto, práctica y aducción, se observaron las formalidades legales que consagra el artículo 394 de la obra mencionada". **(Rad. 156866, 27 de febrero de 2012, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

RECURSO DE HECHO

Presupuestos

Los presupuestos para la procedencia del recurso de hecho están contenidos en los artículos 364 y 365 del Código Penal Militar, de donde deviene que primeramente debe recurrirse en reposición el auto que denegó la concesión del recurso de apelación 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 (3) días siguientes a la fecha del auto que haya autorizado las copias y hayan sido entregadas por el a quo, al apelante.

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 su denegación, por ello, la ley prevé que al presentar el recurso de hecho ante el superior, se allegue copia del escrito de apelación el cual debe tener la nota marginal o el sello de recibido, en la que se consigne la fecha de tal actuación, 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 del recurso de alzada.

Por ello, el recurso de hecho solo deberá contener los fundamentos de hecho y derecho en los que la parte que se considere perjudicada con la denegación de la concesión del recurso, funda su pretensión, la cual solo debe estar circunscrita al trámite del recurso de apelación de la primera Instancia, ante la segunda, no a la resolución del fondo de la apelación.

La Admisión del recurso de hecho, tiene como presupuestos: a) que la apelación denegada sea procedente, vale decir, que contra el auto que se interpuso el recurso de alzada, sea susceptible de apelación; b) que el recurso de apelación haya sido presentado y sustentado dentro de los términos establecidos en la ley proce-

sal; y, c) que la reposición incoada contra el auto que denegó la apelación, haya sido presentada dentro de los términos fijados en la ley y en la forma allí prevista. **(Rad. 157109, 26 de septiembre de 2011, M.P. MY (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

RECURSO DE REPOSICIÓN

Excepciones al principio de inimpugnabilidad del auto que resuelve la reposición

"(…) en principio, contra el auto que resuelve el recurso de reposición, no hay lugar a la interposición de otros recursos, a no ser que la nueva providencia contenga otros puntos no decididos en la primera, o, que surja un interés jurídico en alguno de los demás sujetos procesales, como consecuencia de la segunda decisión.

En relación con la primera hipótesis, esto es, que la nueva providencia contenga aspectos no resueltos en la inicial, hay que tener en cuenta que 'el punto nuevo ha de referirse a determinaciones en la parte resolutiva no contenidas en la providencia anterior. Las argumentaciones adicionales que se aduzcan en la parte motiva para explicar la decisión no pueden entenderse como punto nuevo susceptible de los recursos ordinarios'[103].

La segunda excepción '…se predica de los sujetos procesales que no hicieron uso de los recursos ordinarios contra la decisión adoptada. Puede acontecer que el interés jurídico sólo surja cuando se resuelva la reposición interpuesta por las otras partes'[104].

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia, también ha dicho:

'Entendido que las providencias judiciales contienen como partes escindibles una motivación y la decisión o parte resolutiva, resulta indudable que el precepto transcrito, en relación con los proveídos que resuelven la reposición, excepcionalmente admite otros recursos respecto de los puntos nuevos, allí mismo definidos como los que 'no hayan sido decididos en la anterior'.

Por ello, la doctrina procesal, tanto en lo penal como en otras áreas del ordenamiento jurídico, siempre ha declarado pacíficamente que **la novedad de los puntos resulta de la contrastación de la parte resolutiva de las decisiones judiciales**, no de las motivaciones. (Negrilla y resaltado nuestro).

Y aunque el argumento pudiera parecer meramente literal, lo cierto es que un principio, una regla general o una razón que sirve de fundamento a la decisión, solo pueden vincular a las partes si han sido reflejados en la parte resolutiva (ratio decidendi), pues, otros argumentos expuestos en la motivación, de manera circuns-

103 BERNAL CUÉLLAR, Jaime, *El proceso penal*, 4ª edición. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 304.

104 Ibíd.

tancial, para mejor proveer o en sentido pedagógico (obiter dicta), no podrían tener igual carácter inexorable para los sujetos procesales.

Si lo nuevo pudiera apreciarse a partir de las motivaciones, el proceso sería indefinido, porque cualquier razón adicional del funcionario judicial en apoyo o refuerzo a lo decidido antes, si no se comparte por el sujeto procesal, daría lugar a cadenas interminables de recursos.

Por lo demás, de manera coherente con la idea básica de que lo nuevo solo puede entenderse en relación con la parte decisoria de la providencia judicial, el legislador ha previsto la adición de autos y sentencias siempre que se produzca una 'omisión sustancial en la parte resolutiva' (C. P. P., art. 211 y C. P. C., art. 311)'[105].

Como se aprecia, tanto la Jurisprudencia Nacional, como la doctrina interna, nos enseñan que solo, si se trata de puntos nuevos, no decididos en el auto que resuelve el recurso de reposición, habrá lugar a la interposición, contra esta, de los recursos ordinarios; aquí el legislador no se refirió a omisiones del funcionario judicial, sino a los aspectos nuevos de trascendencia jurídica". (**Rad. 156871, 25 de agosto de 2011, M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión**).

♦ ♦ ♦ ♦

REVOCATORIA DE LAS PROVIDENCIAS

Su figura no puede utilizarse para impugnar las decisiones que se encuentran formalmente ejecutoriadas.

"El recurrente ha querido regresar a estudio la providencia que resolvió la situación jurídica del procesado PT. CAR, aduciendo una causal de nulidad y por ello la revocatoria del proveído, sin embargo es necesario aclararle que esta última no puede servir para subsanar las omisiones de las partes en el proceso, esto, por cuanto la petición de revocatoria no es un medio de impugnación de las decisiones judiciales, porque para ello se consagró el mecanismo de los recursos (reposición y apelación), con base en los cuales el sujeto procesal opone su personal criterio sobre la valoración de las pruebas y la interpretación de las normas, al expuesto por el funcionario en su providencia.

Lo anterior quiere decir, que si el sujeto procesal no interpone a tiempo los recursos de reposición o apelación, no puede utilizar la revocatoria para lograr la impugnación de decisiones que formalmente quedaron ejecutoriadas, tal como así también se lo hizo saber el instructor[106] en providencia que resuelve la solicitud de la declaratoria de nulidad, pues al no interponer los recursos de Ley en su oportunidad en contra de dicho auto, quedó demostrada su conformidad con la decisión adoptada.

105 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 15825, 08 de agosto de 2000, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

106 Fl. 24O C.O. interlocutorio del 2 de marzo de 2011 mediante el cual el Juzgado 171 de Instrucción Penal Militar negó la petición de nulidad elevada por el Procurador 283 Judicial Penal I.

La única excepción al principio planteado, es cuando se ha incurrido en errores ostensibles y manifiestos o en el evento de prueba sobreviniente, que no es el caso de este proceso, pues en la primera situación, revisada la providencia[107] encuentra esta Sala que la misma ha presentado coherente reconstrucción histórica de los hechos, que se ha precisado el alcance y la credibilidad que merecen las pruebas recaudadas en la actuación, y las consecuencias jurídicas derivadas de las mismas, todo lo cual quedó en la decisión reprochada[108], resultando suficiente al tenor del artículo 523 de la Ley 522 de 1999". **(Rad. 156976, 20 de septiembre de 2011, M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

SERVICIO MILITAR

La condición de indígena como elemento objetivo del tipo

"No puede olvidar la Defensa que, en situaciones como la que hoy ocupa la atención del Tribunal, se debe ponderar los derechos colectivos de la etnia y no la persona individualmente considerada, los derechos de las comunidades indígenas se miran conjuntamente. Por ende la condición de nativo que conserve integridad cultural, social y económica no es algo que debe valorarse aisladamente, sino en el contexto específico de cada cultura y caso en particular. (…).

Pretende la defensa sustentar su argumento de atipicidad objetiva fundado en la precaria calidad del sujeto activo, bajo el entendido que, en su sentir, es un indígena que no estaba obligado al servicio militar. Sus interesantes demostraciones carecen de fundamento frente a la prueba militante que, en forma por demás clara, precisa que el procesado no era un nativo que viviera o mantuviera su núcleo social, o que en él se identificara una diversidad sociocultural que le llevase a tener una cosmovisión diferente, tampoco se probó que con la incorporación a las filas castrenses se le estaba desarraigando o rompiendo el citado patrón sociocultural. A contrario, lo obrante deja entrever que se trataba de un hombre que, si bien tenía ancestros indígenas, voluntariamente se encontraba desde tiempo atrás mitigado de tal entorno y realizaba su vida en el marco propio de evolución, compulsión y desarrollo de centros urbanos o ciudades como Medellín.

Cierto es que frente a la verificación de la condición de indígena y la obligación del servicio militar se ha de efectuar un test de ponderación, lo que llevaría a que lo primero sea lo que ha de prevalecer, pero como se ha anotado el acervo probatorio no permite concluir que estamos frente a un nativo, como acertadamente lo destacaron la Fiscalía Militar, el Juez de Conocimiento y la Procuraduría. Tal y como se viene analizando la pregunta que surge es: ¿El infante A.D. hacía parte de una cultura que conserva, ejerce, le identifica y permanece en medio cultural propio y definido, ajeno al de la vida común de ciudades o pueblos, y que por efectos del

107 Fl. 78 C.O. providencia del 23 de agosto de 2011 del Juzgado 171 de Instrucción Penal Militar mediante la cual se le resolvió la situación jurídica al Patrullero Cárdenas Alfonso Richard Noé.

108 Fls. 77 al 90 C.O. providencia del 23 de agosto de 2011 del Juzgado 171 de Instrucción Penal Militar mediante la cual se le resolvió la situación jurídica al Patrullero Cárdenas Alfonso Richard Noé.

servicio militar fue desarraigado y debe ser reintegrado? ¿Formaba parte de un medio sociocultural que posee autoridades reconocidas con las cuales se pudiera coordinar el reintegro?

Si se tiene entendido, como en efecto lo es, que únicamente los indígenas que hagan parte de grupo cultural, posea medio cultural definido y propio y tengan autoridades, como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencia C-370 de 2002, son aquellos que frente a la Ley 48/93 quedan exentos del servicio militar; se ha de afirmar que en el caso en estudio la discusión no se funda en la existencia y reconocimiento de la comunidad Chibcariwak, ello no está en tela de juicio, sino que el reparo versa en la dependencia efímera e infundada de A. a dicho grupo aborigen.

Tal y como lo señala el Juzgado de Conocimiento, de forma por demás acertada, las citas de la jurisprudencia utilizadas para soportar un argumento no deben hacerse de manera parcial, descontextualizada, o conveniente, como lo indica la Defensa. Por ello, con desapasionamiento y objetividad se ha de evocar la T-113 de 1999 de la Corte Constitucional, que determina:

'(…) ***la demostración de la condición de indígena debe darse a partir de la realidad cultural real del sujeto que pregona su pertenencia a una determinada comunidad, y de la aceptación por parte de la comunidad de tal pertenencia e identidad (…)'*** (Destaca la Sala). Postulados que no se acreditaron, esto es, la investigación sí demostró que no existen.

(…) '...estricto sentido, no se está frente a un indígena, A. no es un nativo, no ha vivido ni convive con aborígenes, consecuentemente no preserva la identidad cultural y social de la comunidad[109], a contrario, todo sugiere que nunca la ha tenido, razonablemente jamás se le ha desarraigado como consecuencia de un desplazamiento o por ingreso al servicio militar. En este entendido el punto de discusión no está basado en la relación factor territorial y conservación cultural, porque aquel nunca ha existido y esta tampoco la ha tenido' ". **(Rad. 157211, 19 de abril de 2012, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

SUSPENSIÓN Y APLAZAMIENTO DE LA PENA

Diferencias

"No obstante, hay que aclarar que una cosa es la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, y otra bien distinta su aplazamiento; por suspensión de la pena de prisión debe entenderse entonces una cesación de la confinación intramural del condenado, es decir, 'una sustracción al rigor de la cárcel'[110], de lo cual se sigue, por lógica,

109 Ver Corte Constitucional, sentencia C-058 de 1994. Refiere que el criterio material para aplicar dicha excepción al servicio militar, es ante todo, ser indígena y vivir con indígenas y como indígenas, esto es, hacer parte de la comunidad y preservarla. No se protege al indígena individualmente considerado sino al indígena en un contexto territorial y de identidad determinado, por lo que la protección es para la comunidad étnica, que el indígena continúe perpetuando su identidad y especie.

110 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 11539, 2 de abril de 1998, M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

como una condición para su operancia, que el sentenciado esté privado de su libertad[111] y que como consecuencia del advenimiento de una cualquiera de las causales previstas en el canon 535 del C.P.M., el juez ejecutor de la pena, pueda considerar, por razones de humanidad, la aplicación de dicha medida, que trae como una consecuencia jurídica, solución de continuidad en el cumplimiento de la pena impuesta.

Contrariamente, por aplazamiento de la ejecución de la pena se debe entender un diferimiento, prórroga o retardo en la ejecución de la pena[112], de cuya comprensión se desprende indefectiblemente que el sentenciado aún no ha empezado a purgar la sanción penal, y que se encuentra en libertad; razón por la cual, cuando se concede este beneficio, no se puede entender que hay solución de continuidad, por la sencilla razón que el sentenciado aún no ha empezado a purgar su pena y se encuentra en libertad.

Cosa distinta acontece con el instituto de la suspensión, en la cual, como ya se anotó, la persona ciertamente se encuentra privada de su libertad en un centro destinado para tal fin y en tal condición se mantendrá, pero ya no en un penal, sino en su lugar de residencia, clínica u hospital, lugar de trabajo o en el de estudio, bajo unas determinadas condiciones, como son: '…permanecer en el lugar o lugares indicados, que no podrá cambiar sin previa autorización y a presentarse al juzgado cuando fuere requerido'[113], que son garantizadas mediante caución; obligaciones que son similares a las que se adquiere cuando se otorga el beneficio de la condena de ejecución condicional de la pena". **(Rad. 149106, 7 de octubre de 2011, M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

VIGENCIA DE LA LEY 1407 DE 2010

Su publicación, vigencia y aplicación

"Examinado en su contexto el contenido de la Ley 1407 de 2010 (nuevo Código Penal Militar), se infiere que el legislador moduló su entrada en vigencia en tres momentos bien definidos: el primero, a partir de la publicación de la ley[114], para efectos de los ajustes en la planta de personal con miras a la implementación del sistema oral; el segundo, tendiente a armonizar la entrada en vigencia del procedimiento penal oral acusatorio y para ello, condicionó sus efectos jurídicos al establecimiento de un plan de implementación, que debe ocurrir dentro del año siguiente a la fecha de la publicación de la ley, acorde al marco fiscal del sector defensa[115]; y

111 Op. cit.

112 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 18017, 25 de enero de 2001, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

113 Inciso del artículo 535 de la Ley 522 de 1999

114 Ley 1407 de 2010: Régimen de transición. Artículo 625. Ajustes en planta de personal. El Gobierno Nacional para garantizar el funcionamiento del nuevo sistema ajustará la planta de personal con los funcionarios y empleados que actualmente se encuentran vinculados a la Justicia Penal Militar y los que se requieran para su implementación.
Artículo 628. Derogatoria y vigencia. Parágrafo. El artículo 625 de la presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación.

115 Artículo 627. El Ministerio de Defensa Nacional en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a más tardar dentro del año siguiente de la promulgación de la presente ley establecerá un plan de implementación del Sistema Acusatorio en la justicia penal militar acorde con el Marco Fiscal de mediano plazo del Sector Defensa y el Marco de Gasto de mediano plazo del mismo sector.

el tercero, fijando que partir del 1º de enero de 2010[116], todos los delitos cometidos con posterioridad a esta fecha, deben sujetarse a la nueva normatividad.

No obstante este último momento de vigencia, la Corte Constitucional mediante sentencia C-444 del 25 de mayo de 2011[117], declaró inexequible la expresión 'al 1º de enero de 2010', contenida en el artículo 628, entendiendo que ella era violatoria del principio de legalidad que establece por regla general que la ley penal rige hacia el futuro, conforme a las previsiones del artículo 29 de la Constitución Política[118]. De esta forma la discusión propuesta por los apelantes en torno de la decisión de la Juez a quo, ha quedado debidamente solventada, pues como bien se lee en el comunicado de la Corte, una ley no puede producir efectos jurídicos con anterioridad a su promulgación y publicación, por ello, no se puede condicionar su vigencia a una fecha anterior; análisis que de por cierto hubiera sido suficiente para razonar en torno de la inaplicabilidad de la citada norma, utilizando la figura del artículo 4º de la Carta Política sobre la excepción de inconstitucionalidad, tal como con acierto jurídico lo propusieron los apelantes.

A partir entonces de su declaratoria de inexequibilidad, se debe entender que la Ley 1407 de 2010 rige para todos los delitos cometidos con posterioridad al 17 de agosto de 2010, como así lo especificó la Corte, al momento de modular los efectos de su decisión.

Ello, limitado exclusivamente a la Primera Parte del Código, que consagra la parte general y especial del derecho penal militar sustantivo, en cuanto debe entenderse que la Segunda Parte referida al procedimiento penal militar, está condicionada a la ejecución del plan de implementación que debe ser propuesto por el Gobierno Nacional, conforme así lo disponen los artículos 623 y 627 de la Ley 1407 de 2010, que se presupone debe serlo en forma sucesiva o gradual, conforme se desprende del citado artículo 623. Es decir, que en su parte procedimental, la Ley 1407 de 2010 entrará en vigor y solo podrá ser aplicada a partir del momento en que se ordene su implementación, lo cual debe ocurrir una vez el Congreso de la República expida la ley que regule el estatuto orgánico de la Fiscalía General Penal Militar y la organización administrativa del Cuerpo Técnico de Investigación, como así lo disponen los artículos 274 y 363 del nuevo Código Penal Militar. Mientras ello no ocurra, los procesos deben ser tramitados bajo el procedimiento señalado en la Ley 522 de 1999, advirtiéndose que los hechos punibles que hayan tenido ocurrencia a partir del 17 de agosto de 2010, deben adecuarse a los tipos penales previstos en la nueva normatividad.

Adicionalmente debe quedar claro que para la implementación del nuevo sistema procesal penal, el legislador otorgó facultades al Gobierno Nacional, para que conforme a unos estudios previos, diseñe el 'Plan de Implementación', el cual debe

116 Artículo 628. Derogatoria y vigencia. La presente ley regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2010, conforme al régimen de implementación. Los procesos en curso continuarán su trámite por la Ley 522 de 1999 y las normas que lo modifiquen.

117 M.P. Juan Carlos Henao Pérez. El texto de la sentencia no se conoce aún, salvo lo publicado en el Boletín No. 23 del 25 y 26 de mayo de 2011, de la Corte Constitucional.

118 Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.
En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

ser presentado dentro del año siguiente a la vigencia de la ley, lo que no significa que la parte procesal deba entrar en vigencia dentro de este plazo, pues es claro que el año a que hace referencia la ley es para la presentación del plan, dentro del cual deben estar previstas las fechas a partir de las cuales debe empezarse a aplicar el nuevo procedimiento penal militar.

En el caso concreto y como los hechos fueron consumados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2010, es claro que el procedimiento que se estaba adelantando era el preexistente fijado en la Ley 522 de 1999 y por tanto la nulidad decretada carece de asidero jurídico, conforme en forma acertada lo argumentaron los apelantes y el Ministerio Público ante esta instancia. Por tal razón, el auto apelado será revocado y en su lugar se dispondrá que el proceso continúe su curso legal, dentro del cual el Juez de conocimiento deberá evaluar el criterio propuesto por el Ministerio Público, respecto de la posible existencia de un concurso con el delito de desobediencia". **(Rad. 156898, 26 de julio de 2011, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

VIGENCIA LEY 522 DE 1999 VS. LEY 1407 DE 2010

Parte sustantiva de la Ley 522 fue derogada por la Ley 1407.

"Pero desde otro punto de vista, también debe afirmarse que la Ley 1407 de 2010 derogó tácitamente la Ley 522 de 1999 en materia sustantiva, esto es, los libros I y II, titulados 'Parte general' y 'Parte especial de los delitos', pues la primera reguló íntegramente esta materia, siendo obligado considerar que en la legislación penal no podría, con base en el principio de legalidad, –o en el de carácter formal o legal del criterio de definición de la desviación, y empírico o fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas–[119], si se trata de los tipos penales, que puedan coexistir ambas regulaciones en virtud a los principios de legalidad y la función garantizadora que cumplen los tipos penales. En otros términos, al destinatario de la ley penal, el legislador está obligado a ofrecerle solo un compendio de normas en esta materia en virtud al principio de publicidad, para que posteriormente ante la hipótesis de existencia de proceso penal en su contra, pueda atender el derecho de defensa y el de contradicción. El mismo argumento puede predicarse respecto a la 'Parte General', pues se trata de normas sustanciales vinculadas directamente a las conductas punibles, como las reglas fundamentales, la categoría de la conducta punible, la participación en el delito, las penas y su alcance, subrogados penales, causales de ausencia de responsabilidad y forma de extinción de la pena, entre otros.

Es que por otro lado, si el catálogo de conductas punibles encontró vigencia a partir del 17 de agosto 2010, significa que los nuevos hechos circunstanciados cometidos a partir de tal fecha, tienen como referente la Ley 1407 de 2010, cuya aplicación es obligatoria, excepto en lo relativo al nuevo sistema procesal penal –también vigente, se insiste–. Por ello mismo, con base en el principio de legali-

119 *Derecho y razón*, Luigi Ferrajoli, pág. 34.

dad, las hipótesis de delitos cometidas antes el 17 de agosto de 2010 deben ser evaluadas conforme a la norma vigente en ese momento, es decir, la Ley 522 de 1999, excepto las excepciones en razón de la ultractividad y retroactividad, frente al principio de favorabilidad.

En conclusión, la Ley 1407 de 2010 derogó tácitamente los libros I y II de la Ley 522 de 1999, mientras que en su aplicación, el nuevo proceso penal militar está condicionado a la implementación gradual y sucesiva que debe disponerse por el Gobierno Nacional, siempre que se cumplan las previsiones del artículo 624 ibídem; tanto es así que inicialmente en el Decreto 2960 del 17 de agosto de 2011 se dispuso su vigencia a partir del 1º de enero de 2012, que fue modificado por el Decreto 4977 del 31 de diciembre de 2011, en el que se consignó que la implementación es gradual a partir del 01 de enero de 2013". **(Rad. 157322, 14 de junio de 2012, M.P. CN (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

VIOLACIÓN DEBIDO PROCESO

Falta notificación parte civil.

Sea lo primero señalar que la Notificación es un acto reglado, sujeto a unos cánones procesales que condicionan su validez, puesto que con ellas se dan a conocer las decisiones judiciales a los sujetos procesales preservando su interés jurídico en la intervención en la actuación, por lo que su desconocimiento afecta el desarrollo y ritualidad propia del proceso, y de contera conculca el derecho Fundamental del Debido Proceso. (…).

Y es que a la Parte Civil se le reconoce desde el mismo instante en que se Admite la constitución de Parte Civil dentro del proceso penal, sin necesidad de la ejecutoria del acto procesal que así lo declare, momento desde el cual puede intervenir procesalmente con la plenitud de sus atribuciones, puesto que ello consulta lo dispuesto en la Constitución Política de Colombia de 1991, que contempla la prevalencia del derecho Sustancial y la observancia de las Garantías y Derechos que les asiste a las partes que intervienen en los procesos judiciales, implicando materialmente un reconocimiento a la efectividad de los derechos y facultades que le corresponden a la Parte Civil como sujeto procesal, y una desestimación de la prevalencia de las formas como metodología para la aplicación del derecho. (…).

Nótese que es evidente la afectación cierta del derecho al Debido Proceso que se causó con la omisión de la notificación a la Parte Civil de las precitadas decisiones emitidas en la etapa de Calificación por la Fiscalía 16 Penal Militar ante el Juzgado Militar Tercero de Brigada, ya que se encuentra plenamente demostrada que esta irregularidad sustancial en el procedimiento a seguir dentro de la línea procesal, afectó las garantías de este sujeto procesal, desconociendo bases fundamentales del juzgamiento. **(Rad. 157271, 25 de mayo de 2012, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).**

Justicia Penal Militar

Avanzar con Justicia,
Autonomía e Independencia

Revista Judicial Tribunal Superior Militar

Carrera 10 No. 26-71 - Octavo piso | Edificio Residencias Tequendama - Torre Sur
Conmutador: 282 0394 | Teléfonos: 282 0383 - 282 0364 | MK. 28557

Justicia Penal Militar

CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA
Presidente Tribunal Superior Militar

TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA
Vicepresidente Tribunal Superior Militar

DRA. CLARA CECILIA MOSQUERA PAZ
Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar

CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA
TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA
TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS
TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ
Comité Selección y Publicación de la Revista Judicial del Tribunal Superior Militar

SP. AMANDA MOLINA VILLARREAL
CP. ÓSCAR ANDRÉS ÁLVAREZ ROJAS
Comité de Revisión

JENNYFER MOLINA SÁNCHEZ
Dirección de Arte

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
Diseño e Impresión

Coronel
CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA
Magistrado
Presidente Tribunal Superior Militar

EDITORIAL

Hacia el fortalecimiento de la jurisdicción especializada

En uno de sus más memorables discursos, Alberto Lleras Camargo expresaba: *"(…) Pero el juez vocacional y no ocasional no busca riquezas ni más poder que el que el Estado deposita en su capacidad de Juzgador. Como el militar de vocación, el Juez no ignora que es duro el oficio, que parece ingrato, que es arduo y que exige más esfuerzo que muchos otros. Y sin embargo, lo adopta. (...) Todo lo podemos aplazar, todo lo podemos hacer más tarde. Hay muchas cosas y muchos conceptos que esta crisis de la humanidad va a llevarse y a destruir. Pero defendamos la justicia, organicémosla, démosle un alto origen, hagámosla independiente de los partidos, hagámosla invulnerable a la coacción. La justicia, por sí sola, conservará todo lo que valga conservarse, defenderá todo lo que deba perdurar y nos devolverá la patria intacta, después de este tiempo de desconcierto y de desorden"*[1].

Hoy, cuando en el Congreso de la República cursa el Acto Legislativo de 2012, 16 Senado, 192 Cámara, que busca reformar los artículos 116, 152 y 221 de nuestra Constitución Política, el cual propende a definir el marco de aplicación del fuero penal militar, consecuentemente la jurisdicción castrense, destacar y precisar el juez natural, subrayamos que se trata de resolver la dificultad que la historia judicial del país ha mostrado cuando se producen soluciones diversas y controversiales a particulares, situaciones fácticas que conllevan vaciar de contenido el fuero militar, todo por la falta de exactitud conceptual respecto del alcance del fuero castrense, los elementos que lo componen y lo que significa relación con el servicio. La reforma se deriva del problema jurídico que la historia ha puesto de presente, así: en el juicio de imputación y eventual responsabilidad, ¿cuál es el derecho aplicable al miembro de la fuerza

1 *Lleras y el derecho. Sentido democrático de lo jurídico.* Editorial Club de abogados. Pág. 134.

pública que en un país en conflicto interno de carácter no internacional conduce hostilidades? ¿Y cuál es la autoridad judicial llamada a aplicarlo?

La reforma también busca precisar criterios de aplicación, imputación y armonización del derecho internacional en el derecho penal interno, para que el funcionario judicial militar u ordinario invoque y valore en su decisión los catálogos de principios que regulan los conflictos consagrados en el marco del derecho internacional humanitario[2], y hacer prevalecer nuevamente el principio de legalidad en Colombia, a veces tan mancillado. Consecuentemente, reorganizar la Jurisdicción Penal Militar, fortalecerla, garantizar aún más su autonomía e independencia, liberarla de posturas sesgadas de carácter ideológico y por efectos propios de la reforma conseguir que en buena hora el derecho penal militar regrese al ámbito académico, al escenario natural de discusión y construcción: la universidad. Como dijera Alberto Lleras, *"La justicia por sí sola conservará todo lo que valga conservarse, defenderá todo lo que deba perdurar".*

Al respecto insistimos en que cualquier reforma que se intente debe ser consecuente con la realidad colombiana, caracterizada, lamentablemente, por décadas de conflicto interno, por demás prolongado e intenso, lo que lleva a reflexionar sobre

2 Derecho de Ginebra. Derecho de La Haya. Protocolo II, artículo 3° común a los Convenios de Ginebra.

Izquierda a Derecha:

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

el tipo de amenaza que ha tenido y debe enfrentar nuestra fuerza pública, lo que sugiere verificar la potencialidad, capacidad de estructura y daño de los grupos organizados al margen de la ley; sin duda ello conlleva precisar el marco jurídico en que debe actuar el militar o policial para alcanzar la finalidad constitucional[3]. Una reforma al fuero castrense y a la jurisdicción especializada no puede estar exclusivamente basada en la comparación de justicias militares y vigencia del fuero de otras latitudes ostensiblemente disímiles a nuestra historia, entre otras, por vivir en paz, por tener tradición, realidades y momentos históricos diferentes, perspectiva geográfica, antropológica, política y social, diversa; lo que demanda un juicio de valoración coherente con nuestra realidad.

Por lo anterior, resulta igualmente imperioso y urgente que se radique el proyecto de ley que estructura la Fiscalía General Penal Militar, el Cuerpo Técnico de Investigación de la jurisdicción especializada, que reorganiza las diferentes instituciones creadas por medio de la Ley 1407 de 2010, al no estar reglamentadas se siguen generando sensibles traumatismos en la administración de justicia militar, dificultades que se han evidenciado en la construcción de una línea jurisprudencial, pues si bien es cierto la ley está plenamente vigente y debe aplicarse desde el 17 de agosto de 2010[4], también lo es que la no implementación genera serios problemas que hemos venido advirtiendo en nuestras decisiones, en distintos espacios académicos, políticos y administrativos. Desde este escenario insistimos, y respetuosamente solicitamos al Gobierno Nacional[5], al poder Legislativo, radicar el proyecto y dar trámite al mismo; la urgencia y necesidad de esta ley es consecuente con la inmediata eficacia de la jurisdicción penal militar que tanto se reclama.

Una vez más presentamos a nuestros funcionarios, a la comunidad jurídica, académica y a la sociedad nacional e internacional la jurisprudencia que viene decantando el Tribunal Superior Militar, particularmente sobre la imperativa vigencia y aplicación desde el 17 de agosto de 2010 de la Ley 1407 del mismo año, "Nuevo Código Penal Militar". Expresamos, desde la Presidencia de la Corporación, nuestra especial complacencia como miembros del único Tribunal Militar del país con competencia nacional de formar parte de este momento histórico que ínsito lleva el proceso de cambio, de fortalecimiento, posicionamiento y dignificación de nuestra jurisdicción especializada. Las providencias dispuestas en este nuevo ejemplar reflejan la capacidad, idoneidad, compromiso, estoicismo y profundidad académica de todos y cada uno de los Honorables Magistrados, en las cuales se da solución a los problemas jurídicos que proponen las partes y que a diario enfrentan nuestros operadores jurídicos, y así brindar al destinatario de la norma un proceso penal de ciudadano, rodeado de la observancia de principios, derechos y garantías, para alcanzar la seguridad jurídica requerida en nuestra nación.

Las providencias compiladas reflejan la línea mayoritaria de la Corporación, sin dejar de lado posturas discrepantes, absolutamente respetables; por ello incorporamos algunas aclaraciones y salvamentos de voto que se han producido. El extrac-

3 Arts. 2º, 6, 91, 93, 94, 214-2, 216, 217, 216 Const Pol.

4 Corte Constitucional, Sentencia C-444 del 25 de mayo de 2011.

5 Arts. 623, 624, 625, 627 y 628 de la Ley 1407 de 2010.

to ofrece solución adecuada a la tan mentada vigencia y aplicación de la Ley 1407 de 2010, remedia las inquietudes que se derivan si se está frente a un problema de tránsito o coexistencia de leyes, el problema de la derogatoria de la Ley 522 de 1999 y cómo se resuelve el hecho de no estar implementado el procedimiento establecido en la nueva ley procesal penal militar, el ámbito de validez temporal de la normatividad, el principio de favorabilidad, estructuras de imputación tratadas con rigorismo y atención en la dogmática penal moderna. En suma, todo un recorrido por las diferentes situaciones que enfrenta la jurisdicción, por lo que invitamos a nuestros funcionarios a estudiarla y atenderla.

No queremos dejar de lado el sentido y meritorio reconocimiento a quienes hacen posible nuestra gestión, trabajadores incansables, silenciosos, estudiosos, comprometidos, sin los cuales no es viable alcanzar la excelencia que demanda este sistema de administración de justicia, nos referimos a nuestros Asistentes, Empleados y personal de Secretaría, sin Ustedes nuestra labor no sería oportuna. Por todo ello, gracias.

ÍNDICE ALFABÉTICO GENERAL

EXTRACTOS PROVIDENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

ABANDONO DE COMANDOS ESPECIALES
Operaciones relacionadas con el mantenimiento del orden público.
Rad. 155430, 29 de febrero de 2012
M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión 19

ABANDONO DE COMANDOS ESPECIALES - ANTIJURIDICIDAD PENAL
La nueva regulación de la Ley 1407 de 2010, genera un nuevo escenario de discusión. Significado de la expresión "efectivamente".
Rad. 157098, 30 de abril de 2012
M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión 19

ABANDONO DEL PUESTO
Se estructura el tipo penal de abandono del puesto, si el integrante de la Fuerza Pública, no es relevado por la persona facultada para ello, al igual que si se autorreleva.
Rad. 156937, 22 de julio de 2011
M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 20

ABANDONO DEL SERVICIO
La aplicación del principio de favorabilidad debe armonizarse con el contenido del artículo 626 Ley 1407 de 2010.
Rad. 157107, 19 de septiembre de 2011
M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión 21

ABANDONO DEL SERVICIO DE SOLDADOS VOLUNTARIOS O PROFESIONALES
Alcance del ingrediente normativo abandonar los deberes propios del cargo en operaciones militares.
Rad. 156945, 15 de junio de 2011
M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión..... 23

ABANDONO DEL SERVICIO DE SOLDADOS VOLUNTARIOS O PROFESIONALES
El legislador en lugar de descriminalizar la conducta, contempló una nueva modalidad en la Ley 1407 de 2010.
Rad. 156425, 21 de febrero de 2012
M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión 24

ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA
Atipicidad - Elemento normativo del delito.
Rad. 156069, 04 de julio de 2012
M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión..... 25

ACEPTACIÓN DE CARGOS EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL
Momento procesal.
Rad. 157058, 29 de julio de 2011
M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 25

ÁMBITO DE VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY
Diferencia entre vigencia e implementación. Los efectos de la implementación en un cuerpo normativo dependen de la vigencia y no al contrario. Estudio sobre la procedencia de rebaja de pena.
Rad. 157350, 30 de julio de 2012
M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión 27

AMENAZAS
El punible de amenazas como delito de peligro.
Rad. 156938, 30 de septiembre de 2011
M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 31

ANUNCIO DEL SENTIDO DEL FALLO
Cuando se aceptan los cargos, per se, no genera nulidad la falta de anuncio del sentido del fallo.
Rad. 156988, 29 de julio de 2011
M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión 33

ATAQUE AL INFERIOR
La acción de comando sugiere conocimiento, experiencia, capacidad de discernimiento en la toma de decisiones, competencia, criterio, responsabilidad y sensatez. Implica juicio, prudencia, oportunidad, drasticidad y rigor, pero con cordura y respeto.
Rad. 157023, 20 de junio de 2011
M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión. 36

ATAQUE AL SUPERIOR MODALIDAD AMENAZAS
Oficiosidad del Juez para ordenar ampliación, complementación y aclaración del dictamen pericial.
Rad. 157244, 26 de marzo de 2012
M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....37

AUTORÍA MEDIATA
Quien interviene bajo coacción o error se constituye en instrumento del hombre de atrás.
Rad. 153735, 31 de julio de 2012
M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 38

CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD
El estudio del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010 y de las causales de ausencia de responsabilidad que allí se consagran, debe realizarse con apego al contenido íntegro de la norma y no en forma parcializada. Cada una ampara situación fáctica específica.
Rad. 157378, 27 de junio de 2012
M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 40

COLISIÓN DE COMPETENCIAS
La argumentación fundada exclusivamente en institutos del derecho administrativo no es determinante ni exclusiva para establecer la competencia, pues esta se define por ley a partir del factor funcional u organizacional.
Rad. 157264, 30 de abril de 2012
M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión.....40

CONCURSO APARENTE DE TIPOS
Coexistencia del momento consumativo. Desobediencia y Deserción.
Rad. 157206, 08 de febrero de 2012
M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión 42

CONCURSO DE DELITOS
Desobediencia y deserción, ¿concurso real o aparente de tipos?
Rad. 157118, septiembre 02 de 2011
M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión.....42

CONCURSO RECÍPROCO
La existencia de un concurso recíproco con existencia de dos procesados con cadenas finalísticas distintas y con imputación de delitos diferentes, acarrean trámite procesal distinto, impide la aplicación de la conexidad procesal.
Rad. 157060, 30 de marzo de 2012
M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 43

CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL
Comporta tanto las principales y las accesorias, cuando no se determina en el fallo, respecto de cuál opera el subrogado.
Rad. 155777, 26 de agosto de 2011
M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....45

CONFLICTO DE COMPETENCIAS
Diferencias sustanciales entre quienes la provocan - Los autos de esta naturaleza carecen de recursos.
Rad. 155510, 13 de diciembre de 2011
M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 45

CORTE MARCIAL – LEY 522 DE 1999
El Fiscal no está obligado a sostener la acusación. Puede solicitar absolución.
Rad. 157082, 26 de marzo de 2012
M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión 46

DE LA VIGENCIA Y DEROGATORIA DE LA LEY PENAL
Derogatoria tácita y orgánica de la Ley 522 de 1999.
Rad. 157351, 4 de junio de 2012
M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 48

DEBIDO PROCESO
Violación por error en la calificación jurídica provisional genera nulidad.
Rad. 156701, 28 de febrero de 2012
M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....51

DEFENSA TÉCNICA
Abandono de los deberes propios del cargo.
Rad. 157075, 17 de noviembre de 2011
M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....52

DEFINICIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL
Su contenido no limita la calificación del mérito del sumario
Rad. 156315, 29 de julio de 2011
M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 53

DEL ABUSO DE AUTORIDAD
Cualquier procedimiento militar o policial por muy exitoso que llegare a resultar en un comienzo, puede devenir en ilegal posteriormente, si se comprueba que en su realización se irrespetaron las garantías mínimas de la población civil y la comunidad en general.
Rad. 148949, 06 de junio de 2012
M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 54

DEL HOMICIDIO POR OMISIÓN IMPROPIA
Necesidad de verificar los elementos para concretar el tipo penal
Rad. 157037, 31 de octubre de 2011
M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 55

DELITO DE DESERCIÓN
Condición de desplazado y exención para la prestación del servicio militar por esta condición.
Rad. 157104, 15 de septiembre de 2011
M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 57

DERECHO DE DEFENSA
La no advertencia al procesado sobre el derecho a guardar silencio y no autoincriminarse, al igual que no hacer las admoniciones contenidas en el artículo 33 de la Constitución Política vulnera no solo el debido proceso en la instrumentalidad de las formas, sino además transciende al derecho de defensa.
Rad. 154638, 22 de julio de 2011
M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 58

DESERCIÓN
Aceptación de cargos en la Ley 522 de 1999 y la 1407 de 2010. Identidad en supuestos de hecho. Favorabilidad. Rebaja de pena.
Rad. 157150, 26 de octubre de 2011
M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión 59

DESOBEDIENCIA
Elementos que configuran la orden vinculante o de relevancia penal.
Rad. 156948, 31 de mayo de 2012
M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión
ACLARACIÓN DE VOTO, CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ 62

DETENCIÓN PREVENTIVA
Si del material probatorio no se justifica la detención preventiva de acuerdo a los fines de la misma, el Juez Indefectiblemente debe abstenerse de proferir medida de aseguramiento, aun evidenciándose el indicio grave de responsabilidad.
Rad. 156949, 08 de agosto de 2011
M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 62

DICA "PRINCIPIO DE DISTINCIÓN" DERECHO DE LA GUERRA
Causales excluyentes de responsabilidad.
Rad. 156188, 29 de febrero de 2012
M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....63

DOSIFICACIÓN PUNITIVA
Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.
Rad. 156970, 27 de julio de 2011
M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión.....65

ELEMENTO OBJETIVO FUNCIONAL DEL FUERO
HOMICIDIO. Cuando no existe la relación entre los hechos y la misión castrense encomendada, exigible para la activación del fuero militar, no es predicable que la competencia recaiga en la Justicia Penal Militar.
Rad.156951, 22 de junio de 2011
M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión 66

ELEMENTO SUBJETIVO DEL DOLO EN LOS DELITOS DE PELIGRO
Desobediencia.
Rad. 157122, 29 de septiembre de 2011
M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 67

FINES DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO
Cuando se analizan los fines y no se encuentra que el procesado pueda violarlos el funcionario debe abstenerse de proferir medida de aseguramiento sin caucionar su libertad.
Rad.156962, 19 de septiembre de 2011
M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión 68

FUERO MILITAR – TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN – COMPETENCIA NEGATIVA ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR
Hechos relacionados con el servicio
Rad. 157204, 15 de diciembre de 2011
M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 69

FUERO PENAL MILITAR
Alcance de la expresión "Servicio" en los delitos típicamente militares
Rad. 157078, 28 de marzo de 2012
M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 71

FUERO PENAL MILITAR
Fuero para la Policía Nacional. Fundamento Constitucional. Alcance de la relación con el servicio.
Rad. 157097, 14 de septiembre de 2011
M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 73

FUGA DE PRESOS – DESPLAZAMIENTO DE INTERNO
Prohibición de regreso.
Rad. 156496, 30 de junio de 2011
M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 75

HURTO AGRAVADO
No responder los alegatos de la defensa en los aspectos fundamentales genera nulidad.
Rad. 157074, 22 de agosto de 2011
M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión 77

IMPEDIMENTO POR LA CAUSAL 6, ARTÍCULO 231 DE LA LEY 1407 DE 2010
"Por haber participado en el proceso".
Rad. 157283, 09 de julio de 2012
M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión 77

IMPROCEDENCIA REBAJA DE PENA HASTA LA MITAD POR ACEPTACIÓN DE CARGOS
Preacuerdos y negociaciones previstas en la Ley 1407 de 2010, responden al nuevo sistema procesal penal al igual que sus correspondientes rebajas.
Rad. 157349, 25 de junio de 2012
M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión 79

IMPUTACIÓN FÁCTICA
Debe atender a la prueba recaudada.
Rad. 157020, 30 de agosto de 2011
M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión 81

IN DUBIO PRO REO
¿A qué tipo de hechos se aplica?
Rad. 156985, 18 de julio de 2011
M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión.....81

INDAGACIÓN PRELIMINAR
Fines
Rad. 157365, 9 de julio de 2012
M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 82

INDAGATORIA
No es viable que persona distinta al juez pueda interrogar en diligencia de indagatoria.
Rad. 157081, 16 de diciembre de 2011
M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 83

INDIVIDUALIZACIÓN E IDENTIFICACIÓN
Debe ser de interés en la indagación preliminar.
Rad. 157229, 07 de febrero de 2012
M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión 84

INIMPUTABILIDAD
Homicidio culposo trastorno mental intelecto límite /oligofrenia.
Rad. 157235, 30 de julio de 2012
M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....85

JUSTICIA PREMIAL COMO CAMINO PARA LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO JUDICIAL
El 50% de la rebaja punitiva consecuencia de un preacuerdo o negociación previsto en el artículo 493 de la Ley 1407 de 2010.
Rad. 157279, 30 de agosto de 2012
M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 86

LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA
Presupuestos para que pueda ser causal de exención de la prestación del servicio militar obligatorio.
Rad. 157234, 23 de febrero de 2012
M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 89

LA RESPONSABILIDAD EN COMISIÓN POR OMISIÓN FRENTE A LA LEY 1407 DE 2010
La imputación del resultado lesivo en el esquema posfinalista del delito.
Rad. 157036, 21 de septiembre de 2011
M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión.....91

LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA
No es mecanismo sustitutivo de la pena de prisión en la Ley 1407 de 2010.
Rad. 156165, 22 de marzo de 2012
M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión 92

LEGALIDAD DE LA PENA. VIGENCIA DE LA LEY
DESOBEDIENCIA - PENA ACCESORIA DE SEPARACIÓN ABSOLUTA
El beneficio excluyente de la Ley 1407 de 2010 para penas menores de dos (02) años debe ser aplicado por favorabilidad a procesos regidos por la Ley 522 de 1999.
Rad.151191, 29 de noviembre de 2011
M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión 92

LESIONES PERSONALES
Conflicto Negativo de Competencia - Juzgado de Primera Instancia Inspección General de la Policía Nacional y Juzgado de Departamento de Policía de Santander.
Rad. 151388, 27 de junio de 2012
M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....93

LESIONES PERSONALES
Uso adecuado de la fuerza – Factores que lo determinan para que la conducta sea atípica
Rad. 157114, 28 de noviembre de 2011
M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 94

LESIONES PERSONALES
Con la entrada en vigencia de la Ley 1407/10 solo se impone la separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas, cuando la pena sea mayor a dos (2) años de prisión, salvo que la condena sea sobre un delito contra el servicio, caso en el cual no aplican estas penas accesorias.
Rad. 155768, 29 de julio de 2011
M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión 95

LESIONES PERSONALES CULPOSAS
Auto de cierre de investigación en la Ley 522 de 1999. No es de simple trámite o de impulso procesal, es esencial en el esquema procesal.
Rad. 157153, 31 de octubre de 2011
M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión 96

LESIONES PERSONALES DOLOSAS- REPARACIÓN E INDEMNIZACIÓN INTEGRAL COMO CAUSAL DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL
Instituto de Indemnización Integral en el procedimiento Especial.
Rad. 156316, 28 de octubre de 2011
M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....97

LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE FUNCIONES Y ATRIBUCIONES
Procedencia.
Rad. 155584, 24 de noviembre de 2011
M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....98

LEY 1407 DE 2010 Y CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD
Actuar en cumplimiento de un deber legal – Requisitos para que opere la causal.
Rad. 156781, 29 de julio de 2011
M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión 99

NOTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN
La acusación es la pieza procesal esencial que señala el marco jurídico dentro del cual debe desenvolverse el juicio y la sentencia. Por ello es fundamental garantizar su publicidad e impugnación.
Rad. 157334, 11 de mayo de 2012
M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 102

NULIDAD
No comunicación apertura indagación preliminar, investigación formal, tardía vinculación – Oportunidad para invocarlas.
Rad. 157262, 22 de mayo de 2012
M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....103

OBEDIENCIA DEBIDA
El deber de advertencia como causal de ausencia de responsabilidad.
Rad. 157000, 06 de septiembre de 2011
M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión.....104

OPERACIONES MILITARES
Concepto, campamento, competencia para fijar los límites del campamento.
Rad. 157112, 26 de septiembre de 2011
M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión 108

PECULADO CULPOSO
Necesidad del elemento normativo de la relación funcional con el objeto material del delito
Rad. 157157, 08 de marzo de 2012
M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 110

PECULADO CULPOSO
Pérdida de armamento en bases móviles. Deber objetivo – Criterio normativo.
Rad. 156497, 30 de septiembre de 2011
M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión 112

PECULADO CULPOSO
No ha sido descriminalizado por la Ley 1407 de 2010.
Rad. 156726, 21 de noviembre de 2011
M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión 114

PECULADO CULPOSO - DECLARATORIA DE DESIERTO DEL RECURSO DE APELACIÓN
Ante una circunstancia objetiva, como la presentación extemporánea del recurso, procede de plano la declaratoria de desierto, sin necesidad de surtir traslado al Ministerio Público.
Rad. 157187, 15 de marzo de 2012
M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión 114

PECULADO CULPOSO - MERA TENENCIA
Disponibilidad material del bien que se le haya confiado al Sujeto Activo por razón o con ocasión de sus funciones.
Rad. 150622, 20 de febrero de 2012
M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....115

PECULADO POR DEMORA EN ENTREGA DE ARMAS, MUNICIONES Y EXPLOSIVOS
Solo es imputable en la modalidad dolosa – El plazo de 15 días a que alude el tipo penal se entiende hábiles.
Rad. 157381, 23 de julio de 2012
M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión 115

PECULADO POR EXTENSIÓN
No fue despenalizado en la Ley 1407 de 2010
Rad. 140630, 12 de marzo de 2012
M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión 117

PENA ACCESORIA DE SEPARACIÓN DE LA FUERZA PÚBLICA
Es dable su inaplicación invocando el principio de favorabilidad cuando la Ley 1407 de 2010 no la consagra para determinado tipo penal.
Rad. 156327, 18 de julio de 2011
M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión 119

PLURALIDAD DE AUTORES EN EL DELITO CULPOSO
Teorías que implican la intervención delictiva.
Rad. 157242, 28 de junio de 2012
M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 120

PRINCIPIO DE JERARQUÍA
Alcance como causal de impedimento.
Rad. 143113, 19 de mayo de 2011
M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión 121

PRINCIPIO DE LESIVIDAD
Antijuridicidad material en los delitos militares.
Rad. 157121, 27 de septiembre de 2011
M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 122

PRISIÓN DOMICILIARIA
Su no aplicación en la jurisdicción castrense no vulnera la Constitución, ni tampoco los instrumentos internacionales.
Rad. 157016, 21 de junio de 2011
M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 124

PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD
Tutela el bien jurídico de la libertad individual y otras garantías, injusto de lesión, de conducta permanente y pluriofensivo.
Rad. 156359, 29 de julio de 2011
M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....125

PROCEDIMIENTO ESPECIAL LEY 1058 DE 2006
El Juez de Conocimiento debe realizar el control de legalidad antes de abrir a juicio.
Rad. 156925, 22 de agosto de 2011
MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión 125

PRUEBAS PEDIDAS EN LA INSTRUCCIÓN
Carga procesal de los intervinientes que las solicitan.
Rad. 156952, 28 de junio de 2012
M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....127

PRUEBAS PEDIDAS EN LA INSTRUCCIÓN
Marco de referencia: pertinencia, conducencia y utilidad.
Rad. 156751, 28 de junio de 2012
M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....128

REBAJA DE PENA POR ACEPTACIÓN DE CARGOS
La rebaja de la Ley 1407 de 2010 es aplicable en la Ley 522 de 1999.
Rad. 157228, 11 de abril de 2012
M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión 129

RECONOCIMIENTO EN ÁLBUM FOTOGRÁFICO EN ETAPA PRELIMINAR
No requiere presencia de defensor cuando no se conoce el indiciado.
Rad. 156866, 27 de febrero de 2012
M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....129

RECURSO DE HECHO
Presupuestos.
Rad. 157109, 26 de septiembre de 2011
M.P. MY (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión.....130

RECURSO DE REPOSICIÓN
Excepciones al principio de inimpugnabilidad del auto que resuelve la reposición.
Rad. 156871, 25 de agosto de 2011
M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....131

REVOCATORIA DE LAS PROVIDENCIAS
Su figura no puede utilizarse para impugnar las decisiones que se encuentran formalmente ejecutoriadas.
Rad. 156976, 20 de septiembre de 2011
M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión 132

SERVICIO MILITAR
La condición de indígena como elemento objetivo del tipo.
Rad. 157211, 19 de abril de 2012
M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión.....133

SUSPENSIÓN Y APLAZAMIENTO DE LA PENA
Diferencias.
Rad. 149106, 7 de octubre de 2011
M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....134

VIGENCIA DE LA LEY 1407 DE 2010
Su publicación, vigencia y aplicación.
Rad. 156898, 26 de julio de 2011
M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión 135

VIGENCIA LEY 522 DE 1999 VS. LEY 1407 DE 2010
Parte sustantiva de la Ley 522 fue derogada por la Ley 1407.
Rad. 157322, 14 de junio de 2012
M.P. CN (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión 137

VIOLACIÓN DEBIDO PROCESO
Falta Notificación Parte Civil.
Rad. 157271, 25 de mayo de 2012
M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....138

EXTRACTOS PROVIDENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

ABANDONO DE COMANDOS ESPECIALES

Operaciones relacionadas con el mantenimiento del orden público.

" (…) De lo anterior podemos deducir, que toda acción o procedimiento de la Fuerza Pública realizada en el marco del cumplimiento de la labor, es decir – del servicio – que le ha sido asignada por la Constitución y la Ley o lo que es lo mismo, la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, queda comprendida en el concepto de operación, y para el caso de la Policía Nacional, en procedimientos de policía. (…).

En este orden de ideas, si la misión constitucional dada a la Policía Nacional, la que está relacionada con el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz[1], es indudable que ello representa el mantenimiento del orden público de cara a los conceptos que la Corte Constitucional ha desarrollado en reiterada jurisprudencia, como se puede observar en los apartes transcritos. De igual manera, podemos observar que este concepto en el Código Nacional de Policía[2] quien de manera expresa en su artículo 2º ha atribuido a la Policía Nacional la conservación del orden público interno. En este orden de ideas, no queda duda alguna que todos los procedimientos y actuaciones de un comandante, parta este caso que hoy convoca la atención de la Sala, de estación de Policía, se encuentran dirigidos al mantenimiento del orden público en su jurisdicción". **(Rad. 155430, 29 de febrero de 2012, M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ABANDONO DE COMANDOS ESPECIALES - ANTIJURIDICIDAD PENAL

La nueva regulación de la Ley 1407 de 2010 genera un nuevo escenario de discusión. Significado de la expresión "efectivamente".

A este respecto, merece especial atención el análisis de la antijuridicidad, tomando en consideración la entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2010, que en su artículo 17 consagra una nueva visión de esta figura dogmática.

Este cambio de regulación, con la introducción de la expresión "efectivamente" puesta en negrilla, conlleva un nuevo escenario de discusión dentro del ámbito de la Justicia Penal Militar, pues ya no basta con una simple contrariedad de la conducta con lo dispuesto en el tipo penal, sino que se requiere la existencia de

1 Artículo 218 C. Pol.

2 Decreto 1355 de 1970, Código Nacional de Policía.

un comportamiento que lesione o ponga en peligro, de manera efectiva, un bien jurídicamente tutelado, aspecto que en definitiva se erige como el fundamento del injusto penal, al requerir la confluencia de los desvalores de acción y de resultado para que la conducta obtenga el calificativo de antijurídica.

Entonces, con este nuevo marco normativo vigente, la conducta debe examinarse bajo el prisma de la antijuridicidad formal y material, teniendo en cuenta que siempre que se determina la existencia de una antijuridicidad material se supone la formal, mas no siempre que se determina la formal, puede suponerse la antijuridicidad material. En este caso el reproche penal solo puede estar cimentado sobre la base de la existencia de una conducta que lesione en forma efectiva o ponga en peligro en forma efectiva los bienes jurídicos tutelados por la norma penal, de manera que si no hay lesión o esta es de menor levedad, no habrá activación del derecho penal en cuanto este responde a los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del derecho penal existente dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro. (**Rad. 157098, 30 de abril de 2012, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ABANDONO DEL PUESTO

Se estructura el tipo penal de abandono del puesto si el integrante de la Fuerza Pública no es relevado por la persona facultada para ello, al igual que si se autorreleva.

"En este orden de ideas, le asiste plena razón al a quo cuando argumenta que no existe duda que el procesado AG. Q se apartó del lugar que tenía asignado para el cumplimiento de sus funciones policiales, ignorando que la finalización del servicio o turno no se realiza de manera automática, sino con el respectivo relevo ante el superior inmediato, para en su lugar ilícitamente el procesado entregó el cargo de Comandante de Guardia a un Auxiliar Regular que cumplía con sus deberes de patria y quien apenas se encontraba cumpliendo su turno de Vigilancia en Patrulla Motorizada.

La jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia nos enseña que el tipo penal consagrado en el artículo 124 de la Ley 599 de 2000 solo es atribuible al militar o policial en servicio activo que a través de trámites formales, previamente establecidos, se le haya asignado una función, tarea o cargo específico, y que luego incumple[3]; lo que efectivamente acontece en el presente caso, cuando el AG. QD, previamente designado en el cargo de Comandante de Guardia de la Estación de Policía La Ceja – Antioquia para los turnos 4° y 1° a partir del día sábado 19-04-2008, según el libro de minutas de Servicio de Vigilancia[4], decide abandonar el puesto, para realizar actividades ajenas a sus funciones, como lo fue el acompañar al Jefe de Vigilancia en Patrulla Motorizada y de atender actividades personales, dejando la seguridad y vigilancia de la Instalación Policial en manos de un joven Auxiliar Regular, lo que contrasta con el Reglamento de Servicios de Guarnición para la Policía

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 12878, 23 de mayo de 2001, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

4 Folio 23. Se allega el folio 51 del libro de minutas del servicio de vigilancia para la Estación de Policía La Ceja (Antioquia).

Nacional (Resolución No. 9857 del 9 de noviembre de 1992), vigente para la fecha de los hechos, pero también, con el sentido común.

Así las cosas, la Sala considera que se equivoca la apelante cuando señala, que la conducta de su prohijado es atípica y antijurídica, con el argumento de que si bien es cierto, se separó de su puesto sin el permiso del superior, lo hizo por la urgencia de la situación y, además, que no se puso en peligro el bien jurídico tutelado, al haber designado a su 'compañero V', para que lo remplazara en la prestación del servicio, sumado a que no ve reflejado el dolo, pues 'actuó dejando el puesto en manos de un subalterno con la creencia errónea de estar haciendo las cosas lícitamente'.

Con esta apreciación de los hechos, ignora la impugnante que el procesado Q había sido designado, previamente y con las formalidades de ley para un turno de doce (12) horas, en el cargo de Comandante de Guardia de la Estación de Policía, que implicaba garantizar la seguridad y vigilancia de la Instalación Policial de manera continua durante el servicio, entre otras funciones, por lo que el abandono de la función como tal o su interrupción, estructura el tipo penal previsto en el artículo 124 del Código Penal Militar, vigente para la fecha de los hechos.

En el mismo sentido, desconoce la apelante que el relevo del cargo de Comandante de Guardia está a cargo únicamente del superior que lo hubiese designado o quien haga sus veces al momento del acto, para el caso en estudio, la facultad para relevarlo radicaba en cabeza del señor TE. MAR, en su calidad de Comandante de la Estación de Policía La Ceja - Antioquia, sin que le asistiera facultades al propio procesado para autorrelevarse, a pesar del cargo que ostentaba, lo que de por sí rompe con la estructura jerárquica y de disciplina que caracteriza a todo estamento policial o militar. El anexo 5 al artículo 14 de la Resolución No. 9852 del 9 de noviembre de 1992, consigna de manera expresa las funciones del Comandante de Guardia, sin que en ella conste el autorrelevarse o las facultades para designar su remplazo". **(Rad. 156937, 22 de julio de 2011, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ABANDONO DEL SERVICIO

La aplicación del principio de favorabilidad debe armonizarse con el contenido del artículo 626 Ley 1407 de 2010.

Es incuestionable, que este proceso se hallaba en trámite cuando entró a regir el nuevo Código Penal Militar, razón por la cual, ante el aludido tránsito de legislaciones, era imperioso para el operador jurídico establecer cuál de las normativas era la más benigna para el procesado, acatando el principio de favorabilidad previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, artículo 11 de la Ley 522 de 1999, y artículo 8º de la Ley 1407 de 2010.

Ahora, al cotejar los parámetros contenidos en los estatutos punitivos en comento, se tiene que el anterior, Ley 522 de 1999, en el artículo 44, contempla como penas principales la prisión, el arresto y la multa, y en el artículo 45 enlista las penas accesorias.

En el artículo 48, preceptúa: "La pena de prisión consiste en la privación de la libertad personal y se cumplirá en un **establecimiento carcelario militar o policial** en la forma prevista por la ley" (negrillas fuera del texto).

A su vez, en el artículo 49 establece que el arresto "consiste en la privación de la libertad personal y se cumplirá en las **salas de arresto** de las unidades militares o policiales, en la forma prevista en la ley" (salas de arresto).

En el artículo 60, señala como pena accesoria a la de prisión la separación absoluta de la fuerza pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo al de la pena principal, excepto cuando se trata de delitos culposos sancionados con prisión.

En el nuevo Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010, en el artículo 36 estipuló como penas principales la prisión y la multa, desapareciendo el arresto, y en el artículo 37 señaló las penas accesorias. En punto a la prisión mantuvo idéntica la definición de la Ley 522 de 1999. Mientras que en el artículo 51, aunque conservó las penas accesorias a las de prisión en la misma forma como lo hacía esta última ley, la excluyó para los delitos contra el servicio y aquellos en que la pena impuesta no sea superior a dos (2) años de prisión.

La Ley 522 de 1999 en el artículo 126 contemplaba para el delito militar de abandono del servicio pena que oscila entre uno (1) y tres (3) años de arresto, mientras que la 1407 de 2010, en el artículo 107, aunque la cambió a prisión, mantuvo los mencionados límites máximo y mínimo de la pena, lo cual acorde con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y el criterio sentado por esta Colegiatura, no significa que dicho delito fuera despenalizado, pues solo hizo más drásticas las consecuencias punitivas aumentando cualitativamente la medida, razón por la cual es acertado que el fallador primario hubiese optado por aplicar la primera normativa, por ser la más favorable al establecer pena de arresto, norma que estimamos debió armonizarse con el artículo 626 de la Ley 1407 de 2010, que es diáfana en establecer que en los procesos que se encontraran en curso al entrar en vigencia dicha ley se entenderá que tres (3) días de arresto equivalen a uno (1) de prisión, de manera tal que este caso encajaba perfectamente en el anterior supuesto de hecho.

Como subrayó la representante del Ministerio Público, no queda duda de que la anterior conversión es más favorable para el PT. (r) QPJL, por cuanto la pena de 10 meses de arresto impuesta, es decir, 300 días, al aplicársele la fórmula en mención se reduce en 200 días, lo cual da como resultado una sanción de 100 días, esto es, el equivalente a 3.3 meses de prisión.

De otra parte, la pena de prisión no genera ninguna otra consecuencia gravosa para el condenado, habida cuenta que el artículo 51 de la Ley 1407 de 2010 eliminó las penas accesorias a la pena de prisión, de separación absoluta de la Fuerza Pública e interdicción de derechos y funciones públicas para los delitos contra el servicio y en aquellos en que la pena impuesta no sea superior a dos (2) años de prisión, circunstancias que están presentes en el asunto bajo examen.

De manera tal que del anterior marco normativo, para este caso en particular, se colige que la diferencia más significativa entre prisión y arresto se circunscribe al lugar donde el condenado tendría que pagar la pena privativa de la libertad, porque en relación con la duración y penas accesorias, aunque parezca contradictorio aplicar el artículo 626 de la Ley 1407 de 2010, que convierte el arresto (sanción más favorable) en prisión (sanción más severa), atendiendo las consecuencias prácticas referidas esta última se torna más benigna para el condenado. **(Rad. 157107, 19 de septiembre de 2011, M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ABANDONO DEL SERVICIO DE SOLDADOS VOLUNTARIOS O PROFESIONALES

Alcance del ingrediente normativo abandonar los deberes propios del cargo en operaciones militares

El argumento del instructor se basa en la errada y revaluada concepción que tiene sobre los elementos del tipo objetivo que componen el injusto de Abandono del Servicio de Soldados Voluntarios o Profesionales, su imprecisión conceptual y la desatención al cambio de pensamiento de la Corporación es lo que suscita el recurso. Sorprende también que se olvide el sentido y alcance de los ingredientes normativos campaña u operación militar, a los que el ente investigador da una interpretación restrictiva, equivocada y que corresponde a una postura recogida y superada por este Tribunal.

Tal y como se ha indicado por esta Corporación, el concepto operación militar debe consultar la doctrina militar que demanda su desarrollo dinámico, permanente y constante y no limitado sobre erradas percepciones de "actuación combativa", pensar así es vaciar de contenido lo que significa una operación militar, el fin que persigue, la razón por la cual se despliegan las tropas en un área o jurisdicción. Aquella ha de corresponder al objetivo y adecuado contexto en que se valora el accionar de las unidades castrenses destacadas en áreas de operaciones y que enfrentan una realidad tan particular y difícil como la colombiana.

Las categorías facción y servicio no tienen el mismo contenido, sentido y alcance frente a tropas destacadas en guarnición, patio, en labores administrativas o de entrenamiento, que aquellas que se encuentran fuera de la Unidad y que se ubican táctica y estratégicamente en el terreno, su presencia fuera de la instalación militar corresponde a la ejecución de una operación militar que se expresa de diversas formas amén que puede tener varios propósitos, pero no por ello deja de ser una situación operacional. La operación militar sugiere un planeamiento, la observancia de un procedimiento reglado, la emisión de órdenes, ejecución de misiones, (estratégica, táctica, de servicios, entrenamiento o administrativa, comprendiendo el proceso de movimiento, suministro, ataque, defensa, descanso y las maniobras necesarias), para conseguir el objetivo y finalidad constitucional.

Por manera que el ingrediente normativo "operaciones militares" no es restrictivo ni se limita, en la obtusa visión del instructor, a criterios de "actitud actuante (sic) combativa y dinámica", sino que corresponde a una verdadera dinámica, en los términos señalados en precedencia. Se equivoca el instructor cuando considera que el descanso es ajeno a la situación operacional, los Ejércitos están conformados por hombres y como tal se debe diseñar un plan que garantice su reposo, aun en situaciones altamente críticas, lo que al producirse en cortos o determinados espacios de tiempo **en el área de operaciones** no significa que se deje de estar en constante situación de facción, ya que el contexto operacional se mantiene no se interrumpe"[5] **(Rad. 156945, 15 de junio de 2011, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ABANDONO DEL SERVICIO DE SOLDADOS VOLUNTARIOS O PROFESIONALES

El legislador, en lugar de descriminalizar la conducta, contempló una nueva modalidad en la Ley 1407 de 2010.

En todo caso, el artículo 127 de la Ley 522 de 1999 es del siguiente tenor:

"El soldado voluntario o profesional que abandone los deberes propios del servicio en campaña u operaciones Militares, por cualquier tiempo, incurrirá en arresto de uno (1) a tres (3) años, y el artículo 108 de la Ley 1407 de 2010 reza que el soldado voluntario o profesional que abandone los deberes propios del servicio en campaña, operaciones Militares, por cualquier tiempo, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años".

Lo anterior significa que en ningún momento el legislador tuvo la voluntad de descriminalizar la conducta que en uno y otra ley denominó "Abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales"; inclusive todo lo contrario, puesto que en la nueva ley se erigió una nueva modalidad de la conducta, esto es, la contemplada en los siguientes términos:

"La pena será de uno (1) a dos (2) años de prisión, cuando el soldado voluntario o profesional en cumplimiento de actividades propias del servicio se ausente de la unidad sin permiso por más de cinco (5) días, o cuando no se presente a los superiores respectivos dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que se cumpla un turno de salida, una licencia, una incapacidad, un permiso o terminación de comisión u otro acto del servicio o en que deba presentarse por traslado".

La no descriminalización de la conducta puede afirmarse además, al llevar a efecto el ejercicio de discriminar los elementos de tipo objetivo y subjetivo, llegándose fácilmente a la conclusión de que se trata de los mismos. Y por último, cuando el procesado fue acusado y luego condenado por la conducta prevista en el artículo 127 mencionado, estuvo acertada la Fiscalía y el Juzgado

5 Ver decisiones en el mismo sentido Tribunal Superior Militar Rad.155645, 02 de marzo de 2009, M.P. CN. (r) Jorge Iván Oviedo Pérez; 153811, 20 de octubre de 2009, M.P. TC. Ismael Enrique López Criollo; 155322, 27 de febrero de 2009, M.P. TC. Camilo Andrés Suárez Aldana; 153998, 04 de mayo de 2007, M.P. MY. (r) Marycel Plaza Arturo.

de Primera Instancia, pues era el tipo penal no solamente vigente al momento que ocurrieron los hechos, sino que desde el punto de vista de la sanción, también más favorable al procesado". (**Rad. 156425, 21 de febrero de 2012, M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA

Atipicidad - Elemento normativo del delito

Tal como lo afirmamos en acápites precedentes el elemento normativo del punible de Abuso de Función Pública lo es, la Competencia funcional del agente, y en el caso de marras, lo era si el PT. M y objeto material lo es, por lo que no observa esta Sala de Decisión como lo quiere significar el recurrente Vertical que el Fallador Primario confundió la Administración Pública con la Función Pública, cuando solo remembró lo sentado por la Honorable Corte Suprema de Justicia respecto a este reato, y la responsabilidad más exigente que para el Servidor Público deriva la Norma de Normas, para resaltar que lo que protege este bien jurídico es que exista delimitación en los cargos y funciones que cada Servidor Público debe cumplir, sin inmiscuirse en el rol de otro que no le corresponde.

Lógico es, que el Juez de Instancia para sustentar la providencia objeto de Apelación se refiriera a la Administración Pública en general, sin adentrarse en los preceptos de la Ley 489 de 1993 como catálogo normativo que orienta al Derecho Administrativo Colombiano, toda vez que la Administración Pública es la única titular de la Función Pública, y cuando el Servidor Público desarrolla las facultades y atribuciones propias de dicha función sin estar facultado para tal, transgrede la norma.

Ello fue lo que aconteció en el caso de marras, por cuanto, está probado en grado de certeza que el señor PT. ODMC, invadió la esfera de dominio que tenía la Fiscalía General de la Nación / Fiscalía Séptima Local de Tauramena (Departamento de Casanare), cuando esta era la única competente para determinar la devolución o no del rodante inmiscuido en un accidente de tránsito, acontecimiento que motivó su inmovilización por parte del personal de tránsito del cual hacía parte el procesado. **(Rad. 156069, 04 de julio de 2012, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE. Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ACEPTACIÓN DE CARGOS EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL

Momento procesal

El encuentro entre el Fiscal, el procesado y su defensor, para concertar si hay posibilidad de aceptar cargos, debe ser previo a la audiencia de Acusación y Acep-

tación de cargos, no debe entenderse que es simultáneo a la vista pública y dicha entrevista debe ser dirigida por el Fiscal y no por el Juez de Conocimiento.

"En el caso sub examine y concretamente en la Audiencia de Acusación y Aceptación de Cargos la Jueza de Instancia, olvidó que esta diligencia propia del procedimiento especial contemplado en la Ley 1058 de 2006, tiene características de un esquema procesal acusatorio, vislumbrándose en ella principios como la oralidad, concentración e inmediación, por esta razón, y por ser donde se cristaliza la etapa del juicio debe realizarse, con total apego a las formalidades que la Ley consagró para esta actuación. Ritos que fueron desacatados por la Funcionaria de Primer Grado y cuyo desconocimiento vulnera no solo el debido proceso en las formas propias del juicio, sino además trasciende al derecho de defensa del enjuiciado. (…).

Lo primero que se aprecia por la Colegiatura, es que no obra prueba que permita inferir que antes de la Audiencia de Acusación y Aceptación de Cargos, se hubiera realizado un encuentro entre la señora Fiscal, el procesado y su defensor, con el propósito de acordar si existía posibilidades de aceptar cargos, entrevista en la que debe explicarse al procesado sobre las ventajas y consecuencias jurídicas que implica esa aceptación.

La reunión que establece la Ley Especial, debe darse una vez el Fiscal adquiera la calidad de sujeto procesal y dentro de los ocho (8) días siguientes a la ejecutoria de la Resolución de Acusación, mismo lapso que tiene el Juez de Conocimiento para celebrar la audiencia de juzgamiento. En todo caso será, antes de la diligencia de Acusación y Aceptación de Cargos, y bajo el entendido que se trata de dos (2) momentos procesales diferentes y no como erradamente lo acopló la Juez de Instancia en la misma Audiencia.

Pues, de darse una interpretación diferente a la norma, cuál sería el sentido para que la misma disposición después de concertar ese encuentro entre el Fiscal, el procesado y su defensor, señalara:

"Llegados el día y la hora, el Juez de conocimiento instalará la audiencia de corte marcial, advirtiendo al sindicado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si ha llegado a un acuerdo con el Fiscal y en qué consiste este, o si se declara inocente o culpable".

Sin embargo, la Jueza de conocimiento inicia la vista pública y después de indicar las personas que se encontraban presentes, le manifiesta al enjuiciado: **"en esta audiencia a usted le voy a dar la oportunidad de hacer aceptación de los cargos por el delito de DESOBEDIENCIA acusación proveniente de la Fiscalía 24 Penal Militar"** y seguidamente le explica los beneficios y consecuencias jurídicas que acarrea su aceptación a los cargos imputados, posteriormente le concede el uso de la palabra a la Fiscal para que sustente la acusación. Pero, se repite, ese momento procesal debió surtirse antes de la audiencia de acusación y aceptación de cargos, y dirigido por la Fiscal en presencia del procesado y su defensor.

La ley de manera diáfana establece que la Juez debe interrogar al enjuiciado si llegó a un acuerdo con el Fiscal, seguidamente lo amonesta para que libremente y sin apremio de juramento señale cómo se declara, lo que no fue acatado por la funcionaria, pues no le preguntó sobre si había existido ese encuentro previo, sumado al hecho que agotó ella y no la Fiscal esa etapa, y en la misma diligencia de acusación y aceptación de cargos, y no con anterioridad como lo demanda la disposición castrense". **(Rad. 157058, 29 de julio de 2011, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ÁMBITO DE VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY

Diferencia entre vigencia e implementación. Los efectos de la implementación en un cuerpo normativo dependen de la vigencia y no al contrario. Estudio sobre la procedencia de rebaja de pena.

Las normas del nuevo Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010, deben interpretarse y aplicarse de forma tal que guarden armonía con los principios generales y derechos fundamentales consagrados en la Carta Política de 1991.

"Tal y como se anota, desde el 17 de agosto de 2010 se ha venido decantando el tema y hoy la Corporación ha construido una línea mayoritaria que nos permite reafirmar, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-444 de 2011 en la que se evocan las providencias C-084 de 1996 y C-873 de 2003, que cuando una ley es promulgada se pregona su vigencia, consiguientemente surgen sus efectos jurídicos y deviene en imperativo su aplicación. Se predica igualmente la irretroactividad de la nueva ley, salvo los casos de extractividad (retroactividad, ultractividad) que se invoca por favorabilidad. En su oportunidad la precitada Corte dispuso: *"(…) cuando se fija la fecha de inicio de la vigencia de una ley se señala el momento a partir del cual dicha normatividad empieza a surtir efectos, de la misma manera se alude al periodo de vigencia de una norma determinada para referirse al lapso de tiempo durante el cual esta habrá de surtir efectos jurídicos (…)"*[6].

El umbral interpretativo está en la comprensión y acatamiento de los artículos 7 y 177 de la Ley 1407, postulados que establecen el principio rector de legalidad, caro precepto que no se puede soslayar cuando este corresponde a una verdadera conquista de la humanidad, generada en el seno de la Revolución francesa y que el Profesor Feuerbach Paul Johann trajo al derecho penal. Se destacan desde entonces principios que lo rigen, como: *nulla poena sine crimine, nullum crimen sine praevia lege, nullum crimen sine praevia lege, nemo iudex sine lege*[7], entre otros.

Cuando se verifica el ámbito de validez temporal de la ley no puede desatenderse la observancia de la "*lex previa y scripta*", del "*tempus comissi delicti" o "tempus regit actum",* lo que comporta precisar el momento en que se entiende come-

6 Corte Constitucional, sentencia C-444 de 2011.

7 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Luigi Ferrajoli. Editorial Trotta. Pág. 93.

tida la conducta y la necesaria confrontación con la ley vigente, esto es, proceso de adecuación típica que incorpora el mandato respecto a que: "*nadie puede ser investigado, procesado, juzgado o condenado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le atribuye (…)*"[8].

Ahora bien, puede ocurrir que el injusto se realice bajo la vigencia de una de las dos leyes coexistentes, pero en conflicto (Ley 522 de 1999 y 1407 de 2010), lo que no suscita dificultad en su solución, toda vez que la norma aplicable es la que rige al instante de la comisión de la conducta, es decir, en el caso en estudio esta última normatividad; en consecuencia, no se deben intentar elucubraciones jurídicas que solo apuntan a la confusión y generan inseguridad jurídica. Lo planteado permite aseverar que adquiere todo sentido el artículo 22 de la Ley 1407 cuando prevé: "*Tiempo de la conducta punible. La conducta punible se considera realizada en el tiempo de su ejecución, o en aquel en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el resultado*".

Llamamos la atención en cuanto a que la Ley 1407 de 2010 es un código integrado, que prevé dos secciones, en la primera se ubica la parte general y especial y en la segunda el procedimiento, situación que de alguna manera acrecienta la dificultad interpretativa, que no se genera en la justicia ordinaria, toda vez que los institutos se regulan por leyes diferentes y promulgadas en tiempo diverso (Ley 599 de 2000 y 906 de 2004). Consecuente con ello, esta legislación produjo dos efectos denominados acontecimiento jurídico y evento fáctico, aquel corresponde a que una vez aprobado por el Congreso de la República el proyecto de Ley en junio de 2007, incorporándose en el artículo 628 como norma de **Derogatoria y vigencia,** lo siguiente: *"Artículo 628. La presente Ley regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 10 de enero de 2010, conforme al régimen de implementación. Los procesos en curso continuarán su trámite por la Ley 522 de 1999 y las normas que lo modifiquen. Parágrafo. El artículo 625 de la presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación".* Lo que sugiere afirmar la voluntad del Legislador para que la nueva codificación entrara en vigencia dos años y medio después de su promulgación con el interés que el sistema estuviera listo para ser implementado.

El segundo aspecto, corresponde al evento fáctico que atañe a la promulgación, la que se produjo por el Ejecutivo el 17 de agosto de 2010, y que como se ha indicado, tras ser insertada en el *Diario Oficial*, deviene en que el momento en que surte todos los efectos jurídicos es en dicha fecha. Las dificultades que se derivaban del 1° de enero al 17 de agosto de 2010 son superadas en la sentencia C-444 de 2011, apoyándose la Corte Constitucional en la C-932 de 2006, que establece que ninguna Ley rige antes de su promulgación.

No está de más recordar que son ya varias las decisiones[9] emitidas por el Tribunal Superior Militar en las que se ha señalado que la Ley 1407 de 2010 cobró

8 Art. 29 de la Carta Política de 1991 y 7º de la Ley 1407 de 2010.

9 Ver Tribunal Superior Militar, Rad. 157156, Segunda Sala de Decisión, M.P. TC. Fabio Enrique Araque Vargas, 31 de octubre de 2011; 157086, Primera Sala de Decisión, M.P. TC. Ismael Enrique López Criollo, 14 de marzo de 2012; 157120, Cuarta Sala de Decisión, M.P. TC. Jacqueline Rubio Barrera, 28 de septiembre de 2011; 157132, Segunda Sala de Decisión, M.P. MY. (r) José Liborio Morales Chinome, 155246, Cuarta Sala de Decisión, M.P. CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, 28 de enero de 2011; 157084,

vigencia, consecuentemente efectos jurídicos y aplicación a partir del 17 de agosto de 2010 y en tal sentido ha utilizado varios de sus contenidos; por solo enunciar algunos, se ha pronunciado sobre la aplicación del artículo 15 como pilar de la nueva estructura del injusto, también criterios de imputación objetiva, delito imprudente - canon 25, causales de ausencia de responsabilidad - artejo 33, la no imposición de pena accesoria según los criterios del artículo 51, el no trámite del grado jurisdiccional de consulta, los fines de la medida de aseguramiento - cánones 466 y 467, trámite de impedimentos - artejo 242 y casación - artículo 346 y ss., dosificación punitiva a partir de los factores de menor y mayor punibilidad - artículo 55, entre otras.

Esclarecido lo anterior, la dificultad se deriva de los mandatos dispuestos en los artículos 623, 626, 627 y 628 de la Ley 1407 de 2010, la Ley 522 de 1999, el principio de favorabilidad y la declaratoria de inexequibilidad del citado canon 628 que condicionó o moduló el efecto jurídico bajo el entendido que la normatividad empezaría a regir a partir del reiterado 17 de agosto de 2010, y destacando que tal vigencia será "para todos los efectos". Al respecto la Corte indicó:

"(…) En consecuencia, como en el presente caso estos derechos pueden verse violentados la Sala estima necesario declarar la inexequibilidad desde el momento en que la norma fue promulgada, es decir que el fallo tendrá efectos desde el ***17 de agosto de 2010 fecha de su publicación en el*** **Diario Oficial*****, a partir de la cual se entenderá vigente la norma para todos los efectos,*** *sin perjuicio de la aplicación de lo prescrito en aparte final del artículo 628 –no demandado–, según el cual los procesos en curso –al entrar en vigencia la ley– continúan su trámite por la Ley 522 de 1999 y las normas que la modifiquen, aspecto que no demanda realizar ningún tipo de integración normativa para efectos de la presente decisión*".(Negrita de la Sala).

(…) Por ello hemos expresado que respetuosamente discrepamos de lo esbozado en el radicado 157127, **pues no puede olvidarse que los efectos de implementación en un cuerpo normativo, dependen de la vigencia y no al contrario.** Así las cosas, la implementación depende de la validez de la norma, pensar en contrario conspira contra el principio de legalidad. Un Estado en ejercicio de la política criminal difiere su ejecución en el tiempo, **pero del procedimiento, no de normas generales ni sustanciales o sustantivas**, **pues ellas tienen plena vigencia y aplicación desde cuando son promulgadas;** es así que, con el acostumbrado respeto, disentimos cuando se asegura que este tipo de regulaciones sustantivas solo pueden ser empleadas cuando las adjetivas estén implementadas, esto contraría, insistimos, la vigencia del principio de legalidad. La utilización desde el 17 de agosto de 2010 de criterios sustantivos (parte general y especial) y adjetivos o procesales

Primera Sala de Decisión, M.P. CN. (r) Jorge Iván Oviedo Pérez, 30 de agosto de 2011; 157086, Primera Sala de Decisión, M.P. TC. Ismael Enrique López Criollo, 14 de marzo de 2012; 156649, Segunda Sala de Decisión, M.P. TC. Fabio Enrique Araque Vargas, 30 de marzo de 2012; 156075, Primera Sala de Decisión, M.P. TC. Noris Toloza González, 11 de marzo de 2011; 155246, Cuarta Sala de Decisión, M.P. TC. Camilo Andrés Suárez Aldana, 28 de enero de 2011; 156851, Segunda Sala de Decisión, M.P. MY. (r) José Liborio Morales Chinome, 4 de febrero de 2011; 156850, Tercera Sala de Decisión, M.P. MY. (r) Marycel Plaza Arturo, 28 de febrero de 2011; 156856, Segunda Sala de Decisión, M.P. CR. María Paulina Leguizamón Zárate, 21 de febrero de 2011; 156898, Primera Sala de Decisión, M.P. TC. Ismael Enrique López Criollo, 26 de julio de 2011; 156985, Cuarta Sala de Decisión, M.P. CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, 18 de julio de 2011; 156847, Cuarta Sala de Decisión, M.P. CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, 8 de febrero de 2011; 156425, Primera Sala de Decisión, M.P. CN. (r) Jorge Iván Oviedo Pérez, 21 de febrero de 2012; 157130, Segunda Sala de Decisión, M.P. TC. Fabio Enrique Araque Vargas, 29 de febrero de 2012. Rad 157351. 04 de junio 2012, M.P. Fabio Enrique Araque Vargas.

de contenido sustancial corresponde también a lo que la Corte ha denominado "entrada en vigencia para **todos sus efectos"**.

No puede perderse de vista el mandato de La Guardiana de la Constitución cuando prevé que la ley se entenderá vigente para **todos sus efectos** desde el 17 de agosto de 2010. En conclusión, no cabe duda que ante el pleno vigor de la Ley 1407 "Nuevo Código Penal Militar", los reatos cometidos con posterioridad a dicha calenda son los dispuestos en esta normatividad en su libro segundo, los cuales deben ser valorados conforme los principios, estructura del injusto y punibilidad consagrados en el libro primero; ello comporta todos los efectos, y destaca el principio de legalidad del delito y de la pena, la cual un Estado que se precia como Social de Derecho no puede menospreciar.

En cuanto hace a normas procesales de contenido sustancial en la Ley 1407 de 2010, no puede olvidarse que en principio corresponden a todas aquellas que versan o materializan la restricción de derechos fundamentales, particularmente las que apuntan al derecho a la libertad, restricción de la misma, punibilidad, rebajas y las consagradas en los artejos 464, 465 y 466, referentes a los fines de la medida de aseguramiento.

En igual sentido, lo preceptuado en el canon 467 sobre la procedencia de la detención preventiva, causales de libertad diseñadas en el artículo 470, y 493 atinente a la rebaja de pena, entre otras.

Resulta oportuno evocar lo que señala la Corte Constitucional en sentencia C-708 de 2005 y SU 062 de 2001 cuando confluyen en tiempo y espacio normas sustantivas y procedimentales que en razón de su nueva vigencia se ha de predicar su aplicación inmediata y el fenómeno de irretroactividad, o el efecto producido por ser diferidas en el tiempo a razón de planes de implementación; al respecto precisó que cuando se determina que una ley se aplicará de acuerdo a la gradualidad que fije la misma y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca, "Simplemente se hizo expreso el principio de irretroactividad de la ley penal para formular algunas precisiones inherentes a los aspectos temporales de la reforma", vale decir, la Corte está revalidando que la ley rige para el futuro, se está refiriendo exclusivamente a la norma adjetiva, en consecuencia al fenómeno de irretroactividad[10] pero para el procedimiento, no para normas sustantivas, donde por excelencia opera fenómenos de extraactividad de la ley, esto es, retroactividad o ultractividad. Por ello persistimos que **la implementación del sistema acusatorio tiene que ver con el proceso y no con los delitos.** Las normas del nuevo Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010, deben interpretarse y aplicarse de forma tal que guarden armonía con los principios generales y derechos fundamentales consagrados en la Carta Política de 1991, no olvidemos que el límite de interpretación del derecho penal castrense es la Constitución y el bloque de constitucionalidad.

10 Corte Constitucional, sentencia C-1092 de 2003.

Para ahondar en razones debe recordar la Sala que el Tribunal se ha pronunciado sobre el tema en comento en más de cincuenta providencias[11], lo que ha generado una línea mayoritaria en decisiones adoptadas por las Salas Primera, Segunda, Cuarta y aclaración de voto por parte de un Magistrado de la Sala Tercera". (**Rad. 157350, 30 de julio de 2012, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

AMENAZAS

El punible de amenazas como delito de peligro. "(…)

Previo a analizar tan puntual argumento, se deberán contextualizar los elementos que caracterizan el penal de amenazas tal como lo ha venido reiterando esta Sala de Decisión[12], en el entendido, que este delito penal 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 su 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 doctrina[13] 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 superior[14] o ataque al inferior[15]. 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 monosubjetivo. Por último, de acuerdo a la clasificación según el bien jurídico protegido, se dirá que es un punible de peligro.

11 Verificado en Relatoría.

12 Ver Tribunal Superior Militar, Rad. 155759, 31 de marzo de 2011, M.P. TC. Fabio Enrique Araque Vargas, Segunda Sala de Decisión.

13 REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Tipicidad*, Editorial Temis, 1989.

14 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…".

15 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…".

De lo anteriormente expuesto, 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-temporalmente[16] 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. (…).

Ahora bien, el punto de discrepancia, es determinar si la conducta desplegada por el procesado la noche del 11 de marzo de 2006 cuando salió de su cambuche con su equipo de campaña incluido el fusil y el machete hacia el área donde pernoctaba el señor CT. PMCA, y que las palabras utilizadas allí para reclamar sobre lo que el procesado consideraba una omisión del oficial y la falta de atención al problema de salud que lo aquejaba en ese entonces vulneran la disciplina bajo el tipo penal de amenazas.

En primer término habrá de señalarse que en la dogmática penal existe delitos de lesión y de peligro, estos últimos no requieren resultado físico frente al bien jurídico, sino que su estructuración se da en el punto de poner en riesgo el bien jurídico objeto de protección que en el caso sub judice es la disciplina. En otras palabras, ante la existencia de la destrucción total o parcial del bien estamos en presencia de un delito de daño, pero si solo nos encontramos en la posibilidad de producir aquel daño nos hallamos frente a un delito de peligro.

Siguiendo las enseñanzas de la Doctrina Argentina, el Profesor Davis Baigún[17] señala que la tipificación del peligro en materia penal tiene características singulares, de una parte, la existencia del peligro, "cosa en sí" es condición imprescindible para la configuración del delito; por otra –pero al mismo tiempo–, el peligro aparece vinculado al daño o lesión del bien, es decir, como "cosa para" algo. La presencia de los dos conceptos en forma coincidente señala, precisamente, la especificidad del concepto.

La cosa en sí, es entendida como una situación que se da en la realidad, conducta que altera el estatus del medio social y que por sí misma, es idónea para producir una repercusión en el ámbito de la sociedad. Y la cosa para algo, es la idoneidad de aquella para provocar un daño.

En el caso de la protección de la disciplina como bien jurídico, ha de señalarse, que la ley penal no solo protege objetos tangibles, sino también intereses de la colectividad, tal es el caso de la organización militar y policial donde la ley penal militar protege intereses colectivos de su propia naturaleza, es decir, intereses institucionales comunes a todos sus integrantes, como la disciplina. (…).

Probada así la situación fáctica o real, podremos afirmar entonces, que en la estructuración del peligro se encuentra evidenciado el elemento "cosa en sí". Ahora bien, habrá de valorarse si ello tiene la posibilidad real de poner en riesgo la disciplina. Sobre este particular, ha de precisarse que ese riesgo o ese peligro debe concretarse.

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

17 BAIGÚN, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo,* Editorial Euros Editores, Buenos Aires (Argentina), 2007.

Tal peligro determinado no debe partir del entendido de un hecho concreto –sensorial– pues no siempre lo concreto aparece por fenómenos externos visibles, tangibles, apreciables por los sentidos, lo concreto en el tipo penal que protege el bien jurídico de la disciplina obedece a un proceso mental, a guisa de ejemplo para explicar este proceso mental "en el campo de los delitos de peligro no resulta difícil la ejemplificación. Cuando el legislador conceptúa que una conducta determinada (por ejemplo el artículo 205 del Código Penal) pone en peligro el bien tutelado de la salud pública y reprime la introducción clandestina al país de alcaloides o narcóticos, refleja en realidad un peligro concreto mental"[18].

Lo anterior nos lleva a concluir que para predicar la situación de peligro del bien jurídico protegido como lo es la disciplina, por tratarse de un delito de peligro implica establecer la probabilidad de daño de dicho bien jurídico, y esta se establece a partir de la constatación real de la acción **"cosa en sí"** y su actitud para provocar el daño **"cosa para algo".**

Respecto de la **"cosa en sí"** reiteraremos que está contenida en el actuar físico y naturalístico del procesado cuando se dirigió en busca de su superior y el estado de alteración acompañado de su equipo de campaña "armas" expresaba frases insultantes, intimidatorias y desafiantes para obtener de su superior la orden de evacuación del área de operaciones.

Y respecto de la **"cosa para algo"** es decir que aquella realidad tenga la actitud para producir el daño al bien jurídico, también se evidenció en la conducta desplegada por el procesado, pues esta, tiene la fuerza suficiente para poner en peligro el bien jurídico de la disciplina, ya que en el contexto social militar lo correcto, lo normal u ordinario es que las relaciones entre los militares están gobernadas por los criterios de cortesía y respeto. Pues no se debe olvidar que el militar tiene unas normas de conducta que deben regir su comportamiento las cuales se compendian en conceptos como deberes, valores militares, valentía, compromiso y disciplina. Y son estos conceptos los que nos permiten predicar que el actuar del procesado se guió por el respeto como tampoco se permite predicar que aquella reclamación fue desarrollada bajo los criterios de lealtad y conducto regular. Sean estos criterios que deben ser inherentes a la figura del ser militar los que fueron puestos en peligro y en consecuencia se puede predicar la potencialidad de daño al bien jurídico de la disciplina, es decir, **"cosa para algo". (Rad. 156938, 30 de septiembre de 2011, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ANUNCIO DEL SENTIDO DEL FALLO

Cuando se aceptan los cargos, per se, no genera nulidad la falta de anuncio del sentido del fallo.

"Corresponde precisar previamente, que si bien la petición de nulidad fue hecha por el señor Fiscal 29 Penal Militar cuando ya se había proferido la sentencia de fecha

18 Ver Ob. cit., pág. 21.

8 de febrero del año en curso, es viable entrar a decidir sobre la misma, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 390 del Código Penal Militar <Ley 522 de 1999> toda vez que las causales de nulidad pueden ser objeto de ser alegadas en cualquier estado del proceso, y para el caso de estudio la sentencia aún no cobraba ejecutoria, siempre y cuando claro, no hayan sido debatidas en el curso del proceso". (…).

"Conforme las anteriores normas, tenemos que la audiencia del juicio oral, entonces, es el escenario procesal en el cual, de acuerdo con la sistemática acusatoria penal, se practican las pruebas, con sujeción a los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración, elementos que al tiempo que le imprimen una identidad propia, lo distancian, en gran proporción, del juzgamiento en los sistemas procesales anteriores, donde regía el principio de permanencia de la prueba, en el que los elementos de juicio practicados por la Fiscalía General de la Nación desde la fase preliminar de la investigación, podían ser el soporte de la sentencia[19]". (…).

"En este orden de ideas, resulta lógico pensar que si la inmediación comporta la percepción directa del juez sobre las pruebas y los alegatos de las partes y la concentración implica la valoración del acervo probatorio en un lapso temporal que no puede ser prolongado, y si tales principios no gobiernan el proceso penal militar que regula la Ley 1058 de 2006, ni la Ley 522 de 1999 donde existe el principio de permanencia de la prueba, tenemos que concluir que el anuncio del sentido del fallo que prevé la Ley 1058 de 2006 para el procedimiento abreviado no cumpliría con el objetivo para el cual fue establecido en la Ley 906 de 2004, pues si lo que se intenta es que ese sentido del fallo sea el producto de la idea que se forma el juez sobre la totalidad de la prueba que se haya recopilado en su presencia, luego de escuchar las alegaciones de las partes, en este evento esto no ocurriría, al existir una etapa de investigación donde se practican casi la totalidad de las pruebas que sirven en el juicio para sustentar el fallo respectivo, contrario al concepto de la Señora Procuradora que actúa ante esta corporación en este sentido, pues en cualquier momento podría el juzgador volver sobre el recaudo probatorio para sustentar la sentencia.

De igual manera, ese anuncio del sentido del fallo en la Ley 1058 de 2006, no reviste ninguna otra importancia diferente que otorgarle al procesado una expectativa de llegar a ser absolutorio, pues en dicha normatividad no se encuentra consagrado el incidente de reparación integral (Artículo 103 Ley 906 de 2004, y 266 Ley 1407 de 2010), ni audiencia especial para discutir los aspectos atinentes a la individualización de la pena y la concesión o no de subrogados penales (Artículo 447 Ley 906 de 2004 y 588 Ley 1407 de 2010), que en nuestro procedimiento se debaten en la misma audiencia pública, al igual que el tema relacionado con la responsabilidad del procesado". (…).

"Es importante resaltar en torno al tema, que la aceptación de cargos como mecanismo abreviado de terminación de la actuación – debe culminar con sentencia condenatoria y para el caso del procedimiento establecido en la Ley 1058 de 2006, no reviste ninguna importancia ni para el procesado ni para la víctima, de haberla, pues no crea expectativas que lo favorezcan, ni derechos, si tenemos en cuenta que en la Ley 1058

19 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 32829, 17 de marzo de 2010, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

de 2006, ni tampoco en la Ley 522 de 1999 se encuentra consagrado el incidente de reparación integral, y recuérdese que la importancia de emitir un sentido del fallo, radica precisamente, en que a partir de ese momento se empiezan a contar los 30 días (art. 106 Ley 906 de 2004) para que se abra el incidente de reparación integral (art. 102 de la Ley 906 de 2004) y la posibilidad de intervenir dentro de él con amplias facultades tanto para presentar y solicitar pruebas, como para ser oído en su intervención, al igual que para conciliar con el acusado, con el tercero civil responsable o con el llamado en garantía, tal como lo precisa el último de los mencionados dispositivos legales y los subsiguientes. Y tampoco hay audiencia especial para discutir los aspectos atinentes a la individualización de la pena y la concesión o no de subrogados penales, porque en nuestro procedimiento se debaten en la misma audiencia pública, al igual que el tema relacionado con la responsabilidad del procesado, como antes se mencionó.

En esas condiciones, tenemos que en el adelantamiento de la actuación por vía de la aceptación de los cargos, no tiene cabida el anuncio del sentido del fallo, pues es obvio que la sentencia en estas condiciones debe ser de naturaleza condenatoria. Y si nos remitimos al procedimiento señalado en la Ley 906 de 2004, aún regido por otros principios que no gobiernan el procedimiento establecido en la Ley 1058 de 2006, en su artículo 293 no contempla el sentido del fallo después de haberse aceptado la imputación, pues lo único que procede es examinar por parte del juez de conocimiento el acuerdo para determinar que fue voluntario y convocar la audiencia para la individualización de la pena y la sentencia". (…).

"En este orden de ideas, cuando hay aceptación de cargos, a pesar de que la Ley 1058 de 2006 dispone que deba emitirse el sentido del fallo (excepto cuando la manifestación es mixta, es decir, de aceptación respecto de un delito y de inocencia respecto a otro u otros), en caso de no darse, podríamos hablar de una irregularidad la que no podemos considerar como sustancial, pues no es cierto como lo ha dicho el señor Fiscal recurrente, que se ha sorprendido a las partes con una incierta decisión o que se dejó en vilo a quienes como partes solicitaban una expresión de justicia de manera oportuna, pues ya vimos que en estos eventos ni lo uno ni lo otro se da, toda vez que después de la aceptación de cargos solo procedía una sentencia de carácter condenatorio y era lo que debían esperar los sujetos procesales, y para el caso de estudio, esa expectativa de condena quedó debidamente informada tal como podemos observar al inicio del acta de la audiencia de acusación y aceptación de cargos visible a folio 137 del cuaderno, cuando se dejó constancia de las consecuencias que se derivaban de la aceptación de cargos, que no podían ser otros que obtener "como beneficios la rebaja de pena de 1/6 parte, equivalente a un mes físico de detención el que se reconocerá partiendo de la pena a imponer, de igual manera la sentencia a emitir será de carácter condenatorio…[20]". (…).

"Bajo esta óptica y conforme al principio de trascendencia, según el cual no existe nulidad sin perjuicio al sujeto procesal (sistema inquisitivo) o a la parte (sistema acusatorio)[21], y que la nulidad antes de proteger las formas procesales, tutela los derechos y garantías de quienes intervienen en el proceso, tenemos que mani-

20 Folio 137 audiencia de acusación y aceptación de cargos.

21 NOVOA VÁSQUEZ, Néstor Armando, *Nulidad en el procedimiento penal*, tomo II, cuarta edición 2010, pág. 1063.

festar que en este asunto no es posible la declaratoria de nulidad como lo solicita el recurrente, al no haberse afectado en nada los derechos y garantías de ningún sujeto procesal, como antes se explicó, de ahí que no se acepten los argumentos del recurrente en este aspecto". **(Rad. 156988, 29 de julio de 2011, M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ATAQUE AL INFERIOR

La acción de comando sugiere conocimiento, experiencia, capacidad de discernimiento en la toma de decisiones, competencia, criterio, responsabilidad y sensatez. Implica juicio, prudencia, oportunidad, drasticidad y rigor, pero con cordura y respeto.

"Por vía de la descripción comportamental imputada buscó el Legislador preservar impoluta la disciplina, amén que se constituye en la condición esencial para la existencia de la Fuerza militar, y se matiza como el pilar fundamental de una sociedad civilizada que exige mantener organizada, cohesionada, capacitada y dispuesta a su Fuerza Pública. Así, el injusto consagrado en el artículo 100 de la Ley 1407 de 2010, atinadamente invocada por la funcionaria investigadora (Art. 119 Ley 522 de 1999), se erige delito de peligro, de conducta[22], en razón a que el bien jurídico que protege es fundamental para la colectividad castrense y del común; lo que demanda un ámbito de protección ex ante, dado que el solo riesgo o peligro, ya es suficiente para la estructuración del punible.

El peligro referido, en las circunstancias particulares del caso en estudio, se concreta no solo en la materialización del ataque por vía de hecho, expresado en la censurable conducta del Capitán C. al golpear con un palo en la cabeza al Soldado F, sino que tiene la entidad efectiva de vulnerar la disciplina, y en su momento, el haber concursado su actuar con el injusto de Lesiones, delito que fuera objeto de conciliación y terminación de persecución penal.

Para el derecho penal militar, un comportamiento como el que se analiza tiene la potencialidad de resquebrajar la disciplina, y es objeto de sanción, pues no puede olvidarse que busca proteger es el orden, el cabal cumplimiento de las funciones, evitar el desborde de poder, cohesionar la Fuerza Pública, garantizar la jerarquía, el uso racional y legítimo del mando; regular dentro de patrones de cordura, legalidad y eficacia el mandar y obedecer. Sin que sea concebible que la superioridad se imponga o se rechace por la arbitrariedad e intolerancia.

La acción de comando sugiere conocimiento, experiencia, capacidad de discernimiento y toma de decisiones, competencia, criterio, responsabilidad y sensatez. Implica juicio, prudencia, oportunidad, drasticidad y rigor, pero con cordura y respeto. Sin duda estos postulados los desatendió con creces el Capitán C., de quien por su

22 Kindhâuser, citado por Roxin, refiere que los delitos de peligro abstracto no están para proteger bienes jurídicos sino para garantizar su seguridad. Pág. 409. *Derecho Penal Parte General.* Claus Roxin. En nuestro criterio la afectación de la disciplina constituye un efectivo peligro y no meramente abstracto. Pág. 409. *Derecho Penal. Parte General.*

formación, experiencia y nivel de mando se espera es una conducta distinta. Es que no se trata de un aprendiz de lides militares, en el ejercicio del mando, su grado, conocimiento especial, implica tener subalternos bajo control a quienes debe orientar, guiar y adoptar decisiones, vale decir, se trata de un Oficial con experiencia en la ejecución del mando, sabía cómo se ejerce el mismo, qué significa el liderazgo, cuál es el procedimiento normado para mantener la disciplina, para instruir; y que agredir a un Soldado corresponde a la negación y desconocimiento del derecho, de la acción de comando, del derecho disciplinario y penal, llamados a recomponer el asunto.

El ejercicio del mando atrabiliario, que busca el reconocimiento de los subalternos a partir de la violencia, del temor, de la arbitrariedad, es la palmaria negación de lo que debe ser un líder en los momentos actuales de la Fuerza militar en constante evolución, particularmente de cara a lo que postula un Estado Social de Derecho, que aboga por la vigencia del principio de dignidad, de los derechos humanos, de los derechos fundamentales; por lo que se recuerda al encartado que el liderazgo es una opción, que debe entenderse como imperativa, concebida desde las Escuelas de formación, y no una simple y facultativa posición. Al respecto resulta oportuno evocar:

"Liderazgo: El liderazgo es entendido como un proceso por el que se muestra a los colaboradores cuál es el camino a seguir en sus actuaciones formales e informales para que hallen un sentido a lo que hacen y logren los propósito de la organización. Los líderes, sostienen, deben concentrar su atención en el cambio de paradigmas, en aras de contribuir eficazmente a la construcción de nuevos que generen compromisos más sólidos. (…).

En desarrollo de tales acciones el líder entiende muy bien que la autoría no significa imponer la voluntad individual sobre la voluntad de los demás sino ser capaz de integrar las distintas voluntades en torno a un objetivo común para el beneficio de todos. (…).

El liderazgo militar se define como el arte y la ciencia de inferir, directa o indirectamente, en los demás y la destreza de crear las condiciones para permitir que la organización alcance exitosamente el resultado deseado. Pero ante todo consta de tener una visión de lo que se debe hacer, comunicarlo de tal manera que su propósito esté claro y luego ser lo suficientemente firme para realizarlo (…)"[23]. (**Rad. 157023, 20 de junio de 2011, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ATAQUE AL SUPERIOR MODALIDAD AMENAZAS

Oficiosidad del Juez para ordenar Ampliación, Complementación y Aclaración del Dictamen Pericial

"(…) Por lo tanto, y como se detalló en precedencia, tenemos entonces que la prueba es el medio objetivo por excelencia utilizado para que procesalmente se

23 Liderazgo Militar una perspectiva personal, General Freddy Padilla de León, Pág. 42, 43, 47. Imprenta Ejército Nacional.

llegue a la verdad, por lo que su eficiencia será mayor en la medida que sea clara y plena; por ello, todo sistema legal probatorio debe tener como finalidad llevar la certeza al operador jurídico.

Así las cosas, vemos que si bien es cierto que el Juez de Oficio puede ordenar en cualquier momento antes de que el proceso entre al Despacho para dictar Sentencia la ampliación, complementación o aclaración del Dictamen Pericial, tal como lo reza el inciso 2° del Artículo 423 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999– también es cierto que ha de apreciarse para tal orden su utilidad, es decir, que cuando ya se ha dilucidado un aspecto neurálgico como acontece en este caso, el repetirla reporte un verdadero beneficio para la Investigación, en el entendido que ninguna prueba será conducente si no es apta para llevarnos a la verdad sobre los hechos objeto del procesamiento, que a su vez son los únicos pertinentes". **(Rad. 157244, 26 de marzo de 2012, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

AUTORÍA MEDIATA

Quien interviene bajo coacción o error se constituye en instrumento del hombre de atrás. "(…).

De lo anterior se puede afirmar, que el segundo documento que firmó el PT. CF donde se dejaba a disposición de la Fiscalía a uno solo de los capturados, sustrayendo de la realidad fáctica al otro, señor CAOS fue consecuencia del error generado por la suboficial y el IT. LR en el PT. CFEJ quien terminó por creer erradamente que al poner a disposición los dos capturados por el EMCAR 18, se podría cometer el delito de detención arbitraria, lo que generaría consecuencias perjudiciales para él y para sus compañeros del EMCAR 18 quienes habían realizado el procedimiento, se reitera, tal error fue producto de la coacción del IT. LRJA y de la SS. NMRR.

Al punto que es creíble para esta Sala de Decisión que fue la propia suboficial RRNM quien materialmente elaboró el documento y bajo la coacción que ejerció sobre el patrullero, este lo firmó, episodio con el que culminó el actuar de la SS. RR, el cual inició desde la misma noche de la captura 19 de junio de 2003 cuando persuadió al IT. MPW y que concluyó en las horas de la tarde del día 20 de junio de 2003 cuando hizo acudir al PT. CFEJ a su oficina, pues no de otra forma se explica el por qué no se tramitó por parte del IT. LRJA el documento recibido a las 11:55 horas, como tampoco tiene otra explicación la de que la SS. RR sin tener relación funcional con la organización del EMCAR 18 resultara involucrada en sus roles propios al punto de materializar su intervención tanto en el apoyo logístico (computador, elaboración de márgenes del documento e impresión del mismo), como también en la sugerencia de mutar el contenido del documento e inducir en error al firmante PT. CFEJ, adicional a ello, surge la credibilidad sobre la elaboración del documento por parte de la SS. NMRR y su

coacción para la emisión del nuevo documento que solo colocaba a disposición de la autoridad a un capturado y no a su familiar (CAOS).

Conforme a lo anteriormente expresado, no resulta acertado señalar que la SS. RRNM pudiera haber sembrado en el PT. CF la realización de una conducta delictiva y que este con conocimiento y voluntad decidió cometer un ilícito; la lectura adecuada es que el PT. CFEJ firmó este nuevo documento bajo la creencia errónea que ello era lo correcto de acuerdo a las instrucciones dadas por sus superiores SS. RR e IT. LR, es en esa situación de error en que firmó el PT. CFEJ al creer que su actuar estaba justificado, en otras palabras, error de prohibición. (…) .

De lo anterior podemos afirmar que el PT. CFEJ dadas sus funciones personales es decir, un policial recién graduado, ostentando el primer rango de su carrera policial como suboficial y que en el momento de los hechos aquel episodio se estructuraba como su primera acción de dejar a disposición un capturado implican necesariamente que sea una persona que busca apoyo en sus superiores dada su jerarquía y experiencia, sin embargo, resulta que el encargado de la oficina de judicializaciones IT. LRJA junto a la SS. RRNM son esas personas de referencia que le brindan el apoyo y lo guían para el buen servicio policial, pero que contradictoriamente fueron ellos quienes crearon en el patrullero la creencia errónea, que el contenido del documento que estaba firmando era lo correcto, pues se estaba corrigiendo un error en el procedimiento policial supuestamente cometido por quienes realizaron la captura. (…).

7.4.1- De la intervención delictiva de la SS. RRNM: Conforme a los presupuestos anteriores, en que el PT. CFEJ actuó en condición de error de prohibición, se dirá entonces, que de acuerdo a los postulados de la figura de la autoría mediata entendida cuando en la realización de un tipo penal concurren como mínimo dos personas, habrá de determinarse a partir de la teoría del dominio del hecho quién tenía el dominio, y si uno de ellos actuó con error, este se constituye en mero instrumento del hombre de atrás, es decir, bajo la teoría del dominio del hecho, la SS. RRNM e incluso el IT. LRJA tenían el dominio de la voluntad del PT. CFEJ lo que los ubica en el campo de la autoría mediata y no el de la participación en calidad de determinador.

Como se dijo en el numeral precedente, el PT. CFEJ, quien firmó el documento como ejecutor material no se le puede atribuir responsabilidad penal dado que su actuar no tiene culpabilidad, y en ese orden de ideas, el sujeto de atrás, que tenía el dominio del hecho, se convierte en autor mediato al utilizar al ejecutor material como instrumento.

Dentro de las varias formas de autoría mediata, se encuentra el ejercicio de la coacción sobre el sujeto instrumento, como también cuando el ejecutor material obra con error, circunstancias que se han probado como se señaló en precedencia". (**Rad. 153735, 31 de julio de 2012, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD

El estudio del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010 y de las causales de ausencia de responsabilidad que allí se consagran, debe realizarse con apego al contenido íntegro de la norma y no en forma parcializada. Cada una ampara situación fáctica específica.

Luego, el reconocimiento de la causal de exclusión de responsabilidad por parte del *ad quem*, requiere no solo la alegación, sino la demostración en todos sus elementos, pues no basta la simple exposición de lo que se piensa al respecto, sino la identificación de que en el libelo concurren todos los requisitos para reclamar tal reconocimiento; entonces, sin ahondar en más consideraciones, necesariamente se tiene que concluir que esta pretensión será desestimada, pues del simple estudio del sumario se evidencia que el infante de marina MO, nunca estuvo frente a la necesidad de defender su derecho a la vida o a la salud, de algún ataque o agresión de que hubiera sido víctima, por el contrario una vez se tuvo conocimiento de su estado de salud, fue atendido en forma oportuna por el personal médico de la Unidad.

Es dable concluir por ahora, que en la conducta del IMAR. MO, probablemente se pueda configurar una de las diversas causales de ausencia de responsabilidad, pues la tesis que se extrae del material probatorio hasta ahora allegado al sumario, es la que conduce a pensar que el procesado enfrentó un posible estado de necesidad que le obligó a abandonar el servicio de centinela, con el fin de preservar su derecho a la salud y la vida, frente al posible riesgo de lesionar el bien jurídico del servicio, pues en ese instante en que le sobrevino el dolor de estómago y la diarrea, fueron puestos en plano de choque dos bienes jurídicos, los cuales frente a un ejercicio de ponderación resulta lógico que se preservarían los de rango superior que se encontraban en grave riesgo –v. gr. la salud y vida–. Tesis anterior que deberá ser confirmada o desvirtuada por el funcionario instructor, de quien se exige ahondar en estos aspectos fácticos que permitirán llegar a la verdad procesal. **(Rad. 157378, 27 de junio de 2012, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

COLISIÓN DE COMPETENCIAS

La argumentación fundada exclusivamente en institutos del derecho administrativo no es determinante ni exclusiva para establecer la competencia, pues esta se define por ley a partir del factor funcional u organizacional.

Corresponde en principio señalar que de forma por demás prolija y pacífica esta Corporación ha resuelto la temática de la colisión de competencia entre los Juzgados Penales Militares de Departamento y de la Inspección General de la Policía Nacional, a partir de largas y extensas disquisiciones, y superadas in-

terpretaciones sobre lo que significa Unidades concentradas, desconcentradas y dependencia orgánica[24]. Encuentra la Sala que una vez más la Juez de Inspección entra en un interesante, respetuoso, pero profuso y no compartible análisis. La temática que hoy estudia el Colegiado se encuentra superada, por lo que llama la atención que se insista en valoraciones propias del derecho administrativo, que si bien son ciertas, también lo es que no son determinantes ni exclusivas para precisar la competencia de un juzgado en materia penal militar, máxime si se tiene en cuenta que la prueba documental allegada no ofrece dificultad ni genera asomo de duda respecto a que la competencia para conocer de este asunto radica en el Juzgado de Inspección, como atinada y juiciosamente lo argumentó y concluyó el Juez Penal Militar del Departamento de Policía Magdalena y Guajira.

Resulta ser una verdad de a puño, conforme las voces de la Ley 522 de 1999, que para la jurisdicción especial el factor determinante para radicar la competencia es el funcional y no el territorial, como sí acontece con la Ley 1407 de 2010, así, el Legislador de 1999 subordinó la verificación de competencia a la organización de la Fuerza Pública, esto es, para fijar la competencia en la jurisdicción penal militar, conforme aquella normatividad, se debe atender primordialmente el factor funcional, lo que significa establecer el nivel y ubicación en la estructura y organización de la Unidad Policial y la dependencia del procesado con la misma.

Recordemos además que la competencia para calificar y juzgar se establece, conforme al principio de legalidad del juez, con anterioridad a los hechos. Así, es innegable que aquellas Unidades de la Policial Nacional que son orgánicas y consecuentemente dependen de la Dirección General, no pierden su vinculación con esta, al ser remitidas por efectos del servicio o de eficacia operativa a otro lugar del País, su subordinación y vínculo con el nivel concentrado se mantiene y tales unidades son de competencia del Juez de Inspección General, lo que nos permite afirmar que el EMCAR 35 era orgánico de la Dirección Operativa, y el asignarlo al Departamento de Policía Guajira no lo segregaba de tal sujeción. (…).

Por ello, razón le asiste al Juez del Departamento de Policía Guajira, cuando aduce que no es competente porque el hoy procesado el día de los sucesos investigados pertenecía al Escuadrón Móvil de Carabineros, adscrito orgánicamente a la Dirección Operativa de la Policía Nacional, dependencia subordinada de la Dirección General de la misma Institución y que está asignada por competencia residual al Juzgado de la Inspección, conforme lo dispuesto en el artículo 256 del Código Penal Militar". **(Rad. 157264, 30 de abril de 2012, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

24 Tribunal Superior Militar, Rad. 153724, 25 de enero de 2007; Rad. 154424, 12 octubre de 2007; Rad. 154433, 22 de noviembre de 2007; Rad. 152759, 19 de diciembre de 2007; Rad. 155084, 16 de junio de 2008; Rad. 154745, 17 de octubre de 2008; Rad. 155231, 18 de marzo de 2009; Rad. 153388, 28 de julio de 2009; Rad. 155203, 17 de agosto de 2009; y Rad. 154546, 25 de abril de 2012. Destacar el Rad. 11875 de la Fiscalía Penal Militar de segundo grado.

CONCURSO APARENTE DE TIPOS

Coexistencia del momento consumativo. Desobediencia y Deserción.

"Debe tenerse presente, que el derecho penal lo que busca es individualizar la responsabilidad por conductas que afecten o pongan en peligro los bienes jurídicos protegidos por el legislador, lo que se efectúa a partir del análisis del contenido de la voluntad final inherente al obrar humano.

(…) para el momento en que debían prestar e iniciar el turno de seguridad que les correspondía y que marca el instante de la consumación del delito contra la disciplina, ya estos habían traspasado los límites fijados por el superior, es decir, se había consumado la deserción. Luego, si dirigieron su acción final a evadirse del servicio y no en cumplir una orden, en este caso específico la hipótesis de desobediencia imputada no parece tener fundamento.

Por ello debe entenderse por ahora y para el caso presente, que estamos en presencia de un concurso aparente, como razonadamente lo expusieron tanto la apelante, como el Ministerio Público, para cuyo caso la solución es acudir al principio de consunción[25], según el cual y frente a dos delitos que protegen dos bienes jurídicos distintos, pero que son consuntivos, se debe preferir u optar por aquel que contenga una mayor riqueza descriptiva.

Y como en este caso el que mayor riqueza descriptiva recoge la voluntad final de los procesados es el de deserción, es por este delito que debe permanecer la medida de aseguramiento impuesta". (**Rad.157206, 08 de febrero de 2012, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CONCURSO DE DELITOS

Desobediencia y deserción, ¿concurso real o aparente de tipos?

"Para solucionar el primer aspecto propuesto iniciaremos por decir que importantes construcciones doctrinales, reiterados y pacíficos pronunciamientos de la jurisprudencia y de esta Corporación, han llevado a precisar que el fenómeno del concurso de delitos alcanza un alto grado de complejidad cuando no se determina con exactitud si en la conducta o conductas existió finalidad única o diversa, si la lesión o puesta en peligro del bien jurídico se hace manifiesta en uno solo, así sea reiteradamente, o en varios de ellos. De igual forma resulta oportuno recordar que en punto de la finalidad única ella ha de ser establecida desde la perspectiva jurídica valorativa y no meramente naturalística.

Deja ver la Defensa en la línea argumentativa expuesta en el recurso, y el Ministerio Público en su concepto, que la conducta del procesado corresponde a un

25 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 12820, 18 de febrero de 2000, M.P. Fernando Arboleda Ripoll, citada por el Ministerio Público en su concepto.

concurso aparente de tipos donde la Deserción subsume el delito de Desobediencia, inferencia que desde ya estimamos equivocada si se tiene en cuenta que dicho fenómeno se hace evidente ante la existencia de pluralidad de normas que recogen el comportamiento investigado, pero solo una resulta aplicable, porque acopia la totalidad de la acción, vale decir, cuando la conducta se adecua completamente en un tipo penal que juzga y agota todo el desvalor de acción y de resultado.

Cuando un sujeto ha actuado en desarrollo de una multiplicidad de acciones ello conlleva a diversidad de finalidades, lo que descarta por completo la posibilidad de un concurso aparente de tipos penales, esto es, cuando se verifica que el procesado actuó movido por más de un propósito se excluye la posibilidad del concurso aparente. El punto de solución lo ofrecen los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad, preceptos que plantean la recurrente y el Ministerio Público, atinando en su cita y construcción dogmática, pero yerran cuando los interpretan y pretenden adecuarlo al caso objeto de examen, como se analizará.

No puede desconocer la defensa que para el caso del Soldado B., lo que muestra la prueba obrante a este momento es que actuó en desarrollo de multiplicidad de acciones y finalidades, suprimiéndose por completo la posibilidad de un concurso aparente de tipos penales. Sin dificultad se advierte que una es la conducta de desobedecer que agotó y quebrantó la disciplina, y otra que decide irse superando los límites con lo que se incurre en deserción, delito que atenta contra otro bien jurídico, como es el servicio". (**Rad. 157118, septiembre 02 de 2011, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CONCURSO RECÍPROCO

La existencia de un concurso recíproco con existencia de dos procesados con cadenas finalísticas distintas y con imputación de delitos diferentes, acarrean trámite procesal distinto, impide la aplicación de la conexidad procesal.

"…Ahora bien, frente a tal escenario habrá de precisarse entonces, que de acuerdo a los contenidos normativos de la Ley Penal Militar en su artículo 217 por cada hecho punible debe adelantarse una sola actuación penal con independencia del número de autores o partícipes, esta es la regla general para desarrollar el ejercicio de la acción penal. Sin embargo, este postulado encuentra una excepción que busca ahorrar esfuerzos en la administración de justicia creando el fenómeno de la unidad procesal en el entendido que se podrá investigar y juzgar de manera conjunta los hechos punibles conexos.

Con tal precisión, entonces habrá de esclarecerse si tanto el delito que se le imputa al SLR. IAD como los dos punibles que se le imputan al SLR. DALF son conexos o no y bajo tal determinación señalar si se podían llevar en la misma cuerda procesal.

Sin pretender hacer un desarrollo del postulado de la unidad procesal de manera general se dirá que a partir de los contenidos de los artículos 18 y 217 del Código Penal Militar en concordancia con lo normado en los artículos 89, 90, 91 y 92 de la Ley 600 de 2000, la jurisprudencia y la doctrina han señalado la existencia de la conexidad sustancial y la conexidad procesal.

Sin desarrollar todos los presupuestos se dirá que dentro de la conexidad procesal se predican dos escenarios, i) cuando se trate de un mismo sujeto agente al que se le atribuyen varios tipos penales y ii) cuando se trate de pluralidad de sujetos agentes; en esta segunda opción puede existir entre otras probabilidades la existencia de dos cadenas finalísticas que se contraponen, dicho en otras palabras, el concurso recíproco, es decir, que hay dos sujetos agentes o más cada uno con dos cadenas finalísticas que se contraponen y que de los dos sujetos se refuta una posición antijurídica, cual sería el caso en que los dos soldados aceptaron ingresar a una contienda con uso de violencia buscando causarse daño recíproco por medio de agresiones físicas mutuas.

Recapitulando lo anterior, se dirá en primer término que en punto de la riña desarrollada por los dos procesados se puede predicar la existencia de dos cadenas finalísticas contrapuestas y por ende se pudiera hablar de una conexidad sustancial con existencia de varios sujetos activos como la existencia de dos cadenas finalísticas que se contraponen. (…).

Del presupuesto fáctico y jurídico descrito anteriormente tenemos un inventario de dos sujetos activos con diferente y opuesto curso causal finalístico y la existencia de cuatro tipos penales dos de lesiones personales que atentan contra el bien jurídico de la vida y la integridad personal de los cuales uno no fue imputado; un delito contra el bien jurídico del servicio cual es el del centinela y otro contra el bien jurídico de la seguridad de la fuerza pública como lo es el de ataque al centinela. De tal presupuesto, necesario resulta abordar si ellos pueden desarrollarse bajo el precepto de unidad procesal y en tal sentido habrá de decirse que a pesar de existir vínculos de conexidad el principio de unidad procesal tiene su excepción entre otras causas está la de resultar imposible dar un trámite conjunto a todas las conductas punibles, por ello, se ha de concluir que no era viable desarrollar una sola investigación.

Lo anterior se traduce en que los tipos penales del centinela y de ataque al centinela deben desarrollarse bajo el trámite procedimental del procedimiento especial conforme lo dispone el Código Penal Militar en su artículo 578 que fuera reformado por la Ley 1058 de 2006, y de manera distinta se ha de desarrollar el procedimiento penal militar ordinario para el punible de lesiones personales que en este caso contiene una deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente y dos perturbaciones funcionales, una de ellas de carácter permanente y la otra de carácter transitorio. Luego, no se puede dar el mismo trámite de manera conjunta a los diferentes tipos penales, máxime cuando el trámite de procedimiento especial de los delitos de ataque al centinela y del centinela, son atribuidos a un sujeto activo (SLR. DALF) diferente al otro sujeto activo (SLR. IAD) a quien la cuerda procesal se debe dar por la vía del trámite ordinario en atención a la entidad de las lesiones causadas.

Ahora bien, podría pensarse que cuando se trate de delitos con trámite distinto, unos por el ordinario y otros no, se seguirá el trámite del de mayor entidad, es decir, el ordinario como le prevé el tercer inciso del artículo 286 de la Ley Castrense, sin embargo, este postulado no se puede aplicar en atención a que se trata de un concurso recíproco con existencia de dos sujetos procesales distintos con cadenas finalísticas distintas y con imputación de delitos distintos, luego, aplicarle el proceso ordinario al SLR. DALF lo sustrae del juzgamiento premial que establece el procedimiento especial y por ende, surgiría la vulneración de la garantía fundamental de la forma propia del juicio…". (**Rad. 157060, 30 de marzo de 2012, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL

Comporta tanto las principales y las accesorias, cuando no se determina en el fallo, respecto de cuál opera el subrogado.

"(…) cuando en la sentencia el funcionario no especifica respecto de qué penas opera el precitado subrogado penal, se debe entender que cobija, no solo la pena principal, sino también las accesorias, bajo la comprensión, de que la suerte de lo principal, la corre lo accesorio, tal como en este mismo sentido lo afirmó la Honorable Corte Suprema de Justicia, en el fallo de tutela con radicado T-38645, del 30 de septiembre de 2008, siendo su Ponente, el Magistrado Javier Zapata Ortiz.

Similar situación ocurre entonces en el presente caso, en el que si bien por este Tribunal, se confirmó la pena accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública del condenado MD, atendiendo las voces del artículo 60 de la Ley 522 de 1999; también lo es que se revocó el numeral tercero del fallo de primer grado que le negaba la concesión del prenombrado sustituto penal, para en su lugar otorgárselo, sin que se hubiera especificado por esta Sala, respecto de cuál de las penas operaba; motivo por el que, como con atino lo decidió el a quo, se entiende que las penas en su totalidad se encuentran en suspenso. Esta determinación no puede entenderse, como lo hace la apelante, como un desacato y oposición a lo que por este Colegiado se ordenó; por el contrario, solo es fruto de su observación y acatamiento, en su calidad de ejecutora de la pena. **(Rad. 155777, 26 de agosto de 2011, M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CONFLICTO DE COMPETENCIAS

Diferencias sustanciales entre quienes la provocan - los autos de esta naturaleza carecen de recursos.

De manera inicial ha de señalarse, que cuando se plantea un conflicto de competencias, la ley ha determinado qué órganos son los llamados a definirlos, es decir,

que cuando dos jueces de conocimiento dentro de la estructura de la Justicia Penal Militar traban un conflicto de competencia negativo o positivo, el llamado a resolverlo es el Tribunal Superior Militar[26].

Distinto es cuando se suscita conflicto de competencias negativo o positivo entre la Jurisdicción Penal Militar y la Jurisdicción Ordinaria, pues allí, el llamado a resolver es la Sala Disciplinaria del Honorable Consejo Superior de la Judicatura[27].

En el caso sub examine, sería del caso entrar a resolver la impugnación presentada por la defensa, si no fuera porque los autos de la naturaleza como el aquí atacado, a pesar de ser motivados y tener el carácter de interlocutorios, carecen del recurso de apelación, y por lo tanto, las determinaciones de los funcionarios judiciales que no accedan a la petición de un sujeto procesal a fin de remitir a otra jurisdicción una investigación, propongan y aceptan o rechazan el conflicto, no son susceptibles de impugnación. (…).

Sobre este tópico esta Corporación igualmente ha precisado, que al no existir conflicto de competencia de ninguna naturaleza, ni positivo ni negativo no podemos pronunciarnos sobre lo inexistente[28], como tampoco decidir si el asunto es competencia de la Jurisdicción Penal Militar u Ordinaria por vía de recursos dentro del proceso penal militar[29], ya que una petición de esta índole, como la efectuada por la defensa ante la primera instancia, ha de ser resuelta de plano.

Así mismo, debe entenderse que hay una sustancial diferencia entre lo que es un conflicto de competencias al interior de una jurisdicción, el cual es regulado por la Ley (artículos 273 al 276 del Código Penal Militar), y otra bien distinta lo que es un conflicto de competencias entre diferentes jurisdicciones, el cual solo puede ser resuelto por el superior funcional, esto es, el Consejo Superior de la Judicatura, conforme las voces del numeral 6º del artículo 256 de la Constitución Política.

En ese orden de ideas, el auto impugnado en virtud del cual el Juzgado de Primera Instancia Uno, no accedió a remitir las diligencias a la justicia ordinaria por competencia o proponer la colisión de competencia, no admite el recurso de apelación por ante el Tribunal Superior Militar. **(Rad. 155510, 13 de diciembre de 2011, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión)**.

♦ ♦ ♦ ♦

CORTE MARCIAL – LEY 522 DE 1999

El Fiscal no está obligado a sostener la acusación. Puede solicitar absolución.

Si bien es cierto, la Sala comparte los argumentos esbozados por el a quo, en cuanto que, la solicitud de absolución incoada por la Fiscalía en la audiencia de cor-

26 Código Penal Militar (Ley 522 de 1999), artículo 274.

27 Constitución Política de Colombia, artículo 256, numeral 6º.

28 Tribunal Superior Militar, Rad. 155454, 16 de diciembre de 2009, M.P. CN. (r) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión.

29 Tribunal Superior Militar, Rad. 154938, 31 de marzo de 2009, M.P. TC. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala.

te marcial no vulnera el debido proceso, también lo es que, debe hacerse algunas precisiones, pues tal actuación no deviene irregular en cuanto el proceso es llevado bajo la ritualidad prevista en la Ley 522 de 1999, de corte inquisitivo y de naturaleza mixta, en la que una vez ejecutoriada la resolución de acusación e iniciado el juicio el Fiscal adquiere la condición de sujeto procesal.

Es preciso recordar que bajo el imperio del sistema de corte inquisitivo, "*La acción penal corresponde al Estado y se ejerce por las autoridades judiciales de instrucción, acusación y de conocimiento, de oficio o a petición de parte en los términos establecidos en este código*"[30], luego, si el titular de la acción penal es el Estado, en cada una de las etapas de la investigación, lo será el órgano encargado de cada una de ellas, así, en la instrucción lo será el Juez de Instrucción, en la de calificación del mérito del sumario el fiscal y en la de Juzgamiento el Juez de Conocimiento, a quienes les corresponde dar el impulso o el ejercicio de la misma, a diferencia de lo previsto en el sistema acusatorio que le atribuye a la Fiscalía la carga del impulso de la acción penal.

Esa diferencia hace que bajo la ritualidad del sistema de partes del proceso de corte acusatorio, surja la posibilidad para el Fiscal de retirar los cargos, situación que no ocurre en el sistema mixto vigente en la jurisdicción penal militar, donde el Fiscal no está habilitado para hacerlo, como quiera que una vez ejecutoriada la resolución de acusación e iniciado el juicio, el Juez de Conocimiento se convierte en el titular de la acción penal y el Fiscal adquiere la condición de sujeto procesal, lo que conlleva a que la imputación fáctica y jurídica realizada en la resolución acusatoria, fije el límite dentro del cual debe actuar el Juez en la etapa de juicio y producir la sentencia, bien sea condenando o absolviendo, por ello, entre esta y la acusación debe existir congruencia, relación no exigible entre la sustentación que se haga en la audiencia y la sentencia, luego, no puede asimilarse el retiro de la acusación que surge en el proceso de partes, con la petición de absolución que haga el Fiscal en la audiencia, bien porque surja prueba conclusiva en contrario a lo colegido en la acusación, o, porque la tenida en cuenta para acusar no satisface el grado de certeza que exige el artículo 396 de la Ley 522 de 1999.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 563 de la Ley 522 de 1999, "*Recibido el proceso por el juez de conocimiento por ejecutoria de la resolución de acusación procederá a realizar un control de legalidad para establecer si existen o no causales de nulidad.* ***A partir de este momento, el Fiscal adquiere la calidad de sujeto procesal***" (resaltado fuera de texto), momento procesal a partir del cual el Juez de Conocimiento se convierte en el titular de la acción penal y el Fiscal adquiere la condición de sujeto procesal, como se dijo antes, correspondiéndole entonces al Juez asumir la dirección y control del proceso de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 566 ibídem y realizar las actuaciones subsiguientes conforme a las previsiones de los artículos 567 de la misma norma y siguientes, debiendo precisar que en la audiencia "*… la asistencia e intervención del Fiscal, (…) son obligatorias*"[31], no obstante, la misma ley no le impone al Fiscal la obligación de sostener la resolución de acusación, en tanto que solo lo obliga a intervenir oralmente una vez hayan concluido los interrogatorios a los testigos y al procesado y vencido el término de traslado a los sujetos procesales, para que preparen sus intervenciones.

30 Artículo 219 Ley 522 de 1999.

31 Artículo 569 Ley 522 de 1999.

Y no podría la ley imponer la obligación de sostener la acusación al Fiscal, en su intervención oral en la audiencia, por la sencilla razón que en esta etapa procesal y en la misma vista pública, es posible practicar pruebas, ampliar los testimonios e interrogar al procesado y ello puede llevar al Fiscal unos nuevos elementos de juicio que le permitan renovar su postura, o, cuando ante nueva valoración a la luz del presupuesto de certeza exigido para dictar sentencia condenatoria, no esté demostrada la ocurrencia del hecho y/o la responsabilidad del procesado en el grado requerido, como quiera para proferir resolución de acusación solo se necesita el conocimiento en grado de posibilidad, contexto que puede llevar al Fiscal ante una nueva valoración a solicitar sentencia absolutoria, sin que ello implique variación de la resolución de acusación y tales argumentos deben ser valorados por el Juez en la sentencia, como debe hacerlo con los demás sujetos procesales, según lo dispone el artículo 334.4 del Código Penal Militar, pero en ningún momento condicionan o limitan el sentido de la decisión. **(Rad. 157082, 26 de marzo de 2012, M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión)**.

♦ ♦ ♦ ♦

DE LA VIGENCIA Y DEROGATORIA DE LA LEY PENAL

Derogatoria tácita y orgánica de la Ley 522 de 1999

7.3- De la vigencia de la Ley 522 de 1999: Partiendo de lo anterior, resulta una verdad incuestionable que el Código Penal Militar contenido en la Ley 1407 de 2010 se encuentra vigente y frente a ello, de manera correlativa habrá de preguntarse entonces si la Ley 522 de 1999 se encuentra vigente o no.

Ahora bien, para determinar si la Ley 522 de 1999 en lo que hace referencia a la parte sustancial se encuentra vigente o no, habrán de abordarse previamente los conceptos de derogación de la ley, criterios que fueron enseñados por la Corte Constitucional al resolver la exequibilidad de los artículos 71 y 72 del Código Civil, allí enseñó lo siguiente:

"En nuestro sistema el sustantivo derogación, es el único que define a todas las formas enunciadas de modificación o supresión de una ley. Así, de conformidad con los artículos 71 y 72 del Código Civil, la derogación de las leyes puede ser expresa o tácita.

Es expresa, cuando la ley dice expresamente que deroga la antigua. Y tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

En la derogación expresa, el legislador señala en forma precisa y concreta los artículos que deroga. Es decir, no es necesaria ninguna interpretación, pues simplemente se excluye del ordenamiento uno o varios preceptos legales, desde el momento en que así lo señale el legislador.

Contrario a lo anterior, la derogación tácita supone un cambio de legislación, una incompatibilidad con respecto a lo regulado en la nueva ley y la ley que antes

regía. Hecho que hace necesaria la interpretación de ambas leyes, para establecer qué ley rige la materia, o si la derogación es total o parcial.

La Ley 153 de 1887 en su artículo 3º establece otra forma de derogación y es la derogación orgánica. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de marzo 28 de 1984, señaló que:

"La derogación orgánica, que para no pocos autores no pasa de ser una faz de la derogatoria tácita, solo se da es verdad cuando la nueva ley "regule íntegramente la materia" que la anterior normación positiva regulaba. Empero, determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende de la intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre estas y las de la ley anterior.

Sea de ello lo que fuere, lo evidente es que hay que suponer que la nueva ley realiza una mejora en relación con la ley antigua; que aquella es más adecuada a la vida social de la época y que por tanto responde mejor al ideal de justicia, ideal y necesidad estos que tornan urgente la aplicación de la nueva ley; aplicación que por lo mismo debe ser lo más amplia posible para que desaparezcan las situaciones que el propio legislador ha querido condenar y evidentemente arrasó con la ley nueva. Es un principio universalmente reconocido que cuando un legislador emite dos voluntades diversas, la más reciente prevalece"[32].

De lo anterior se deriva entonces que la derogación implica dejar sin efecto una ley anterior y que existen tres clases de derogatoria: i) la derogación expresa, ii) la derogación tácita y iii) la derogación orgánica; bajo tales premisas, es posible entonces afirmar que la Ley 1407 de 2010 derogó tácitamente contenidos de la Ley 522 de 1999 o por qué no decirlo, la Ley 1407 de 2010 reúne las características para predicar de ella una derogación orgánica, pues reguló íntegramente la materia sobre la ley penal militar.

Sin embargo, ha de recordarse que los efectos vinculantes de la Ley 1407 de 2010 en cuanto al procedimiento penal miliar están supeditados al régimen de implementación, lo que implica contrariamente afirmar, que en los demás aspectos contemplados en la Ley Penal Militar (Ley 1407 de 2010), ha generado el fenómeno de la derogación tácita de los contenidos de la Ley 522 de 1999, distintos al procedimiento penal.

Ahora bien, la misma Corte Constitucional ha precisado que una norma se expulsa del ordenamiento jurídico por dos vías como son i) la derogatoria y ii) la inexequibilidad; sobre estos dos fenómenos se ha de diferenciar que la primera está fundada en móviles de voluntad política del legislador conforme a criterios de conveniencia, y la segunda, obedece a unos móviles exclusivamente jurídicos. (…).

Lo anterior nos lleva a otra afirmación, cuando se hacen valoraciones eminentemente de teoría jurídica frente a una norma, esto corresponde a la figura de la

32 Corte Constitucional, C-159 de 2004.

inexequibilidad de la ley y por supuesto, tal decisión está en cabeza exclusivamente de la Corte Constitucional quien se pronuncia al respecto, pero si es otra autoridad distinta como un juez de la República quien conforme a la teoría jurídica quiere incidir sobre la validez o no de una norma, el camino a seguir es el agotamiento del instituto de la excepción de inconstitucionalidad, previa confirmación a que la Corte Constitucional no haya realizado dicho juicio.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sus fallos de control constitucional sobre la Ley 1407 de 2010 ya ha realizado varias valoraciones jurídicas[33] sobre la misma y en la última de ellas afirmó que la vigencia se predicaría a partir del 17 de agosto de 2010. Y frente a tal decisión ha de recordarse igualmente que ningún juez puede apartarse de los contenidos de la sentencia de control de constitucionalidad, es decir, que no puede ignorar el decisium, como tampoco la ratio decidendi, pues ellos tienen el carácter de vinculantes. (…).

Entendido lo anterior, esta Sala dirá que la vigencia de una ley implica los efectos de la eficacia jurídica como son la obligatoriedad y la oponibilidad, y por regla general la ley empieza a regir a partir de su promulgación, lo que equivale a afirmar que los contenidos de la Ley 1407 de 2010 salvo lo referente al procedimiento penal militar, son obligatorios y oponibles desde el 17 de agosto de 2010, y tal afirmación de vigencia implica la derogatoria tácita u orgánica de los mismos contenidos de la Ley 522 de 1999, en consecuencia, no es posible aplicar contenidos de la Ley 522 de 1999 que han sido objeto de derogación tácita u orgánica.

A esta conclusión se llega compartiendo el concepto de la Doctora JIGA Procuradora Judicial ante esta Instancia cuando afirmó "resulta equivocado sostener que no se puede aplicar y que las conductas cometidas bajo su vigencia deben por favorabilidad mirarse bajo la norma derogada"[34].

Desde otro escenario argumentativo pero que igualmente contribuye a la decisión que la Sala aquí ha de adoptar, se podría evocar el tema de las antinomias jurídicas entendidas como aquella situación en la que en un sistema jurídico dos normas establecen consecuencias jurídicas distintas para el mismo supuesto de hecho. En estos eventos, la teoría jurídica ha diseñado que los criterios[35] de solución surgen a partir del análisis de conceptos como lex posterior, lex especial, favorabilidad, y aplicación de los principios generales entre otros, sin embargo, la solución de tal antinomia se inicia a partir de la vigencia temporal de la norma, es decir, se inicia por auscultar el criterio de lex posterior. (…).

Ahora bien, prudente es reflexionar sobre el contenido del principio lex posterior, para ello, habrá de recordarse entonces que la derogación de las leyes es la resultante de la voluntad política representada en el órgano legislativo en busca de entregar a la sociedad criterios de conveniencia y por ello, el actual legislador no puede estar supeditado a los criterios de su antecesor. (…).

33 Corte Constitucional, sentencias C-533 de 2008, C-444 de 2011.

34 Concepto Ministerio Público ante esta instancia, fl. 162.

35 Corte Constitucional, C-318 de 2007.

En concordancia con lo expuesto, se reafirma que la ley posterior naturalmente emanada del legislador y bajo el entendido de sus motivaciones deroga a la ley anterior sin que sea necesario recurrir a valoraciones de teoría jurídica para supeditar la derogatoria, pues esta última le corresponde como ya se anotó al control constitucional que sobre ella hace la Corte Constitucional en sus decisiones de exequibilidad o inexequibilidad.

En suma, se habrá de señalar que la propuesta argumentativa del apelante de indicar la atipicidad de la conducta de su defendido no está llamada a prosperar toda vez que dado el principio de legalidad la ley aplicable al caso concreto es la vigente al momento de los hechos y ella es la 1407 de 2010 en su artículo 108 que tipifica el punible de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, y consecuencia de este postulado, no es viable acudir al tipo penal consagrado en el artículo 127 recogido en la Ley 522 de 1999, pues este ha sido derogado.

Por último, habrá también de precisarse que buscar aplicación del principio de favorabilidad impone necesariamente el presupuesto que las dos normas que se comparan (Ley 522 de 1999 y Ley 1407 de 2010) para dar solución al caso deben estar plenamente vigentes. (…).

En consecuencia no es viable buscar tipos penales de la Ley 522 de 1999 en pro del principio de favorabilidad a hechos ocurridos después del 17 de agosto de 2010, pues sencillamente no se cumple uno de los presupuestos cual es que las dos leyes se encuentren vigentes. (**Rad. 157351, 4 de junio de 2012, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE, Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DEBIDO PROCESO

Violación por error en la calificación jurídica provisional genera nulidad.

"Desde este análisis resulta palmario el dislate en la imputación subjetiva del delito por el que se acusó a los militares, en el auto enjuiciatorio, comoquiera que las pruebas no indican la existencia de un comportamiento imprudente como allí se pregonó, sino del acometimiento de una conducta típica, en la modalidad de dolo eventual.

De tal manera que aceptar el enjuiciamiento de los acusados por esa forma de culpabilidad, en el injusto enrostrado, vulneraría el derecho de defensa y la estructura básica del proceso, como precedentemente se anotó, ante una evidente incongruencia entre la acusación y la sentencia, lo cual se erige en las hipótesis que prevé el artículo 388.2 y 3, de la Ley 522 de 1999, para nulitar la actuación aquí surtida.

Sobre el yerro en la calificación jurídica provisional de la pieza acusatoria, esto enseña la Jurisprudencia:

"Precisamente, la Corte con anterioridad ha precisado que cuando se evidencian palmarios errores en la imputación (fáctica o jurídica) los cuales se apartan del

referente óntico se impone declarar la nulidad de la actuación en procura de realizar la calificación jurídica adecuada por cuanto las decisiones judiciales se deben adoptar dentro del marco de la legalidad, de los derechos fundamentales y de las garantías procesales.

Para efectos de determinar el radio invalidante, en atención a que en el procedimiento penal militar no existe la posibilidad de surtir el trámite de variación de la calificación jurídica provisional, la nulidad, entonces, ha de abarcar desde la resolución de acusación, inclusive[36]".

Corolario de lo que se ha dicho, y teniendo en cuenta además que en nuestro sistema procesal penal militar no se permite la variación de la calificación jurídica provisional delimitada en la resolución acusatoria, este Colegiado no encuentra camino diferente que declarar la nulidad de todo lo actuado, a partir del auto de llamamiento a juicio, y ordenar que se reponga la actuación nulitada y las demás que dependan de esta, como lo dispone el artículo 389 ibídem". **(Rad. 156701, 28 de febrero de 2012, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DEFENSA TÉCNICA

Abandono de los deberes propios del cargo

"Para empezar, es imperioso distinguir que una cosa es abandono de la defensa técnica y otra bien distinta la pasividad como estrategia defensiva; por la primera debe entenderse como la desatención o dejación en forma irresponsable de los deberes propios del cargo, esto es, que al ser valorada la inactividad del defensor en el proceso, en forma conjunta, resulte evidente que ella no obedeció a una estratagema, con la que se buscaba un fin beneficioso para el sujeto pasivo de la acción penal, lo cual no puede ser valorado en términos cuantitativos de las intervenciones en el desarrollo del proceso, porque aun, un silencio permanente, a la postre, en muchas ocasiones, puede aparejar un beneficio para la parte investigada, de cara a la actividad probatoria que desarrolle el poder jurisdiccional, sino que pueda valorarse que objetivamente no existió una debida intervención de la defensa, cuando claramente era viable, oportuna y benéfica para su poderdante.

Por la segunda, entonces, debe entenderse que la falta de postulación de la defensa o de intervenciones en el desarrollo de la investigación, no es otra cosa que el ejercicio del derecho a guardar silencio, como estrategia defensiva también vista, porque una actividad silente, frente a la actividad probatoria, como antes se anotó, vista en conjunto, puede conllevar beneficios jurídicos para el defendido. (…).

No comparte este Tribunal tal postura, en primer lugar, porque como anteriormente se anotó la efectividad de la actividad defensiva no puede ser vista en términos cuantitativos de las salidas procesales o postulaciones que esta haga, pues

36 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 26050, 21 de mayo de 2009, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

en muchas ocasiones, de cara a la actividad probatoria que adelante el despacho, el silencio puede ser visto como una estrategia defensiva, y no como un abandono, como aquí lo entiende la Agente Social de Primer grado.

El hecho de que la defensa no se hubiera notificado en forma personal de tal determinación, sino por estado, no quiere decir, que esta no se haya enterado de su contenido, pues es el mismo legislador el que previó en el esquema procesal nuestro, la fijación del estado como una forma supletoria de notificación, que en efecto allí se dio; ahora, que la abogada frente a tal decisión haya guardado silencio, no significa que haya abandonado su gestión, pues no se puede circunscribir su actuación a patrones de defensa prestablecidos, porque bien pudo estar de acuerdo con los argumentos del despacho y por tanto su intervención resultaba inapropiada para su estrategia defensiva; es que el rol del defensor no puede entenderse a ultranza, y permitírsele que bajo ese ropaje, caiga en maniobras dilatorias, que por supuesto irían en contra de su ética profesional; es que también puede suceder, se insiste, que frente a las pruebas allegadas, no se tenga alternativa distinta que permitir que el proceso fluya con toda celeridad, en busca de lograr un pronta, oportuna y debida justicia, para su procurado, y eso también es una visión jurídicamente atendible. **(Rad. 157075, 17 de noviembre de 2011, M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DEFINICIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL

Su contenido no limita la calificación del mérito del sumario.

La vinculación del TS. CGO por el punible de Peculado por Apropiación:

Es abundante la jurisprudencia de la Corte Suprema en el sentido de sostener que el interrogatorio al imputado en la diligencia de indagatoria no impone la utilización de formas técnicas ni la calificación jurídica de los hechos, pues esa labor corresponde hacerla al Fiscal al momento de resolver la situación jurídica, en donde sopesando los demás medios de convicción decide si en esos hechos que se denunciaron, como presuntamente delictivos, existen elementos de juicio sustancial para considerar la existencia de la comisión de uno o varios punibles y cuál la participación de los posibles autores[37].

Como también lo refirió en su momento la Honorable Corte Suprema de Justicia, que en la indagatoria no es obligación del instructor encuadrar jurídicamente la conducta denunciada. Su labor se circunscribe a preguntarle al sindicado sobre los hechos constitutivos del comportamiento reprochable que se le está atribuyendo, no sobre el nombre de los delitos.

Las razones son válidas, la ley exige concordancia entre los hechos expuestos en la indagatoria y la calificación jurídica que aflore de ellos en dicha diligencia, no entre la calificación plasmada en la resolución de situación jurídica y la resolución de acusación.

37 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 13895, 08 de noviembre de 2001, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

Para estas consideraciones la Corte tuvo como punto de referencia que el artículo 360 de la Ley 2700 de 1987 que en su contenido es igual a lo consagrado en el artículo 497 de la Ley 522 de 1999, cuando se exigía a diferencia del artículo 338 de la Ley 600 de 2000 que el funcionario debía interrogar en "relación con los hechos" que originaron su vinculación, independientemente de la calificación jurídica, puesto que la concreción de la misma está reservada a la resolución de la situación jurídica, a la calificación y a la sentencia, de allí que la Sala Penal sostuviere que la indagatoria constituía en principio un medio de defensa que le permitía al vinculado rendir explicaciones sobre lo fáctico, sin el imperativo de cuestionamiento respecto del delito o el contenido jurídico del tipo penal.

Es diáfano que en este proceso la injurada se orientó a permitir al sindicado generar su defensa frente a los hechos y a refutarlos. Diferente es que este hubiese optado por el derecho a guardar silencio, como efectivamente lo hizo OCG, pese a que esta constituye una oportunidad para el imputado de conocer los hechos que se le atribuyen, brindar las explicaciones pertinentes y adoptar la postura procesal más conveniente a sus intereses. (…).

Es claro entonces que si bien la definición de la situación jurídica es un requisito procesal para cerrar la instrucción, su contenido no limita la calificación ya que es en ese momento procesal donde se pueda subsanar el error, lo importante es la imputación fáctica a la luz de la normatividad vigente.

Por estas razones jurídicas, no es viable ampliarle la indagatoria al sindicado para imputarle jurídicamente el delito de Peculado por Apropiación y en este sentido volverle a definir su situación jurídica, menos aun cuando ya en forma reiterada se ha negado a deponer sobre los hechos y las imputaciones realizadas en su contra, razón suficiente para revocar la prueba que le fue ordenada por el instructor, como efectivamente se dispondrá en la parte resolutiva. **(Rad. 156315, 29 de julio de 2011, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión)**.

♦ ♦ ♦ ♦

DEL ABUSO DE AUTORIDAD

Cualquier procedimiento militar o policial por muy exitoso que llegare a resultar en un comienzo, puede devenir en ilegal posteriormente, si se comprueba que en su realización se irrespetaron las garantías mínimas de la población civil y la comunidad en general.

Cierto es que se evidencia la responsabilidad de los procesados en las conductas abusivas cometidas en contra de DMG y JHG, que no solo se desprende de su propia confesión, sino además de los diversos testimonios que se recaudaron a lo largo del proceso, los cuales ni favorecen ni desfavorecen a los condenados, sencillamente narran la verdad de lo que realmente aconteció en desarrollo de un procedimiento policial, que si bien fue en cumplimiento de una misión ordenada por el Comandante de Turno del Parque Bolívar y en cumplimiento de un deber legal, jamás se les otorgaron facultades de Policía Judicial para ir al lugar a realizar un

allanamiento sin orden judicial previa ni a realizar registros corporales ni a retener personas sin que mediaran situaciones de flagrancia ni a conducirlas esposadas, y sí por el contrario incumplieron normas consignadas en el Manual de Patrullaje Urbano para la Policía Nacional, la cual determina cuándo se faculta el empleo de elementos, armas y fuerza en desarrollo de estos operativos

La misión de patrullaje es una actividad dentro del servicio de policía, además se deduce el conocimiento de esta de la preparación y formación que reciben los miembros de la Fuerza Pública en las escuelas y cursos de preparación académica, pese a ello los hoy enjuiciados en forma libre y consciente realizaron estas actividades sin amparo legal, pues como anteriormente se expuso la conducción de DMG y JHG se presentó en forma voluntaria, luego no se justificaba en ninguna medida el uso de las esposas, ni mucho menos haber permitido que esta mujer continuara atada a una reja adyacente a la estación de policía mientras se verificaban sus antecedentes judiciales, prolongando su retención en forma injustificada con el pretexto de sacar información de una caleta, utilizando además presión psicológica y física en contra de esta mujer contraviniendo todos los postulados de la ética, la rectitud, y los principios de la Administración Pública.

En la adecuación del tipo penal se tiene en cuenta que los uniformados emplearon la fuerza y la violencia sobre las personas y las cosas, para cometer un acto arbitrario, pues se evidencia el capricho del servidor público, su libre voluntad en los hechos y en el injusto; además, hubo afectación a los bienes jurídicos de la Administración Pública, a través de los efectos que se produjeron con el operativo policial, ya que si la misión se hubiese realizado con apego al ordenamiento jurídico la injusticia no hubiere devenido como consecuencia. **(Rad. 148949, 06 de junio de 2012, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DEL HOMICIDIO POR OMISIÓN IMPROPIA

Necesidad de verificar los elementos para concretar el tipo penal

La Ley 522 de 1999 en su artículo 21 establece la forma de realización del hecho punible por parte de miembros de la Fuerza Pública, tanto por acción como por omisión, de igual manera quedó contemplado en la Ley 599 de 2000 en su artículo 25 y en la Ley 1407 de 2010 en su artículo 27.

Para estos efectos es necesario esbozar la dogmática jurídico penal que aborda el delito por omisión impropia o llamado también de comisión por omisión y dentro de dicho contexto naturalmente los postulados que gobiernan la figura de la posición de garante, y a partir de allí, verificar si es posible realizar imputación al Sargento Viceprimero GE sub judice del resultado de la muerte del particular PEGV.

Es por ello que se hace imperioso analizar la conducta del Suboficial, quien para la fecha de los hechos fungía como Comandante del pelotón y la persona que autorizó ingresar a los corredores del centro educativo en la Vereda “La Unión” y

con ello determinar si se le puede imputar o no el reato de Homicidio por omisión impropia, teniendo como derrotero principal, tal como lo indica la doctora Julia Isabel Gantiva Arias Representante del Ministerio Público ante esta Corporación, que moradores de la región, entre ellos el occiso –quien portaba un arma blanca– bajo su propia cuenta y riesgo ingresaron de manera clandestina a la escuela con el fin de verificar quiénes se encontraban allí, produciéndose el resultado ya conocido.

Conforme lo refleja el proceso, el día de los hechos el Sargento GS se encuentra frente a los particulares JMGV, RLB, AM y LHGV a quienes les reprocha su actuar, en el sentido de haber ingresado de manera clandestina, desconociendo hasta ese momento que el señor PEGV se hallaba en otro sector del centro educativo armado con un machete, momento en el cual, según lo expone el Soldado SR al ser agredido, reacciona el centinela QD quien acciona su arma de dotación impactando a la víctima a la altura del pecho.

Como lo ha señalado la doctrina, la posición de garante es la situación en que se halla una persona en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico evitable. Es decir, cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandonando así la posición de garante.

Para el caso de los miembros de la fuerza pública quienes son considerados por la Constitución y la ley servidores públicos, la misma Carta Política les asigna una función y una misión como lo disponen los artículos 217 y 218. Es precisamente en desarrollo de estos mandatos que se adquiere dicha calidad, por ende viola la posición de garante quien estando obligado por la Constitución y la ley a actuar, se abstiene de hacerlo, dando lugar con ello a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Esta circunstancia es la que vincula con los llamados delitos de comisión por omisión o impropios.

De esta manera, lo básico y fundamental es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera, defraudando así las expectativas.

Sobre este particular, es necesario precisar como lo ha indicado también la honorable Corte Suprema de Justicia, que la legislación penal colombiana adoptó el criterio restringido al establecer en el artículo 25 del Código Penal, Ley 599 de 2000, de manera expresa y taxativa en qué casos es predicable la posición de garante respecto a la omisión impropia.

Con el título de acción u omisión, tanto el artículo 25 del Código Penal –Ley 599 de 2000– como el nuevo Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010– indican que quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica contando con los recursos y medios disponibles y no actuare estando en posibilidad de hacerlo dentro de su ámbito propio de dominio, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección real y efectiva del bien jurídico protegido o la vigilancia de determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución, la ley o los reglamentos.

En este sentido es necesario precisar que el sujeto debe conocer la situación de riesgo para el bien jurídico protegido (conocimiento situación típica) y además,

la voluntad del garante debe ir encaminada a no querer realizar la acción esperada o debida. Si se desconoce que un determinado bien jurídico se encuentra amenazado, no habrá dolo, por esta potísima razón el sujeto debe conocer la situación de riesgo para el bien jurídico o la amenaza que se cierne. (…).

Si bien es cierto el Sargento GE fungía como Comandante del cuarto pelotón de la compañía "Feroz" al momento de la ocurrencia de los hechos y que a su vez autorizó al personal bajo su mando ubicarse en los corredores del centro educativo de la Vereda La Unión, debido a la lluvia que reinaba esa noche, mal podríamos bajo este marco estar atribuyéndole al Suboficial la calificación de sujeto activo del delito de homicidio por tener la posición de garante, ya que se requiere que los elementos que constituyen el tipo de omisión se puedan concretar como son: i) la existencia de una posición de garante, ii) la existencia del deber jurídico de impedir el resultado, iii) la existencia de una situación de peligro para el bien jurídico, iv) la posibilidad real de una acción de vida para evitar el resultado o aminorar el riesgo, v) la existencia del dolo o culpa y vi) la producción del resultado; adicional a los anteriormente señalados, naturalmente además de la tipicidad, deben concurrir elementos del delito como son la antijuridicidad y la culpabilidad. **(Rad. 157037, 31 de octubre de 2011, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión)**.

♦ ♦ ♦ ♦

DELITO DE DESERCIÓN

Condición de desplazado y exención para la prestación del servicio militar por esta condición

(…) Las dudas que afloran en la presente investigación en torno a la probable existencia de una causal de justificación de la conducta típica fueron expuestas por la defensa en la audiencia pública, quien de igual manera una vez se entera que su prohijado ha sido capturado solicita nulidad de la corte marcial, allegando documentos donde se demuestra la condición de desplazado junto con el resto del núcleo familiar, petición que fuera negada en providencia del 3 de agosto del año que avanza.

Sin entrar a analizar la decisión antes mencionada por no ser objeto de recurso, esta Sala se concentrará en la sentencia condenatoria de fecha 4 de agosto de 2011, en el sentido que la señora Juez Tercera de Brigada no tuvo en cuenta ni hizo un análisis juicioso de los documentos aportados por la defensa sobre la condición de familia desplazada de la señora EMH y de sus hijos, entre ellos el investigado B.F. y seis menores, ya que en dicha decisión sustentó que la inscripción en el registro único de población desplazada es de fecha 15 de julio de 2011 y el procesado se encuentra ausente de las filas del Ejército Nacional desde el mes de septiembre de 2009.

Por todo lo anterior no se pueden avalar los argumentos de la señora Juez de Instancia, en el sentido que el joven BFHM para el mes de septiembre de 2009 no tenía la condición de desplazado y por ende no tiene situación que justifique su actuar para no regresar a filas y continuar prestando el servicio militar obligatorio,

ya que es evidente que los trámites para obtener los beneficios como persona desplazada se generan luego de surtir unos procesos que al tenor de la normatividad se ven como sencillos, pero que al ejecutarlos se hacen complejos.

Tengamos en cuenta que en nuestro país el desplazamiento forzado por la violencia constituye una de las manifestaciones más crudas de los niveles de intensificación y de degradación a que ha ido llegando el conflicto armado, que a su vez es la fuente directa tanto de violaciones masivas a los derechos humanos como de las infracciones al Derecho Internacional Humanitario por parte de los grupos armados al margen de la ley.

En Colombia donde confluyen factores de evolución social, económica, política, cultural, de educación del conglomerado y muchas otras que son propias de un país en vía de desarrollo, no es difícil dilucidar que este fenómeno tiene una génesis común en casi todo el territorio nacional, ya que muchos consideran que el conflicto armado es la principal causa del desplazamiento forzado que además de transformarlo consecuencialmente en otro catalizador de violencia, de pobreza, de marginalidad, de analfabetismo entre otros, en conjunto empujan a la sociedad que hoy conocemos a una pérdida de identidad social y al desarraigo psicológico del intangible deseo y del sentir que se es ciudadano colombiano.

De igual manera y en atención a lo dispuesto en la Ley 1448 del 10 de junio de 2011 por medio de la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno considerándose como tales los desplazados según lo dispone el artículo 3º de la citada ley, se dispone el desacuartelamiento inmediato del joven B.F.H.M. en cumplimiento a lo consignado en el canon 140 el cual establece:

ARTÍCULO 140. EXENCIÓN EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR. Salvo en caso de guerra exterior, las víctimas a que se refiere la presente ley y que estén obligadas a prestar el servicio militar, quedan exentas de prestarlo, sin perjuicio de la obligación de inscribirse y adelantar los demás trámites correspondientes para resolver su situación militar por un lapso de cinco (5) años contados a partir de la fecha de promulgación de la presente ley o de la ocurrencia del hecho victimizante, los cuales estarán exentos de cualquier pago de la cuota de compensación militar**. (Rad. 157104, 15 de septiembre de 2011, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DERECHO DE DEFENSA

La no advertencia al procesado sobre el derecho a guardar silencio y no autoincriminarse, al igual que no hacer las admoniciones contenidas en el artículo 33 de la Constitución Política vulnera no solo el debido proceso en la instrumentalidad de las formas, sino además transciende al derecho de defensa.

"Cabe recordar, como en reiteradas oportunidades se ha dicho por la Sala, que si bien es cierto, se diseñó por el legislador un procedimiento especial, como es el

descrito en la Ley 1058 de 2006, ello se hizo, con el propósito de imprimirle celeridad al proceso y contribuir con esto a la pronta y efectiva administración de justicia, lo que está reflejado en la reducción de los términos; sin embargo, esa disminución no debe entenderse que las etapas del procedimiento ordinario como son, la instrucción, calificación y juzgamiento, no se surtan eficazmente con total apego a las normas procedimentales y respetando garantías de los sujetos procesales.

Por ello, la audiencia de corte marcial al ser la actuación procesal donde se cristaliza la etapa del juzgamiento, no puede realizarse con desconocimiento de los ritos que la ley estableció para esta.

Lo primero que se aprecia por la Colegiatura, es que la Funcionaria omitió poner de presente al enjuiciado el derecho que le asiste de guardar silencio y de no autoincriminarse, advertencias estas, que deben ser previas al momento de preguntar al procesado si llegó a un acuerdo con el Fiscal o si se declara culpable o inocente[38]. (…).

Y es que no debe dejar de lado el operador judicial, que si el procesado se encuentra presente en la audiencia es obligatorio hacer esas advertencias, pues, el desacato a ello, se repite, no solo quebranta el debido proceso en la instrumentalidad de las formas propias del juicio, sino que además transciende al derecho de defensa del procesado.

Sumado a esta omisión, al concederle el uso de la palabra no le señaló que se encontraba libre de todo apremio y juramento, pero sí lo instó para que manifestara si se declaraba culpable o inocente, desconociendo prerrogativas constitucionales inherentes al enjuiciado, habida cuenta que es el sujeto activo de la acción penal y por ende titular de estos derechos, y es que, si su deseo era guardar silencio, esa negativa no le puede acarrear consecuencias jurídicas o ser tomado como indicio en su contra. De otra parte, también le asiste el derecho a no autoincriminarse y las demás admoniciones previstas en el artículo 33 de la Constitución Política. (**Rad. 154638, 22 de julio de 2011, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DESERCIÓN

Aceptación de cargos en la Ley 522 de 1999 y la 1407 de 2010. Identidad en supuestos de hecho. Favorabilidad. Rebaja de pena.

"El problema jurídico a resolver se circunscribe a establecer si al procesado quien aceptó los cargos conforme a la Ley 522 de 1999 modificada y adicionada por la 1058 de 2006, debe reconocérsele a la luz de principio constitucional de favorabilidad el beneficio de redosificación penal previsto en el artículo 493 de la Ley 1407

38 Ley 1058 de 2006, artículo 1° inciso 10.

de 2010, nuevo Código Punitivo Castrense; ambos estatutos en vigor al momento de la comisión del hecho punible.

En primer lugar, es necesario puntualizar, que la aplicación de la ley penal permisiva o favorable, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia supone la sucesión de leyes en el tiempo que regulan un determinado aspecto de forma similar, pero igualmente, tiene aplicación ante la **coexistencia** de legislaciones que se ocupan de regular el mismo supuesto de hecho.

No queda duda, que el antiguo Código penal Militar, Ley 522 de 1999, que fue modificado y adicionado por la Ley 1058 de 2010 está vigente, toda vez que los procesos por los delitos cometidos durante su vigor, así como los ocurridos en vigencia de la 1407 de 2010, nuevo Estatuto Punitivo Castrense, la cual empezó a regir el 17 de agosto de 2010, fecha en que fue publicada en el *Diario Oficial* No. 47.804, siguen rigiéndose por el rito procesal señalado en el primero, comoquiera que, la aplicación del procedimiento penal acusatorio en la justicia penal militar, creado en la nueva ley, según su artículo 627, está sujeto a un plan de implementación, que aunque ya se presentó solo entrará a regir gradualmente en 4 etapas, la primera inicia en Bogotá a partir del primero de enero de 2012.

En este asunto, los hechos ocurrieron en octubre de 2010, en vigencia de la Ley 522 de 1999 modificada y adicionada por la Ley 1058 de 2006, que es la que regula su trámite, razón por la cual la Sala estima que es viable con fundamento en el principio de favorabilidad aplicar la Ley 1407 de 2010, que es posterior y coexistente, donde igualmente se regula el fenómeno jurídico de la aceptación de cargos dándole la posibilidad al sujeto agente de obtener una rebaja de la pena de hasta la mitad, lo cual sin duda alguna es más beneficioso para el procesado, por cuanto la Ley 1058 de 2006 concede una sexta parte de disminución, por idéntica causa (aceptar los cargos).

En efecto, al hacer el cotejo de la Ley 1058 de 2006, que establece un procedimiento especial, abreviado, para delitos típicamente militares, entre ellos, el de deserción, con la 1407 de 2010, se observa que la primera, establece que una vez ejecutoriada la resolución de acusación, el fiscal remite el proceso al juzgado de instancia, para que convoque a audiencia de acusación y aceptación de cargos, que se celebrará dentro de los 8 días siguientes, lapso dentro del cual deberán reunirse el Fiscal y el Procesado, acompañado de su defensor, con la finalidad de acordar si hay posibilidad de aceptar o no los cargos y la consecuencias respectivas.

El día de la audiencia, el juez le pregunta al procesado si ha llegado a un acuerdo con el Fiscal y en qué consiste, es allí en esa "audiencia de acusación y aceptación de cargos" donde el procesado manifiesta si acepta los cargos, en caso positivo, el juez anuncia el sentido del fallo y dicta sentencia condenatoria dentro de los dos días siguientes, haciéndole la rebaja de una sexta parte de la pena a imponer.

Por su parte la Ley 1407 de 2010, en el artículo 493, establece que la aceptación de los cargos especificados en el escrito de acusación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se presentará en la audiencia de formu-

lación de acusación, preceptiva esta de carácter sustancial, que rige una situación semejante a la contemplada en la Ley 522 de 1999, adicionada y modificada por la 1058 de 2006, que es más favorable para el procesado, y que en nuestro sentir no se constituye en una figura jurídica de absurda analogía, y cuya aplicación no desarticula los aspectos esenciales del sistema acusatorio en sus finalidades ni principios.

Ahora, en lo que tiene que ver con el parecido entre la figura de aceptación de cargos consagrada en la Ley 522 de 1999 y la señalada en la Ley 1407 de 2010, encontramos que ambos instrumentos jurídicos llevan implícitos objetivos de política criminal con la finalidad de obtener una rápida y eficaz administración de la justicia penal militar, pues la aceptación de cargos por el imputado permite ahorrar esfuerzos en la función de juzgamiento.

La aceptación de cargos de la Ley 522 de 1999, como en la 1407 de 2010, se hace con posterioridad a la formulación de los cargos al procesado, lo cual garantiza su derecho de defensa.

En las dos situaciones, el juez hace el control de legalidad para salvaguardar los derechos fundamentales del procesado que decide aceptar los cargos imputados por la fiscalía, que se trate de una decisión libre, consciente, voluntaria, sin presiones de ninguna naturaleza y en presencia del defensor.

Igualmente, la sentencia condenatoria en ambos casos, es producto de la aceptación de los cargos del acusado, y de las pruebas aportadas en las cuales se respalda la responsabilidad penal del mismo. Las rebajas punitivas que se otorgan en ambas leyes son producto de la aceptación de los cargos, que no admiten retractación.

En síntesis, en criterio de la Sala existe identidad en los supuestos de hecho de la figura de aceptación de cargos del artículo 579 de la Ley 522 de 1999, y del artículo 493 de la 1407 de 2010, por tanto, siguiendo las claras directrices impartidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, se impone la aplicación del principio de favorabilidad penal porque el nuevo estatuto es más benéfico para el procesado.

De otro lado, estimamos que la circunstancia de que el procedimiento penal acusatorio en la justicia penal militar, creado con la Ley 1407 de 2010, no se haya puesto en marcha, no obstante dentro del término establecido en esa ley, se emitió el plan de implementación escalonado, con el Decreto presidencial No. 2960 del 17 de agosto de 2011, cuya primera fase iniciaría en Bogotá a partir del 1º de enero del 2012, ello no impide de ninguna manera la aplicación de uno de los principios esenciales del debido proceso en el Estado de derecho: el de favorabilidad amén cuando se trata de normas procesales de contenido sustancial de la ley en mención, en aquellos casos donde se consoliden situaciones de favorabilidad, máxime que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que el principio de favorabilidad rige toda aplicación de la normatividad penal sin que sea aceptable hacer diferencia entre normas sustantivas y normas procesales que beneficien al procesado (C-200 de 2002)". **(Rad. 157150, 26 de octubre de 2011, M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DESOBEDIENCIA

Elementos que configuran la orden vinculante o de relevancia penal

"No quiere significar lo anterior que el oficial no estuviera obligado a obedecer, pues la orden era vinculante en la medida en que fue impartida por su superior jerárquico con poder de mando sobre él, dado que se trataba del jefe de operaciones; legítima, en cuanto no quebrantaba el ordenamiento jurídico y tenía como propósito cristalizar los fines que Constitucional y legalmente le corresponden a la Fuerza Pública; lógica y oportuna, porque se correspondía con las reglas naturales de las actividades cotidianas que cumplen los estamentos militares, en el marco de ese tipo de operaciones". (**Rad. 156948, 31 de mayo de 2012, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión). ACLARACIÓN DE VOTO, CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ.**

♦ ♦ ♦ ♦

DETENCIÓN PREVENTIVA

Si del material probatorio no se justifica la detención preventiva de acuerdo a los fines de la misma, el Juez indefectiblemente debe abstenerse de proferir medida de aseguramiento, aun evidenciándose el indicio grave de responsabilidad.

"En efecto, sabido es, que la disposición punitiva castrense establece que para imponer medida de aseguramiento, es indispensable que se cumplan con los requisitos formales determinados en el artículo 532[39], además, es necesario que del material probatorio surja por lo menos un indicio grave que comprometa la responsabilidad del procesado, esto corresponde, al requisito sustancial. Exigencias estas, como lo señaló el Funcionario Instructor, hasta este momento procesal se encuentran satisfechas en el sub examine.

No obstante lo anterior, así como acertadamente lo expone el Juez de Instrucción, es menester que además de que se encuentren reunidos tanto los requisitos formales como sustanciales, también es obligatorio que se haga un juicio de razonabilidad y necesidad de la medida a imponer, esto, dado que se pretende restringir es el derecho fundamental de la libertad individual, por lo tanto su limitación debe ser excepcional. (…).

De conformidad con lo antes expuesto, se vislumbra que acertadamente el Juez Instructor, después de establecer que se cumplían los requisitos formales y sustanciales para imponer la medida de aseguramiento –detención preventiva–, se detuvo a realizar un pormenorizado y juicioso análisis sobre si era justificado imponer la detención, dados los fines que persigue, llegando a la conclusión que la misma no se tornaba necesaria, comoquiera que de ese examen concluyó que los militares, no representaban un peligro para la comunidad por cuanto no poseen antecedentes penales, no pertenecen a organizaciones al margen de la ley, tampoco han efectuado maniobras de obstrucción a la justicia, además de que sus comportamientos

39 Artículo 523. Las medidas de aseguramiento se dictarán en virtud de auto interlocutorio en que se exprese: 1. Los hechos que se investigan, su calificación provisional y la pena correspondiente. 2. Los elementos probatorios sobre la existencia del hecho y la probable responsabilidad como autor o partícipe. 3. Las razones por las cuales no se comparten los alegatos de los sujetos procesales.

permitieron inferir que en caso de una eventual condena no eludirán el cerco de la justicia, por cuanto han estado atentos a todas las citaciones del Despacho.

Luego, se repite, resulta atinada la decisión del Operador Jurídico cuando se abstuvo de limitar la libertad individual de los vinculados, por cuanto no se evidenciaba la finalidad de la detención preventiva, pues de haber actuado diferente, estaría vulnerando derechos fundamentales como la presunción de inocencia, la cual hasta este episodio procesal se mantiene incólume y debe permanecer así hasta tanto exista sentencia ejecutoriada. No se debe olvidar que la detención preventiva es de carácter preventivo y excepcional y está sujeta, como se ha reiterado, a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad, sin que su propósito esté encaminado a adelantar una condena.

Así las cosas, no es viable proceder, como lo señala el recurrente, imponer medida de aseguramiento de detención preventiva y no hacerla efectiva, por las siguientes razones:

1. El delito que se investiga prevé como medida de aseguramiento únicamente la detención preventiva.

2. No puede acudirse a ninguna de las causales de suspensión de la detención preventiva contempladas en el artículo 535 de la Ley 522 de 1999.

3. Tampoco es posible beneficiar a los sindicados con libertad provisional por ser improcedente aplicar alguna de las causales contenidas en el mandato 539 ibídem". **(Rad. 156949, 08 de agosto de 2011, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DICA "PRINCIPIO DE DISTINCIÓN" DERECHO DE LA GUERRA

Causales excluyentes de responsabilidad.

HOMICIDIO CULPOSO EN CONCURSO CON LESIONES PERSONALES CULPOSAS. Cumplimiento de un Deber Legal, como causal de justificación penal, se fundamenta en el principio de unidad del Ordenamiento Jurídico Esquema causalista.

"Valorado el comportamiento de los procesados, tenemos que si bien es cierto, que los hechos que se investigan tuvieron ocurrencia cuando tal comportamiento lo realizaron en cumplimiento de un Deber Legal, en su condición de miembros de las Fuerzas Militares, también lo es que, no puede predicarse que los disparos que causaron la muerte del señor JCC (q.e.p.d.) y las lesiones al señor BOD, fueron realizadas en cumplimiento de ese deber impuesto por la ley, y conforme a derecho.

Es que si los Militares procesados se encontraban cumpliendo un deber impuesto por la ley, entendido por ley toda prescripción de carácter general y con

obligatoriedad erga omnes, la justificante no opera en la conducta con la cual se haya cumplido de cualquier forma con el deber, pues se exige que el cumplimiento del deber se realice dentro de los límites legales y conforme a Derecho.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el escenario que en estos acontecimientos se presentaba era un ambiente de hostilidades, siendo el derecho aplicable las Reglas del Derecho Internacional de los Conflictos Armados, basta mirar de manera desprevenida sus disposiciones sobre la conducción del Ataque como táctica Defensiva, contenidas en el artículo 57 del I Protocolo de 1977 adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 –aprobado con la Ley 11 de 1992– que establecen que las precauciones que han de tomarse para apuntar son similares a las que deben respetarse cuando se elige un Objetivo Militar, cuya responsabilidad de una puntería precisa depende de los efectos causados en el lugar de impacto por el arma o el sistema de armas elegidos, siempre sobre la base de observar el principio de Proporcionalidad.

Recuérdese, que el Artículo 57 del I Protocolo de 1977 adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 –aprobado con la Ley 11 de 1992–, en concordancia con los Artículos 22 y 23 del Reglamento Anexo de la Convención relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907, preceptúa que se respetará la Regla de la Proporcionalidad, en el entendido que una acción Militar es proporcionada cuando no causa víctimas ni daños civiles excesivos en relación con el resultado global esperado –Ventaja Militar–, por lo que no se puede invocar la regla de la Proporcionalidad para justificar destrucciones ilimitadas o ataques contra personas o bienes civiles como tales.

Amén a lo señalado, el artículo 58 del I Protocolo de 1977 adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 –aprobado con la Ley 11 de 1992–, en su apartado C) establece una obligación abierta, que dispone que hasta donde sea factible las Partes en conflicto "tomarán las demás precauciones necesarias para proteger contra los peligros resultantes de las operaciones militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control". Estas precauciones contra los efectos de las hostilidades son una extensión lógica del principio de Distinción, que también constituye una norma de derecho internacional consuetudinario, por lo que las Partes sujetas a un ataque no pueden abusar de las obligaciones del atacante.

Y es aquí donde refulge indispensable recordar que el Derecho Internacional de los Conflictos Armados, además del principio de Proporcionalidad, acuña el principio de Distinción según el cual en la Conducción de Hostilidades, las Partes en conflicto deben hacer, en todo tiempo, la distinción entre Población Civil/Personas Civiles y Combatientes/Personales que participan directamente en las Hostilidades, así como entre Bienes de carácter Civil y Objetivos Militares, siendo estos últimos los únicos que pueden ser objeto de ataques, tal como lo preceptúan el Artículo 4° del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 –aprobado con la Ley 5ª de 1960–, y los Artículos 44 y 48 del I Protocolo de 1977 adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 –aprobado con la Ley 11 de 1992–; contexto normativo sobre el cual refulge limitantes al acto o acción hostil en el esfuerzo Militar en Conducción de Hostilidades.

De ahí, que no es viable predicar de tales insucesos el Cumplimiento de un Deber Legal, porque solo puede hablarse de tal Causal de Ausencia de Responsabilidad, y particularmente de Ausencia de Antijuridicidad o de Justificación del Hecho, cuando alguien se comporta como lo hace porque una norma jurídica o una orden vinculante de autoridad pública se lo impone, en razón de su oficio o por su condición de Subordinado; y aquí vemos que la Regla a aplicar en Conducción de Hostilidades como lo es el Principio de Proporcionalidad, y el Principio de Distinción, y por ende, las precauciones en la puntería fueron desconocidas.

Como se observa esta causal de inexistencia del delito por ausencia de Antijuridicidad o Justificación del Hecho, implica una relación directa entre el sujeto y el mandato legal que está obligado a cumplir, que en el caso sub examine dado el ámbito situacional y las circunstancias modales en que se presentó el hecho objeto de esta investigación, fácil es colegir que los procesados en el Comportamiento en la Acción en Conducción de Hostilidades, no aplicaron las Reglas del Derecho de la Guerra como parte del cuerpo normativo del Derecho Internacional de los Conflictos Armados, que regentaban tal situación táctica, por lo que la utilización de las armas no se realizó dentro de los límites legales, ni en la forma prevista en la ley, que por el contrario restringía tal comportamiento. **(Rad. 156188, 29 de febrero de 2012, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DOSIFICACIÓN PUNITIVA

Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

"Teniendo en cuenta que el artículo 59 de la Ley 1407 de 2010 prescribe que 'toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena', y conforme las voces de los cánones 60 y 61 ídem, se han de fijar los límites de la pena principal que comporta la privativa de la libertad y la consecuente multa, de acuerdo a lo establecido en el inciso segundo del artejo 114 de la Ley 599 de 2000. Así, prevé el Legislador de tres (3) a ocho (8) años de prisión, es decir, de treinta y seis (36) a noventa y seis (96) meses de prisión. En cuanto hace a la multa se establece de veintiséis (26) a treinta y seis (36) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para definir los cuatro cuartos de movilidad es necesario tener en cuenta que entre el máximo y el mínimo de la sanción hay sesenta (60) meses, lo cual quiere significar que cada cuarto es de quince (15) meses. La adecuada operación matemática arroja el siguiente resultado:

Primer cuarto: de 36 a 51 meses. (Cuarto mínimo)
Segundo cuarto: de 51 a 66 meses. (Cuarto medio)
Tercer cuarto: de 66 a 81 meses. (Cuarto medio)
Cuarto cuarto: de 81 a 96 meses. (Cuarto máximo)

Comoquiera que respecto de Parada Rincón, acorde con la acusación y su sustentación en el juicio de corte marcial, no se presentaron por la Fiscalía, ni fue objeto de discusión, circunstancias de mayor punibilidad y antes por el contrario concurren situaciones de menor punibilidad, como es la carencia de antecedentes, es obvio que la Sala se debe ubicar en el primer cuarto y dentro de él se aplicará la sanción mínima. Corolario, la pena a imponer será de treinta y seis (36) meses de prisión. En cuanto hace a la multa, consecuente con la pena mínima asignada y el imperativo fijado por el Legislador en el artículo 114 ídem, se tasará en veintiséis (26) salarios mínimos legales mensuales vigentes, suma que deberá cancelar el condenado en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Agrario del Juzgado Penal Militar de Conocimiento, en el plazo que determinará el *A quo,* conforme los lineamientos del artículo 51 de la Ley 522 de 1999.

En cuanto hace al subrogado de la suspensión condicional de la pena, encuentra la Sala que en este acápite también ha de ser modificada la sentencia, habida cuenta que la pena privativa de la libertad, el delito por el que se procede y los factores subjetivos que caracterizan al procesado, posibilitan su reconocimiento, de acuerdo a lo prescrito en el canon 63.1 de la Ley 1407 de 2010, norma aplicable al caso en estudio por favorabilidad, la cual viabiliza la concesión del mecanismo sustitutivo. En conclusión, la ausencia de antecedentes personales, sociales, familiares, la buena conducta anterior del procesado referida por los testigos, entre ellos, el S. R. J y el SLR. S quien definió a P. como un buen Soldado, respetuoso, cumplidor de las órdenes; conllevan a considerar que no existe, por el momento, necesidad de ejecución de la pena, por lo que se dispondrá la suspensión condicional de la sanción, fijando como período de prueba el lapso de tres años. Consecuentemente, se ordenará que el condenado otorgue caución juratoria en la que se comprometerá a cumplir las obligaciones consagradas en el artejo 65 de la Ley 1407 de 2010.

Respecto a la solicitud orientada al reconocimiento del estado de ira e intenso dolor, como diminuente punitivo en favor del procesado, estima el Colegiado que tal petición es improcedente en razón a que, como se ha señalado con antelación, la conducta del enjuiciado P. R. no es resultado de comportamiento ajeno, inesperado, provocado, grave e injusto, todo lo contrario, conforme las razones expuestas en anteriores glosas, no existe relación entre el presunto agravio y la reacción extrema del acusado, motivo por el cual la petición no está llamada al éxito". (**Rad. 156970, 27 de julio de 2011, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ELEMENTO OBJETIVO FUNCIONAL DEL FUERO

HOMICIDIO. Cuando no existe la relación entre los hechos y la misión castrense encomendada, exigible para la activación del fuero militar, no es predicable que la competencia recaiga en la Justicia Penal Militar.

"(…) no hay ninguna prueba documental, ni testimonial, que permita inferir que la muerte del particular RVP haya sido a consecuencia del resultado de una

orden militar de operaciones, pues al efecto no hay un informe de patrullaje o un informe que dé cuenta de manera oficial, del supuesto resultado operacional. Tampoco, ninguno de los militares llamados a rendir testimonio o indagatoria, recuerda haber participado de ese hecho.

En consecuencia, aquella relación que se exige para la activación del fuero penal militar, no aparece de manera clara y nítida de las pruebas que obran dentro del proceso y en este sentido resulta de fundamental importancia lo señalado por la Corte Constitucional, cuando dijo:

"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"[40].

Precisamente con base en este enunciado, es que la justicia penal militar debe separarse del conocimiento de este asunto, con el fin de que sea la justicia ordinaria la que prosiga con la investigación del hecho. **(Rad. 156951, 22 de junio de 2011, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ELEMENTO SUBJETIVO DEL DOLO EN LOS DELITOS DE PELIGRO

Desobediencia.

"(…) 7.2.2 Sobre el elemento subjetivo del dolo: Es en el concepto del Ministerio Público donde se plantea que el incumplimiento al servicio del centinela por parte del procesado no fue doloso, partiendo de un problema de sueño y de no contar con otro militar que no cumplió con el deber de levantarlo. Sobre tal planteamiento, necesario resulta precisar el elemento subjetivo en los delitos de peligro.

Es claro que el punible de desobediencia es un delito de los llamados de peligro, donde el reproche se hace sobre la base de la posibilidad que la conducta pueda producir un daño pero bajo la concepción de no aquel daño naturalístico perceptible por los sentidos únicamente, ha de recordarse que el bien jurídico de la disciplina cuando se pone en peligro no deja huella material por lo tanto su resultado es en un sentido jurídico, –un hecho concreto sensorial– y no en un sentido naturalístico.

Retomando entonces, el reproche en los delitos de peligro se requiere, en primer término la amenaza o puesta en riesgo de la disciplina, pero que esta puesta

40 Corte Constitucional, sentencia C-358 de 1997

en peligro no cubre el elemento subjetivo de la intencionalidad bajo la presunción de que no admite prueba en contrario, sino que la regla general es que tanto los delitos de resultado como los delitos de peligro contienen como elementos del tipo al dolo, y este, no se puede presumir, pues de llegarse a aceptar la presunción del dolo en los delitos de peligro estaríamos abordando los peligrosos campos de la responsabilidad objetiva…". **(Rad. 157122, 29 de septiembre de 2011, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

FINES DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Cuando se analizan los fines y no se encuentra que el procesado pueda violarlos el funcionario debe abstenerse de proferir medida de aseguramiento sin caucionar su libertad.

"Sobre este punto encontramos nuevamente referencia a los fines de la medida de aseguramiento, sobre los que ya advertimos sí se refirió el a quo en la providencia. Y en cuanto a la medida tomada y el subrogado concedido, es una realidad que se presenta una contradicción en la parte motiva y resolutiva del proveído al estimar inicialmente que no es procedente imponerle medida de aseguramiento al procesado porque no se dan los requisitos jurisprudenciales para ello, sin embargo la decreta en la parte resolutiva, concediéndole adicionalmente el beneficio de libertad provisional caucionada.

En torno a este tema, es necesario aclarar que para proferir una medida de aseguramiento de detención preventiva no basta con que se estructuren los indicios de responsabilidad y las hipótesis objetivas (quántum de la pena, bien jurídico o antecedentes de la persona) señalados en el artículo 467 de la Ley 1407 de 2010 (art. 313 de la Ley 906 de 2004), sino que es indispensable que concurra prueba demostrativa de que se cumpla alguno de los requisitos establecidos en el artículo 466 de la misma Ley (art. 308 Ley 906 de 2004), a saber: 1) Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado o acusado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2) Que el imputado o acusado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, de la víctima o de la fuerza pública. 3) Que resulte probable que el imputado o acusado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. Si hay prueba de responsabilidad y se presentan además los otros requisitos objetivos, pero no aparece prueba indicativa de que el imputado puede quebrantar los fines de la detención, es improcedente la medida de aseguramiento[41].

Es así que en este caso que hoy nos convoca, al haber considerado el a quo, que no estaban dado los fines de la medida de aseguramiento, hubiera bastado abstenerse de proferir la medida sin que fuera necesario dar aplicación al artículo 521 de la Ley 522 de 1999, pues ese no es el caso presente.

41 Corte Constitucional, C-774, 25 de julio de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Conforme a lo anterior y para armonizar la decisión impugnada con el criterio referido precedentemente, se entrará a revocar la decisión apelada en los numerales 1º y 2º, para en su defecto y en cumplimiento de los presupuestos del artículo 466 de la Ley 1407 de 2011, simplemente abstenerse de proferir en contra del procesado medida de aseguramiento alguna". **(Rad. 156962, 19 de septiembre de 2011, M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

FUERO MILITAR – TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN – COMPETENCIA NEGATIVA ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

Hechos relacionados con el servicio.

Entra la Tercera Sala a resolver lo que en derecho corresponda, sobre los argumentos esgrimidos por el Honorable Tribunal Superior de Medellín, quien se abstuvo de conocer del recurso de apelación interpuesto por la doctora FMHP, Fiscal Delegada código 132 Seccional ante los Juzgados Penales del Circuito de Medellín, contra la providencia del 18 de agosto de 2011 donde el Juzgado 21 Penal del Circuito de Medellín decretó nulidad de la diligencia de aceptación de cargos dentro del expediente No. 1.044.964.132 adelantado contra el PADU por el delito de Homicidio doloso y tentativa de homicidio, por considerar que la competencia para conocer la presente investigación penal recae en la Justicia Penal Militar. (…)

Inicia su argumentación anunciando que carece de competencia para conocer del asunto, haciendo alusión a la Sentencia C-358 de 1997 por considerar que de conformidad en el artículo 221 de la Constitución Política los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, deberán ser investigados y juzgados por la Justicia Penal Militar. De igual manera extrae pronunciamientos en cuanto al término "servicio" el cual alude a las actividades concretas que se orientan a cumplir o realizar las finalidades propias de la Fuerza Pública.

En el caso materia de pronunciamiento de la Sala, la conducta punible endilgada al PDUA tuvo lugar en el cumplimiento de una tarea inherente al cargo o función que tenía, cual era prestar seguridad a sus compañeros en un sector de alta peligrosidad en la ciudad de Medellín. Así también lo confirman las pruebas testimoniales y documentales obrantes en el plenario.

Es así como el cumplimiento de esta labor de vigilancia y seguridad en el sector llamado "Curva del Diablo", guarda estrecha relación con el servicio, pues se trataba de un procedimiento policial, durante el cual surgió el hecho materia del proceso, cual fue intentar detener a los dos ocupantes de una motocicleta que cuando observaron un retén, decidieron hacer el retorno a toda velocidad.

Así las cosas, fue dentro del escenario de las funciones propias como miembro de la Policía Nacional en que ocurrió la conducta punible que se le ha venido en-

dilgando, emergiendo nítida esa relación por las labores de seguridad y vigilancia, razón por demás suficiente para ser la Justicia Penal Militar a quien le corresponde investigar y juzgar la conducta punible y no en la ordinaria. (…).

De manera por demás simplista, los funcionarios de la Justicia Penal Militar acuden al "argumento de la duda" que en su momento plasmó la Honorable Corte Constitucional en su Sentencia C-358/1997 olvidando decisiones posteriores más por desconocimiento e ignorancia supina, bajo el entendido de que la duda debe ser razonable[42] y, por ende, motivarse.

Precisamente, dicha Corte indicó que no sobra aclarar que la duda referenciada en la doctrina constitucional, como factor determinante de la asignación de competencia a favor de la jurisdicción penal ordinaria, es aquella que resulta razonable, debidamente fundada o calificada, y que emerge en forma racional y manifiesta de los elementos de juicio que, a su conjunto, deben ser analizados por el operador jurídico.

Hoy, al observar la Sala después de siete años la actuación procesal adelantada, rememora esa lectura obligada de quienes nos hemos dedicado a esta rama de la administración de justicia, como lo es "Las Miserias del Proceso Penal" el texto del ilustre tratadista FRANCESCO CARNELUTTI, cuando un procesado clama justicia, cuando ruega y suplica que le solucionen su situación jurídica definitivamente. Así lo ha expresado el PADU dentro de estas fojas, cuando ha aceptado todos los cargos que le han imputado. Es allí donde nos encontramos con aquello que se llama **"la deshumanización del derecho penal"**. Este proceso Kafkiano ha tenido sub júdice por siete años a un ser humano que prestaba sus servicios a la Policía Nacional y que ante las dificultades y aflicciones surgidas en el decurso del presente proceso, se vio en la obligación de solicitar su retiro el pasado mes de abril de 2011 de la institución, por pesar en su contra una orden de captura cuando se encontraba disfrutando sus vacaciones en la ciudad de Mocoa (Putumayo)[43].

Independiente de la responsabilidad que le asista, estamos en presencia de un ser humano a quien le han desconocido ese principio rector del derecho penal, que es el soporte de toda constitución en un estado social y democrático de derecho, LA DIGNIDAD.

Las motivaciones anteriormente plasmadas, conducen sin lugar a equívocos, a señalar que efectivamente el proceso que se adelanta contra el PDUA es de competencia de la Justicia Penal Militar. Como consecuencia, se decretará la nulidad a partir del auto de fecha 17 de septiembre de 2008 donde se avocó conocimiento por la Justicia Ordinaria en adelante. (…). **(Rad. 157204, 15 de diciembre de 2011, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión)**.

♦ ♦ ♦ ♦

42 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 1001/01, 18 de septiembre de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil

43 Folios 1024-1025 C.O. 4 solicitud de retiro.

FUERO PENAL MILITAR

Alcance de la expresión "Servicio" en los delitos típicamente militares.

Para la Alta Corte la expresión "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, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia vivan en paz.

Empero en materia de esta expresión y su alcance, la guardiana de la Carta de manera categórica afirma que la conducta que debe tener relación con el servicio y en particular con la función militar o policial debe emanar de lo que la Constitución, la ley o el reglamento les ha asignado.

En el presente proceso estamos en presencia de dos delitos, uno típicamente militar, normado en el Código Penal Militar, Ley 522 de 1999 en su Título Primero, DELITOS CONTRA LA DISCIPLINA, Capítulo III "De los ataques y amenazas a superiores e inferiores". Y de otro lado, un tipo penal común como es el de las lesiones personales que prevé el Código Penal, Ley 599 de 2000 artículos 111 y 113. (…).

Se desprende de la sumaria que estos ocurrieron en desarrollo de la operación militar Misión Táctica No. 004 "NEPTUNO" del Batallón de Asalto Fluvial de Infantería de Marina No. 4, Municipio de Pizarro, departamento de Chocó, a eso de las 07:00 horas cuando el personal realizaba labores administrativas, entre ellas el lavado de uniformes, momento en el cual el entonces Infante de Marina Profesional CCMA, quien hacía parte de la misión táctica como enfermero de combate de la Compañía "LEÓN 1" de ese Batallón, agredió físicamente al cabo tercero de Infantería de Marina SCMD, cuando este se dispuso a colgar su uniforme en la cuerda donde también se encontraba la ropa militar del procesado, cayéndose en ese instante un palo que sostenía dicha cuerda, lo que generó inicialmente intercambio de palabras ofensivas, para posteriormente resultar el Suboficial S lesionado por el Infante de Marina C con una fractura de tabique que le generó una incapacidad médico –legal definitiva de 25 días, con secuela médico– legal de deformidad física que afecta el rostro, de carácter transitorio. (…).

Se tiene dilucidado igualmente que para el momento de los hechos, como ya se indicó, tanto procesado como víctima cumplían funciones administrativas, pero dentro del marco de la Orden de Operaciones señalada, puntualmente el lavado de uniformes (camuflados) actividad dispuesta por el mando para ese momento. Fue precisamente en desarrollo de esta actividad cuando se presentó la situación fáctica que tiene para la Sala plena relación con el servicio, entendido este como bien lo indican los reglamentos militares y en particular el Reglamento de Servicio de Guarnición, Disposición No. 010 de 1982 que define en su Sección B el Acto del Servicio como "Aquel que se efectúa en uso de las atribuciones o en cumplimiento de los deberes inherentes a los militares". No era otra la actividad del lavado de uniformes que un deber que tenían para ese momento los integrantes del Batallón de Asalto Fluvial No. 4 al que pertenecían el Infante de Marina Profesional CCMA quien

se desempeñaba como enfermero de combate y el C3CIM SCMD quien fungía como comandante de la segunda sección del primer pelotón de la Compañía "León". (…).

Basta mencionar estas dos decisiones de nuestro máximo Tribunal de Casación, para concluir e inferir que las funciones administrativas propias de la actividad castrense y policial son de competencia de la Justicia Penal Militar. Es diáfano que las actuaciones de los integrantes de la Fuerza Pública no solo se circunscriben a lo operacional o a procedimientos policiales, pues para ello, en aras de llevar a cabo la misión constitucional asignada, deben cumplir una serie de actividades diarias que se relacionan con el servicio de manera directa y estrecha. Desconocer esta realidad que reconoce la misma Corte, sería limitar el fuero penal militar a su mínima expresión e interpretar restrictivamente el alcance del artículo 221 de la Carta Política, desconociendo de tajo su filosofía y alcance.

En hora buena ha sido la misma jurisprudencia la que ha dado ese alcance a las funciones administrativas como propias de la misión constitucional y de las tareas que debe cumplir la Fuerza Pública.

Es importante hacer énfasis en el alcance de la relación con el servicio en esta providencia, porque en materia de delitos típicamente militares como el que hoy es materia de juzgamiento, esa relación tiene una mayor connotación, pues las actividades están estrechamente vinculadas con la disciplina y la obediencia y consecuentemente con el servicio, pilares sobre los cuales se edifica el cabal cumplimiento de su tarea y misión.

Los delitos contra la disciplina militar tratan de tutelar la cohesión y el mantenimiento del buen orden y marcha de las fuerzas militares, elementos necesarios para dotarlas de la eficacia precisa en aras de la satisfacción de sus objetivos. De esta forma, el óptimo sistema de equilibrio entre los militares, particularmente entre quienes ejercitan el mando y los que obedecen, se resquebrajaría si las relaciones que tienen la obligación de mantener no estuvieran presididas por un respeto mutuo que preserve el principio de la jerarquía y que asegure el cumplimiento de las órdenes impartidas. Esta ha sido la constante de todos los ejércitos legítimamente constituidos, por ende proteger este bien jurídico constituye la esencia del derecho penal militar. Difícilmente un juez ordinario o la sociedad logran establecer el alcance de esta normatividad, a simple vista drástica en materia punitiva, pero determinante para la existencia de los ejércitos que hoy en día preservan las democracias y el Estado Social de Derecho como el nuestro, por algo el legislador en su sabiduría tuvo a bien erigirlos en bienes jurídicos tutelados por el derecho penal militar, por demás avalados por la honorable Corte Constitucional[44], pues como lo indicó, la existencia de un Código Penal Militar halla sustento legítimo en Colombia, adoptando un modelo de justicia tildado de "intermedio" que se fundamenta en el reconocimiento de una investidura especial y una jurisdicción independiente, que se explica a partir de las claras diferencias que existen entre los deberes y responsabilidades que tienen los ciudadanos y los que están llamados a asumir los miembros de la Fuerza Pública, pues a estos últimos la Constitución les asigna una función

44 Corte Constitucional, sentencia C-141 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

especial, exclusiva y excluyente; el monopolio del ejercicio coactivo del Estado, que implica el uso y disposición de la fuerza legítima y el sometimiento a unas reglas especiales propias de la actividad militar.

No cabe duda entonces que la actividad que realizaban tanto procesado como víctima para el día de los hechos, tiene relación con el servicio, que estos se derivaron del mismo, actividad administrativa que cumplían de acuerdo a instrucciones y órdenes impartidas, pues propio es que en un momento de las operaciones militares sus integrantes descansen pero estén disponibles para su cumplimiento, mantengan el estado de alerta y además realicen actividades como las de aseo del armamento, sus uniformes, las formaciones; todas ellas propias de la naturaleza de la fuerza pública y de su esencia.

El desarrollo del mandato constitucional y de la ley en lo que tiene que ver con su misión y tarea, está reglamentado, y esos estatutos son sin lugar a equívocos el referente de sus actuaciones, límites de las mismas y por sobre todo, de la legalidad y legitimidad en su actuar. Tan difícil misión que no tiene ningún otro servidor público, requiere de una normativa detallada y minuciosa en cada una de sus actividades, incluso hasta en las académicas. **(Rad. 157078, 28 de marzo de 2012, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión)**.

♦ ♦ ♦ ♦

FUERO PENAL MILITAR

Fuero para la Policía Nacional. Fundamento Constitucional. Alcance de la relación con el servicio.

(…) El tema se centra y circunscribe a establecer si la Jurisdicción Penal Militar tiene competencia para investigar, acusar y juzgar al procesado AFA por la conducta punible de lesiones personales culposas y por ende existen motivos que justifican sustraer del conocimiento de la Justicia ordinaria de dicho ilícito.

Aduce el ad quem de la Justicia Ordinaria que razón le asiste a la defensa del Patrullero AFA al asegurar que el delito de Lesiones personales Culposas que le fuera imputado a su defendido, es una conducta cometida "en relación con funciones oficiales", toda vez que los hechos tuvieron ocurrencia cuando aquel se encontraba cumpliendo sus labores y funciones como miembro de la Policía Nacional, pues basta recordar que le había sido asignada la labor de recoger jóvenes que no tuvieran definida su situación militar y que debían ser conducidos al coliseo de la localidad para ser reclutados. Precisamente en cumplimiento de esta orden y actividad impartida por sus superiores, es cuando se produce la colisión vehicular.

Así las cosas, el Juez del Circuito señala que está claro que al momento de la ejecución de la conducta punible AF se desempeñaba como agente de la Policía Nacional, es decir, era miembro activo de esa institución y en tal condición se encontraba obedeciendo la orden que le diera su superior, por lo que su conducta tiene relación con las

funciones constitucionales y legales que corresponden a la Justicia Penal Militar. Dicho en otros términos, como se presenta el nexo con el servicio de la Policía Nacional con el ilícito ejecutado, este corresponde al conocimiento de la Justicia Castrense.

Si se aprecia el Acta número 15 de abril de 1991 de la Asamblea Nacional Constituyente respecto de la redacción del artículo 221, la comisión tercera de dicha Asamblea propuso que se mantuviera el texto del artículo 170 de la Constitución Política de 1886, empero se presentó la enmienda del constituyente Galán Sarmiento donde se dispuso introducir el fuero para los miembros de la Fuerza Pública, atendiendo precisamente lo dispuesto en el artículo 216 que definió que se entienda que: "la Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional" de tal suerte que dicho concepto implica en el contenido del artículo 221 que el Fuero Penal Militar incluye también a la Policía Nacional, el cual es elevado a la categoría o rango constitucional, dejando claro el constituyente que los miembros de esta institución en servicio activo gozan de esa garantía excepcional (subrayado fuera del texto).

En este sentido la Honorable Corte Constitucional en su sentencia C-444 de 1995 se pronunció afirmando 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, siendo el constituyente de 1991 consciente de la "zona gris" a la que ha hecho alusión la Corte, situada en los límites entre lo militar a lo civil, y la defensa y la seguridad dentro del contexto social colombiano, y estableció una regulación constitucional que intenta conciliar las aspiraciones ideales y las necesidades coyunturales.

Así, concluye la Corte, los miembros de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares 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.

De esta forma, el "Juez Natural" para juzgar al personal de la Policía Nacional por los delitos aludidos, está expresamente establecido en la mencionada disposición constitucional, y lo son, las Cortes Marciales o Tribunales Militares.

Como corolario de lo anterior, tenemos que el fuero penal militar para la Policía Nacional ha sido elevado a rango constitucional en la amplitud del concepto de fuerza pública y el alcance que le ha dado la Corte Constitucional.

Ahora, si bien no es materia de pronunciamientos ni de competencia de este Tribunal la decisión del Consejo Superior de la Judicatura, sí es importante precisar que las colisiones de competencia se deben suscitar –como lo demanda la Constitución–, entre las jurisdicciones y obviamente entre los funcionarios adscritos a ellas, es decir para el caso en particular entre la Justicia Penal Militar y a la Ordinaria.

Pero más aún, para la Sala no son los sujetos procesales los llamados a provocar directamente la colisión y no es el artículo 54 de la Ley 906 de 2004 la norma a invo-

carse, pues a nuestro juicio su alcance se restringe a la definición de competencias entre los jueces ordinarios y no entre las jurisdicciones, pues lamentablemente no existe norma en este sentido que así lo establezca y consagre.

El mismo Código Penal Militar Ley 552 de 1999 en sus artículos 271 a 273 regula el tema pero al interior de la jurisdicción y así también lo contempla el nuevo Código Penal Militar Ley 1407 de 2010 en su artículo 229.

Es tan claro el sentido de la norma –Ley 906/04– que en su artículo 55 "Prórroga" en su parágrafo señala que: "para los efectos indicados en este artículo se entenderá que el Juez Penal de Circuito Especializado es de Superior Jerarquía respecto del Juez del Circuito" esto en aras de aclarar precisamente las jerarquías al interior de la Justicia Ordinaria para definir la competencia.

De lo anterior se puede colegir que la norma que establece la colisión de competencias entre jurisdicciones, es de carácter constitucional, no tiene desarrollo legal y que necesariamente tiene que surgir el conflicto y entrabarse para que este se pueda dirimir.

Así las cosas, retomando la decisión a tomar, razón le asistió al Juez Primero Penal del Circuito de Soacha para remitir la actuación al Tribunal Superior Militar como segunda instancia de la Justicia Penal Militar. Ese es y era el trámite adecuado, por consiguiente es a esta Sala a la que le corresponde bien entrabar el conflicto, o en su lugar asumir la competencia de jurisdicción.

Las motivaciones anteriormente plasmadas conducen, sin lugar a equívocos, a señalar que efectivamente el proceso que se adelanta contra AFA, es de competencia de la Justicia Penal Militar. Como consecuencia, se decretará la nulidad de lo actuado por la Justicia Ordinaria en lo que corresponde a la situación jurídica del Policial AFA, a partir del auto de fecha 21 de marzo de 2007 inclusive, por medio del cual el Fiscal 01 Local declaró el cierre de la etapa de investigación, de la misma forma se convalidarán todas las diligencias adelantadas en la investigación por la Justicia Ordinaria pues ello no afecta el factor de competencia de la Justicia Penal Militar ni el debido proceso. **(Rad. 157097, 14 de septiembre de 2011, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

FUGA DE PRESOS - DESPLAZAMIENTO DE INTERNO

Prohibición de regreso

"(…) **7.2- Sobre el instituto de la prohibición de regreso**: El argumento de la apelación busca desconocer los comportamientos imprudentes de los custodios directos del interno, comportamientos referidos tanto por el Fallo de Primera Instancia como por el Ministerio Público y plasmados en precedencia en esta decisión,

y a partir de tal desconocimiento busca imputar el resultado fuga a un tercero cual es el señor TC. HCJA oficial que impartió la orden a los custodios para realizar el traslado del interno.

La Sala habrá de recordar entonces, que dogmáticamente dentro de la estructura del tipo penal se analizan aspectos tanto subjetivos como objetivos, de manera muy general dentro del aspecto objetivo se analizan los sujetos, la acción, el bien jurídico, el resultado como también el nexo de causalidad.

Frente a este último, habrá de decirse que para poder atribuir un resultado de un punible a una persona, se ha de determinar el vínculo que exista entre la acción de esta y el resultado, es decir, lo que denomina la moderna dogmática penal, establecer el vínculo de imputación el cual contiene un criterio naturalístico y un criterio jurídico o normativo, elementos propios de la teoría de la imputación objetiva.

La evolución del derecho penal, ha pasado por distintas teorías que buscan explicar el nexo causal existente entre la acción del sujeto y el resultado, se ha hablado de la teoría de la causalidad adecuada, de la teoría de la relevancia jurídica y de la teoría de la equivalencia de las condiciones, esta última en términos muy generales coloca en la misma balanza todas las causas que infirieron en el resultado y en esta cadena causal se han construido criterios para evitar extender hasta el infinito la causa y uno de ellos es el conocido como la prohibición de regreso.

La prohibición de regreso, ha sido tratada por la doctrina[45] como un ámbito de colaboración dolosa o culposa de un tercero en la realización del tipo penal, sin que exista responsabilidad para ese tercero. Son casos de participación aparente en los que no es imputable la creación de una situación que favorece la comisión de un delito, cuando esta situación se ha creado con base en un riesgo permitido.

De manera entonces, que si la pretensión del apelante, es imputar el resultado favorecimiento de fuga de presos a aquel tercero, es decir al señor TC. HC, necesario es recordar, que si él creó imprudentemente una situación favorable que a la postre haya contribuido al resultado consumado por otro, no le es viable su imputación siempre que él haya actuado dentro de los parámetros del riesgo permitido. Adicionalmente, este instituto es uno de los límites que existen para evitar la imputación a todos los cursos causales que hayan intervenido, pues de aceptarse ello, incluso se llegaría a señalar a quien emitió la orden judicial de traslado.

No es necesario hacer mayores esfuerzos argumentativos para predicar que el traslado de un interno implicaba un riesgo y que dicho riesgo era la fuga del mismo, y que no podría dejar de realizarse el traslado por el temor a que si se concreta la fuga se imputa el punible de favorecimiento de fuga. Entonces, el traslado del interno es un riesgo que jurídicamente está aprobado y para el caso sub judice, la asignación que hiciera el Teniente Coronel de dos militares y un medio técnico como lo eran las esposas, cubren los criterios de ordenamiento jurídico y experiencia de vida que hacen que tal actuar se catalogue como riesgo permitido. De manera que

45 Ver LÓPEZ DÍAZ, Claudia, *Introducción a la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, tercera reimpresión, julio 2000.

el actuar en esta circunstancia por parte del Teniente Coronel, impide imputarle el resultado por el instituto de la prohibición de regreso…". (**Rad. 156496, 30 de junio de 2011, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

HURTO AGRAVADO

No responder los alegatos de la defensa en los aspectos fundamentales genera nulidad.

(…) la Sala no puede dejar de soslayo la irregularidad sustancial en que incurrió el fallador de primera instancia al haber omitido dar respuesta a los alegatos presentados por el defensor en la audiencia de la Corte Marcial, con lo cual vulneró el derecho de defensa del procesado. (…).

Es evidente que el a quo no acometió en forma objetiva y puntual los planteamientos de los sujetos procesales, en especial de la defensa, no dio respuesta a cada uno de ellos, aspecto que no ofrece ninguna duda, porque el a quo así lo expresó, al decir, que no entraba a hacer manifestaciones puntuales sobre los alegatos de las partes, es decir, no hizo ninguna motivación al respecto, incurriendo de esta manera en omisión que genera nulidad por afectarse el derecho de contradicción que tiene la defensa, por ello, de cierta forma resultaría comprensible que el defensor en la apelación se limitara a repetir las inquietudes que planteó en la audiencia de la Corte Marcial, que no es lo correcto, pues lo que debe atacarse son los argumentos del fallo, y como aquellas no fueron contestadas por el a quo en la sentencia, pretende que esta instancia subsane tal falencia, lo cual no es jurídicamente viable, toda vez que al ad quem le está vedado pronunciarse sobre tales aspectos, que el a quo no resolvió, es decir, que no fueron motivo de debate jurídico en la providencia recurrida. (…).

Ha manifestado la jurisprudencia, que es requisito que impone la ley a los jueces al proferir los fallos el analizar los alegatos de los sujetos procesales abordando y resolviendo los aspectos fundamentales. **(Rad. 157074, 22 de agosto de 2011, M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

IMPEDIMENTO POR LA CAUSAL 6, ARTÍCULO 231 DE LA LEY 1407 DE 2010

"Por haber participado en el proceso"

"Para este despacho es innegable que los argumentos en los que se sustenta el funcionario para separarse de la actuación, son absolutamente válidos al observarse que en efecto, fue el Mayor hoy Teniente Coronel JCRD quien con proveído de fecha 30 de agosto de 2007, dio inicio a formal investigación penal en contra del señor Patru-

llero MRVC, siendo también el mismo funcionario quien mediante auto de fecha 16 de febrero de 2009 resolvió la situación jurídica provisional del procesado imponiendo detención preventiva en su contra[46], permitiendo que la investigación continuara y ahora ya se encuentre en la etapa de juicio; resultando diáfano concluir que comprometió su criterio, pues como se observa, analizó ampliamente los medios probatorios que desde su punto de vista sustentaban la imposición de la medida, lo que constituye un acto claro de prejuzgamiento en relación con la situación del procesado, lo que hace pensar que su imparcialidad no se pueda garantizar ya en la etapa de juicio.

Verificado lo anterior y confrontadas las causales de impedimento contenidas en la Ley 522 de 1999 y en la Ley 1407 de 2010, encontramos que en esta última se ha introducido una nueva circunstancia que se adecúa perfectamente al caso que se analiza, y es aquella contenida en el artículo 231 numeral 6, en la hipótesis de haber participado en el proceso, que a juicio de la Corte Suprema de Justicia refiriéndose a la contenida en el artículo 99 numeral 6º de la Ley 600 de 2000, de idéntico contenido, hace viable su configuración en una misma instancia, siempre y cuando, claro está, esa participación haya sido de tal magnitud que en efecto incida en su imparcialidad". (…).

"La tesis expuesta, encuentra sustento también, en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que en punto del análisis del esquema propio del Código Penal Militar, se refirió a las distintas funciones de investigación, calificación y juzgamiento que se le han asignado a diferentes funcionarios, y en torno a los fiscales penales militares introducidos en la Ley 522 de 1999, afirmó, fue con el propósito de incorporar un elemento acusatorio dentro de la estructura del procedimiento penal castrense, buscando ciertamente hacer efectivas las garantías, dichas de otro modo, que quien investiga o instruye no sea el mismo que califique y acuse, ni ninguno de los encargados de tales funciones sea el que juzgue, siendo ese el fundamento de la institución de los impedimentos y recusaciones dentro de los procesos judiciales"[47]. (…).

"Siendo esta la situación que se presenta con el señor Teniente Coronel JCRD quien participó en el proceso en calidad de Juez 166 de Instrucción Penal Militar y ahora como Juez de Instancia, y que como vimos su participación en una de ellas (en la instrucción) fue de tal magnitud que se considera va a incidir en su imparcialidad, llegamos a la conclusión que efectivamente se encuentra incurso en la causal de impedimento que contemplada en numeral 6º del artículo 231 de la Ley 1407 de 2010, norma que se aplicará en virtud del principio de favorabilidad que constituye un elemento fundamental del debido proceso en materia penal y que no puede desconocerse bajo ninguna circunstancia[48], incluso aceptado cuando de la coexistencia de normas se presenta"[49]. **(Rad. 157283, 09 de julio de 2012, M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

46 Folio 141 auto que resuelve situación jurídica.

47 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 29224, 14 de julio de 2010, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

48 Corte Constitucional, C-200 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

49 T-091 de 2006.

IMPROCEDENCIA REBAJA DE PENA HASTA LA MITAD POR ACEPTACIÓN DE CARGOS

Preacuerdos y negociaciones previstas en la Ley 1407 de 2010 responden al nuevo sistema procesal penal al igual que sus correspondientes rebajas.

Lo inmediatamente anterior, en cuanto el procedimiento tradicional no contempla la posibilidad de preacuerdos y negociaciones u otro evento de aceptación de cargos, fuera del que se pueda producir en los albores de la audiencia de corte marcial, diferente a lo que ocurre en la Ley 1407 de 2010. Al respecto en los siguientes eventos, las dos leyes se refieren a estos dos institutos : A) En el procedimiento especial tradicional de la Ley 522 de 1999, está previsto solamente el instituto de la aceptación de cargos en el procedimiento especial, al inicio de la audiencia de corte marcial, encomendándosele al Fiscal Penal Militar que agote una reunión con el procesado y su defensor para que evalúen esa posibilidad; entretanto, en la ley 1407 de 2010, en los siguientes momentos: i) En la audiencia de imputación, caso en el que procedería la rebaja de hasta la mitad de la pena imponible conforme al art. 493 ibídem; ii) la aceptación de los cargos determinados en el escrito de acusación, una vez presentado el escrito de acusación, y hasta el inicio de la audiencia de acusación, que comporta una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible, y iii) Al inicio de la audiencia de juicio de corte marcial, con una rebaja de la sexta parte de la pena imponible; y B) En la Ley 522 de 1999, no están previstos los preacuerdos y negociaciones como forma de terminación anticipada del proceso penal, mientras que en la Ley 1407 de 2010, en los siguientes eventos: i) Una vez presentado el escrito de acusación, y hasta el inicio de la audiencia de acusación, lo que comportaría una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible; ii) Conforme al parágrafo del art. 493, por colaboración eficaz, previo acuerdo con la Fiscalía, con una rebaja de hasta la mitad de la pena a imponer, y iii) Posterior a la acusación y hasta antes de que el procesado sea interrogado en la audiencia del juicio oral, con una rebaja de pena de hasta la tercera parte de la que corresponda imponer.

Pues bien, si la aceptación de cargos se produce una vez instalada la audiencia de Corte Marcial (equivalente al juicio oral), se trata de admitir la acusación, a tal punto que el Juez simplemente interroga al procesado en tal sentido. Es más, si el Juez de Conocimiento interroga al procesado sobre la aceptación de los cargos, como estos pueden referirse a una o varias imputaciones fácticas y jurídicas, la aceptación puede ser parcial, por ejemplo respecto de un delito, caso en el que la audiencia de Corte Marcial tendrá su trámite en forma regular para las demás conductas punibles materia de acusación.

Distinto es lo concerniente a los preacuerdos y negociaciones –cuyo art. 491 señala las finalidades– , en los que puede aplicarse (Art. 492 ibídem) el retiro de alguna causal de agravación o la readecuación típica de la conducta, lo que guarda clara diferencia con la decisión de aceptación de cargos que en forma similar se contempla tanto en el juicio de Corte Marcial del nuevo proceso penal militar, como en el procedimiento especial del sistema tradicional.

Al respecto también debe puntualizarse que en el radicado 157149 del 26 de octubre de 2011, que se cita en el recurso, si bien, por supuesto, la aceptación o allanamiento a cargos por un lado, y los preacuerdos y negociaciones por el otro, son mecanismos –se insiste– que responden a una política criminal y que dan lugar a terminaciones anticipadas del proceso penal, no son disposiciones análogas y tampoco tiene como su causa el preacuerdo o la negociación, ya que el primero de los institutos responde a la decisión unilateral de aceptar la acusación, y específicamente en el procedimiento especial tradicional de la Ley 522 de 1999, la participación del Fiscal Penal Militar es simplemente ilustrativa y exploratoria, con miras a que en la audiencia de Corte Marcial pueda obtener del Juez de Conocimiento una respuesta oportuna, pero en todo caso es a este último a quien le corresponde auscultar la voluntad del procesado sobre la aceptación de los cargos, y estos no son otra cosa que los contenidos en la imputación fáctica y jurídica, esto es, en este evento no se negocia nada sino que se busca la voluntad o no de la aceptación de tales causas.

En conclusión, ahora la Sala con una postura más elaborada, debe considerar que el único instituto de la justicia premial y que lleva a una terminación anticipada del proceso penal, específicamente en el procedimiento especial, es la aceptación de cargos, ya que lo que sigue es el anuncio por parte del Juez de conocimiento del sentido del fallo, por supuesto sin olvidar el alcance del debido proceso, y que genera la rebaja de la pena contemplada en la Ley. Tanto es así, vale decir, que el único camino para una terminación abrupta del proceso penal es la aceptación de cargos al inicio de la instalación de la audiencia de Corte Marcial, que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia respecto a la aceptación de cargos con miras a la sentencia anticipada, expresó que es evidente que este último instituto no fue consagrado en la Ley 522 de 1999, ni tampoco en el Decreto 2550 de 1988, por lo que no es posible predicar la existencia de un vacío legal[50], pues la Corte Constitucional ha expresado que la Constitución no establece que las normas procesales del Código Penal Militar deban ser idénticas a las del Código Penal Ordinario, lo que tiene asidero en que la Constitución ha impuesto una legislación especial y una jurisdicción distinta de la común en el caso de la administración de la Justicia Penal Militar[51].

Recuérdese también, concretamente en relación con la similitud entre la aceptación o allanamiento a cargos en la imputación (Ley 906- 2004) y la aceptación de cargos con fines de sentencia anticipada (Art. 40 Ley 600 de 2000), que desde la sentencia T-091 de 2006, recogida recientemente por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[52], se indicó que ellas son institutos similares, y por ende resultaría aplicable por principio de favorabilidad, la rebaja de hasta la mitad consignada en el artículo 351 en concordancia con el 288 de la Ley 906 de 2004. Tal referencia, lo es entonces frente a dos eventos de aceptación de cargos, esto es, sin aludir al instituto de los preacuerdos y negociaciones.

Así las cosas, se atenderá el recurso y se modificará la pena impuesta para que la rebaja de la misma lo sea solamente de una sexta parte, ya que la aceptación de

50 17709, 21 de julio de 2004. M.P. HERMAN GALÁN CASTELLANOS

51 C-358 de 1997. M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

52 Radicado 25306 del 08 de abril de 2008. M.P. AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN.

cargos lo fue exclusivamente en la audiencia de corte marcial. **(Rad. 157349, 25 de junio de 2012, M.P. CN (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

IMPUTACIÓN FÁCTICA

Debe atender a la prueba recaudada.

"(…) En fin, 'el proceso es un método y una unidad dialéctica', como se expresó en la providencia del 11 de mayo de 2005, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. Mauro Solarte Portilla con el radicado 20763, y por ello lo que se quiere consignar es que la imputación fáctica por la que finalmente se produzca la sentencia debe corresponder con los resultados de la verificación probatoria, pues en caso contrario, sería afianzar una decisión en hechos circunstanciados ajenos a la actuación, y ello no significaría otra cosa que una decisión arbitraria.

Por lo inmediatamente precedente, debe entenderse el contenido del art. 334 de la Ley 522 de 1999, en cuanto exige la inclusión de los hechos investigados, y el análisis y valoración de las pruebas, entre otros, y así debe afirmarse que la conducta por la que se condena o absuelva debe corresponder a la verificación llevada a efecto en la foliatura. En términos similares el art. 325 de la Ley 1407 de 2010 prevé la "Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica, con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas".

Así las cosas, si el juzgamiento, previa acusación lo fue con base en hechos circunstanciados foráneos a lo verificado probatoriamente, la acusación y el juicio no corresponden de manera alguna a los fines de verdad, y por ende, de justicia que debe atender el proceso penal, al atenderse a una imputación fáctica que no corresponde a la prueba recaudada, y por lo tanto es predicable la existencia de irregularidad que afecta el debido proceso. **(Rad. 157020, 30 de agosto de 2011, M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

IN DUBIO PRO REO

¿A qué tipo de hechos se aplica?

Diferencia entre hechos constitutivos o impeditivos. Aquellos son estructurantes del tipo, en tanto estos se producen antes o concomitante con la realización del comportamiento tanto que impide el nacimiento de la conducta punible.

"Para resolver la temática planteada en el recurso que hoy ocupa la atención de la Sala, se hace necesario recordar que conforme las voces del artículo 396 de la Ley 522 de 1999, hay lugar a proferir sentencia condenatoria cuando las

pruebas conduzcan a la certeza objetiva sobre la existencia del hecho punible y la responsabilidad del procesado. Contrario sensu, si no hay prueba que haga efectiva aquella y esta, viable es absolver, fulgurando el principio de presunción de inocencia, pero, cuando la actividad probatoria demuestra la ocurrencia de los sucesos, el eventual compromiso del procesado en los mismos, y en igual sentido existen pruebas que lo desvirtúan, es donde surge la incertidumbre en el Juez siendo procedente la absolución, más en esta hipótesis por duda objetiva. Es precisamente aquí donde yerra el a quo al fundamentar su argumento en criterios subjetivos, pues reconoce valor suasorio al dicho del procesado, a partir de criterios personales, esto es, acoge, para arribar a la conclusión de duda a la que llega, un fundamento que adopta como empírico, pero que no está soportado en pruebas.

En este orden de ideas y tras agotar el estudio del plenario, resulta acertado, como lo manifiesta la Apelante, afirmar que existe plena prueba respecto a la existencia del injusto del centinela y la responsabilidad que a título de dolo directo le asiste al procesado A; de igual forma, no existe causal de ausencia de responsabilidad predicable como para adoptar una decisión en tal sentido.

Por lo anterior replica la Sala al a quo cuando sugiere que la conducta del procesado A "podría" estar justificada en razón a que la separación del puesto pudo haber obedecido a la única intención de perseguir unos sospechosos, y ante la ausencia de prueba que virtuara o desvirtuara tal argumento defensivo lo que procedía era aplicar en favor del procesado la duda. Postura desafortunada, toda vez que desatiende que los hechos impeditivos, referidos en precedencia (como causales de ausencia de responsabilidad), no son susceptibles de ser reconocidos en favor del procesado bajo el postulado de la duda, ya que estos solo se superan y acreditan con la existencia de plena prueba que con vocación de certeza demuestren la causal que se pretende**. (Rad. 156985, 18 de julio de 2011, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión**).

♦ ♦ ♦ ♦

INDAGACIÓN PRELIMINAR

Fines

(…) la Ley autoriza al funcionario judicial dar cumplimiento al precepto contenido en el artículo 458 del Código Penal Militar, para abstenerse de iniciar investigación formal, pero solo cuando aparezca que: (i) la conducta no ha existido, (ii) que es atípica, (iii) que la acción penal no puede iniciarse o proseguirse o (iv) que está demostrada una causal de ausencia de responsabilidad. Tal decisión debe ser suficientemente argumentada.

Observa esta Sala que, en este caso durante la fase de indagación preliminar, llevada a cabo por la auditora de guerra 147 DECUN, dentro del término máximo previsto en la ley procesal, se han recaudado muy pocas pruebas que permitan sus-

tentar en este momento, una decisión inhibitoria en favor de los procesados. Por el contrario surge la necesidad de adelantar en forma debida la actuación, para evitar el resquebrajamiento de las garantías procesales tanto de los investigados como de la víctima y lograr acreditar probatoriamente alguna de las hipótesis que se vislumbran en el proceso, las cuales de no darse impulso procesal, podrían llegar a ser casi imposible de verificar, ya que han trascurrido más de dos (2) años, desde la fecha en que ocurrieron los hechos materia de investigación (11 de septiembre de 2009).

…una vez revisada la actuación, observa esta Sala, que no se cumplieron con los postulados anteriores, y que por el contrario en forma apresurada se profirió un auto inhibitorio, carente de estructura argumentativa y contradictorio en las tesis que sustentan la decisión, generando inconformidad en quienes por ley están llamadas a proteger los derechos de las víctimas y la comunidad en general. (…).**(Rad. 157365, 9 de julio de 2012, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

INDAGATORIA

No es viable que persona distinta al juez pueda interrogar en diligencia de indagatoria.

"(…) Corolario de lo anterior, se dirá entonces, que carece de argumento el recurso de apelación cuando señala que se le vulnera el derecho de defensa y contradicción al no permitirle interrogar al abogado defensor en diligencia de indagatoria a su defendido.

Si bien es cierto, la indagatoria además de ser un acto procesal de vinculación, se ha entendido en dos dimensiones sustanciales, por cuanto es un medio de defensa por parte del procesado y a su vez, fuente de prueba dentro de la investigación. Bajo tales premisas habrá de señalarse entonces, que si los yerros se presentan en las formalidades de la producción de la prueba, esta, se considerará inexistente y el funcionario judicial no apreciará esa prueba irregular, sin embargo, en el acto procesal de indagatoria como ya se anotó no es solo un medio de prueba sino que también es un acto procesal de vinculación del sindicado a la causa penal, el cual genera la garantía de la producción de actos procesales subsiguientes y en ese orden de ideas si el acto de vinculación contiene yerros que afectan las garantías del debido proceso, el remedio para subsanar tal irregularidad no es otro que el de la nulidad. (…).

7.1.2- Retomando la pretensión del apelante, considera la Sala de Decisión que no está llamada a prosperar y por el contrario habrá de confirmarse el interlocutorio que declaró la nulidad del acto procesal de vinculación contenido a partir de la indagatoria, pues como ya se anotó solo el Juez puede interrogar al procesado en la diligencia de inquirir, podría pensarse en la posibilidad que el apoderado interrogara y ello es viable solo sobre los temas puntuales donde el imputado ha hecho cargos contra otras personas, lo cual no es el caso que nos ocupa. (…).

De lo anteriormente expuesto, entonces se concluye que en la diligencia de indagatoria los sujetos procesales distintos al juez pueden interrogar al imputado solo en aquellos casos en que este realice cargos a otras personas, pero esa intervención no se puede entender de manera ilimitada como lo pretende hacer ver el apelante y por esta vía señalar que es viable interrogar a su propio defendido cuando no ha hecho cargos a terceras personas…". (**Rad. 157081, 16 de diciembre de 2011, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

INDIVIDUALIZACIÓN E IDENTIFICACIÓN

Debe ser de interés en la indagación preliminar.

DIFERENCIA ENTRE IDENTIFICACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN. Puntualmente respecto al tema de la identificación e individualización, baste con citar el siguiente pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de Corte Suprema de Justicia, a partir del cual se ofrece claridad de estas dos categorías:

"7. (…) no es correcto interpretar los preceptos comentados, artículo 356 (emplazamiento para indagatoria) del Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991, y artículo 344 (declaratoria de persona ausente) del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, para crear un paralelismo o un antagonismo entre lo que se entiende por identificación de un ciudadano, y lo que se entiende por identidad física o individualización.

"7.1 La identificación de alguna manera está asociada a la idea de documentos oficiales, pero trasciende a otros aspectos. Se enmarca en el campo de la antropología cultural y en la vida de relación.

Alude a todos los datos que han sido asignados a una persona para su realización dentro de la sociedad, por razón de su origen, sea por el lugar de nacimiento o los que nacen en el núcleo familiar, como los que se refieren a sus nombres y apellidos, a sus vínculos de consanguinidad o afinidad; luego, a los documentos que lo identifican en los actos de su vida pública y privada y en los registros oficiales como son la cédula de ciudadanía, la libreta militar, un carné de vinculación al servicio público, los certificados sobre antecedentes penales, policivos, disciplinarios, etc. Es decir, la identificación comprende todos aquellos datos que otorgan a una persona un sitio jurídico dentro de la organización social.

"7.2 En el marco de la normatividad procesal penal, la palabra individualización corresponde a la operación a través de la cual se especifica o determina a una persona, por sus rasgos particulares que permiten distinguirla de todas las demás. Alude a las personas como fenómeno natural, a las características personalísimas de un ser humano, que lo hacen único e inconfundible frente a todos los demás pertenecientes a su misma especie. En este sentido, la individualización es un concepto interesante a la antropología física, a la morfología. (**Rad. 157229, 07 de febrero de 2012, M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

INIMPUTABILIDAD

Homicidio culposo trastorno mental intelecto límite /oligofrenia

De lo manifestado en precedencia, claro es para esta Sala de Decisión, que le asiste razón al Fallador Primario cuando afirma que el aquí procesado –señor SLR. ANI–, no posee la condición de inimputable, toda vez que del estudio pormenorizado de las probanzas allegadas al legajo penal bajo los criterios de la sana crítica, se colige que si bien es cierto en el dictamen Psiquiátrico como de la ampliación del mismo, practicado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se establece que el enjuiciado posee un "*intelecto límite que puede ser considerado como una inferioridad psíquica de naturaleza orgánica"*[53], ello no es óbice, para declararlo como inimputable, (…).

En consecuencia, de conformidad al concepto decantado en precedencia y a la explicación vertida en la ampliación del dictamen Médico Pericial, se tiene que el procesado SLR. ANI, a pesar de presentar *"Intelecto límite" se*[54]*,* entendido más sencillamente como *"Debilidad mental leve, imbecilidad leve, idiocia leve, oligofrenia leve, es decir retraso mental (límite o leve)"*[55]*,* tal novedad no tiene la entidad descrita como la idiocia –que implica extremas reducciones de la vida síquica, con una actividad reducida a las funciones vegetativas–, ni imbecilidad –que además de la incapacidad de abstracción y de la absoluta falta de crítica, hace que se presenten defectos considerables en las funciones síquicas elementales–; por lo que su novedad podría ubicarse en una debilidad de mente –con deficiencias más o menos pronunciadas, particularmente en el ámbito del juicio y del raciocinio–; pero no obstante, a pesar de presentar disminución en la capacidad para aprender y resolver problemas en tiempo real (in situ) y en la captación de las instrucciones que se le dan, esta dificultad no lo inhabilita por completo para que comprenda las instrucciones que se le proporcionan, ya que lo presentado en su personalidad es una disminución leve en la capacidad del aprendizaje, lo que no quiere significar que no comprenda las consecuencias de las acciones que realiza. (...).

Y es que del propio nivel de la función síquica superior –juicio y raciocinio– que muestra el procesado advertida de su mismo dicho, sustentada en las circunstancias descritas sobre los hechos por el encartado, tal como lo considera el Fallador Primario, dejan entrever que el aquí procesado –SLR. ANI–, a pesar de la lentitud que padece su intelecto para captar y aprender las instrucciones proporcionadas, para el momento de los acontecimientos tenía todo el conocimiento respecto al manejo de las armas de fuego, hasta el punto que acepta que el hecho ocurrió "por descuidado", ocasionándole lesiones a su homólogo, que luego desencadenaron su deceso. (…).

Conforme a lo analizado y sentado en precedencia llevan a concluir a esta Sala de Decisión que el *"Intelecto límite" se*[56]*,* entendido más sencillamente

53 C. O. N° 1, folio 221.

54 C. O. Nº 2, folio 300.

55 C. O. Nº 2, folio 300.

56 C. O. Nº 2, folio 300.

como *"Debilidad mental leve, imbecilidad leve, idiocia leve, oligofrenia leve, es decir retraso mental (límite o leve)"*[57], que presenta el procesado –SLR. ANI–, no fue la causa de la conducta por él realizada que desencadenaron los hechos sucedidos aquel 12 de diciembre de 2012 en la base Militar de Cararú, jurisdicción del Municipio de Mitú (Departamento de Vaupés) en los que perdiera la vida el señor SLR. EEMM, es decir, la razón indubitable de que el enjuiciado actuó así en razón o por causa del trastorno o la inmadurez, en tanto que su entidad no fue de gran naturaleza que implicara el compromiso de las esferas de su personalidad que le haya producido tal incapacidad para comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. (**Rad. 157235, 30 de julio de 2012, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

JUSTICIA PREMIAL COMO CAMINO PARA LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO JUDICIAL

El 50% de la rebaja punitiva consecuencia de un preacuerdo o negociación previsto en el artículo 493 de la Ley 1407 de 2010.

"…Sin pretender hacer un estudio dogmático de los sistemas procesales de juzgamiento desde el acusatorio básico o tradicional, pasando por el procedimiento inquisitivo medieval o haciendo un recorrido por el procedimiento mixto francés o napoleónico para terminar con los contemplados en los sistemas de juzgamiento adversarial contemporáneo e incluso el continental europeo. Simplemente, se habrá de aclarar que la Ley 522 de 1999 es un sistema de juzgamiento de tendencia inquisitiva, mientras que el contenido en la Ley 1407 de 2010 es un sistema procesal de juzgamiento de tendencia adversarial o acusatoria. (…).

Vistas así las cosas, se ha de concluir entonces, que indiscutiblemente son dos sistemas procesales de investigación y juzgamiento disímiles y por qué no decirlo, contrapuestos. Y en el punto específico concerniente al tema de la rebaja punitiva se dirá entonces, que la rebaja de una sexta (1/6) parte consagrada en el proceso de tendencia inquisitiva de la Ley 522 de 1999, se ubica en la etapa procesal del juicio, después de haber transcurrido dos etapas anteriores (investigación y calificación) y de forma diversa, la rebaja punitiva por preacuerdos prevista en el artículo 493 del sistema procesal de juzgamiento de tendencia acusatoria (Ley 1407 de 2010) se ubica en la etapa anterior a la iniciación del juicio.

El tema de la justicia premial que busca poner fin al litigio como consecuencia de la obtención de la verdad consensuada, en términos generales tiene dos orígenes prácticos en la legislación penal castrense, la primera que es la admisión de culpabilidad y la segunda, compuesta por los acuerdos o negociaciones entre el fiscal y el acusado.

57 C. O. Nº 2, folio 300.

De lo anteriormente expuesto podemos inferir las primeras diferencias y es que en la Ley 1058 de 2006 solo se esbozó la consecuencia punitiva de la admisión de culpabilidad[58], dejando sin desarrollo la consecuencia del preacuerdo, como sí lo realizó en su momento la Ley 906 de 2004[59] y hoy la Ley 1407 de 2010[60]. Es decir, que el instituto de los preacuerdos no fue regulado en cuanto a la consecuencia punitiva en la Ley 1058 de 2006, entendiendo como preacuerdo el contemplado a la iniciación de la etapa de juicio y bajo el supuesto, que un preacuerdo implica unas clases y unos fines.(…).

Otra diferencia que surge al comparar los dos institutos y que igualmente impiden predicar similitud de presupuestos fácticos y jurídicos resulta al ver que mientras la aceptación de cargos que consagra la Ley 1058 de 2006 es una figura jurídica que se da soportada en la existencia de pruebas, también le antecede una etapa de investigación al igual que una etapa de calificación, esta última que para llegar a juicio se ha traducido en una resolución de acusación que tiene control judicial, es decir, una resolución de acusación donde se valora el material probatorio, se propone un juicio de responsabilidad y el acusado, en caso de no estar de acuerdo, puede recurrir tal decisión.

Mientras que en el procedimiento de tendencia acusatoria el escrito de acusación no es la consecuencia de una valoración probatoria, pues no existen pruebas, solo elementos materiales de prueba o evidencia física, y tampoco es la resultante de una valoración de responsabilidad; sencillamente, se contrae a un escrito de acusación que se ha señalado como el acto de acusación, contra el cual no procede el recurso de alzada y mucho menos susceptible de un control judicial. (…).

Luego se puede afirmar, que mientras en el proceso adversarial iniciado el juicio de llegar a aceptarse preacuerdos o admitir la culpabilidad el acusado, estos dos institutos se realizan sin tener soporte probatorio alguno, pues hasta ese momento no se puede hablar de pruebas, contario a lo que sucede en el sistema de

58 *Ley 522 de 1999, Artículo 579 "La declaratoria de culpabilidad otorgará derecho de la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados".*

59 *Ley 906 de 2006, Artículo 367, "Alegación inicial. Una vez instalado el juicio oral, el juez advertirá al acusado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable. La declaración podrá ser mixta, o sea, de culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para los otros.*
***De declararse culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados**. Si el acusado no hiciere manifestación, se entenderá que es de inocencia. Igual consideración se hará en los casos de contumacia o de persona ausente. Si el acusado se declara inocente se procederá a la presentación del caso." (Negrilla fuera de texto).*
***"Artículo 369**. **Manifestaciones de culpabilidad preacordadas**. Si se hubieren realizado manifestaciones de culpabilidad preacordadas entre la defensa y la acusación en los términos previstos en este código, la Fiscalía deberá indicar al juez los términos de la misma, expresando la pretensión punitiva que tuviere.*
Si la manifestación fuere aceptada por el juez, se incorporará en la sentencia. Si la rechazare, adelantará el juicio como si hubiese habido una manifestación inicial de inocencia. En este caso, no podrá mencionarse ni será objeto de prueba en el juicio el contenido de las conversaciones entre el fiscal y el defensor, tendientes a las manifestaciones preacordadas. Esta información tampoco podrá ser utilizada en ningún tipo de proceso judicial en contra del acusado".
***"Artículo 370.** Decisión del juez. Si el juez aceptare las manifestaciones preacordadas, no podrá imponer una pena superior a la que le ha solicitado la Fiscalía y **dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 447 de este código**." (Negrilla fuera de texto).*

60 *Ley 1407 de 2010, ARTÍCULO 508. ALEGACIÓN INICIAL. Una vez instalada la Corte Marcial, el juez penal militar advertirá al acusado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable. La declaración podrá ser mixta, o sea, de culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para los otros.*
De declararse culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados.
Si el acusado no hiciere manifestación, se entenderá que es de inocencia. Igual consideración se hará en los casos de contumacia o de persona ausente. Si el acusado se declara inocente se procederá a la presentación del caso.
ARTÍCULO 511. DECISIÓN DEL JUEZ PENAL MILITAR. Si el juez aceptare las manifestaciones preacordadas, no podrá imponer una pena superior a la que le ha solicitado la Fiscalía y dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 588 de este Código.

juzgamiento de tendencia inquisitiva, que al momento de iniciar el juicio ya existen pruebas e incluso existen valoraciones sobre responsabilidad penal traducidas en la resolución de acusación debidamente ejecutoriada, luego, los presupuestos de admisión de culpabilidad en los dos sistemas de juzgamiento resulta distinta.(…).

Otras diferencias que se observan es que mientras en la Ley 1058 de 2006 el procesado simplemente se allana a todo el contenido de la resolución de acusación, es decir, se da un simple contrato de adhesión, o simple admisión de culpabilidad *"o si se declara inocente o culpable"*[61]. Surgen de manera distinta los temas, clases y finalidades que se dan en los preacuerdos donde existe una real negociación e intervención por parte del imputado, acusado o procesado. En este modelo de tendencia acusatoria ese acuerdo se traduce en un contrato, pues es vinculante para el juez de conocimiento y en tal convenio se da la posibilidad de suprimir causales de agravación genéricas o específicas, determinar el grado de participación, o variar esa forma de participación, también se pueden eliminar cargos e incluso se puede degradar el dolo, y luego de haberse discutido todo ello, el acuerdo al que se ha llegado se convierte en la acusación. (…).

Adicionalmente se ha de señalar, que de las diferencias fácticas y procesales que enmarcan los dos institutos, surge con absoluta contundencia el hecho que en la Ley 1407 de 2010 por virtud de un sistema procesal de corte acusatorio basado en principios de celeridad y efectividad diseñan la figura de los preacuerdos y negociaciones como una forma anormal de terminación del proceso, con la característica relevante que esa negociación entre la parte acusadora y la parte de defensa se convierte en obligatoria para el juez de conocimiento, y bajo tal entendido, diríamos que la sentencia que allí se dicte es la consecuencia directa de la negociación, recordando que en este acuerdo se encuentran involucrados elementos estructurales del tipo tales como: la participación del acusado, el dolo y los agravantes y del quantum punitivo; tal acuerdo resulta vinculante para el juez y solo podrá apartarse cuando advierta que se han vulnerado garantías fundamentales. En otras palabras, la sentencia es consecuencia del preacuerdo o negociación.

Distinto ocurre en la diligencia de aceptación de cargos prevista en la Ley 1058 de 2006, pues allí, el contenido de la sentencia es la consecuencia de una resolución de acusación en firme y ese allanamiento unilateral y pasivo que realiza el acusado frente a aquella decisión judicial acusatoria en nada distinto a la dosificación punitiva influye en el contenido de la decisión, es decir, no impacta los criterios del grado de participación en que se condena, tampoco incide el elemento subjetivo de la culpabilidad como la degradación del dolo, ni la supresión de las causales de agravación genérica o específica y menos aún, la posibilidad de eliminar los cargos, características básicas pero suficientes para señalar que los dos institutos contienen presupuestos tanto fácticos como procesales distintos.

7.4- Sin embargo, esta Sala de Decisión considera, en gracia de discusión, de llegarse a admitir la existencia de una identidad en cuanto a los presupuestos fácticos y jurídicos de institutos de justicia premial consagrados en la Ley 1058 de 2006

61 Ver Ley 522 de 1999, Artículo 579 modificado Ley 1058 de 2006.

frente a los consagrados en la Ley 1407 de 2010, solo podría hacerse el estudio de cara a la admisión de culpabilidad que esta última ley trae en la etapa de juicio en la alegación inicial prevista en el artículo 508. (…).

Sobre el evento en cuanto a admisión de culpabilidad se refiere en el sistema adversarial previsto en artículo 508 alegación inicial, habrá de puntualizarse que en el sistema de tendencia acusatoria el proceso cobra realidad material en el juicio, en otras palabras, solo hay proceso en el juicio, y encontrándose en la alegación inicial del juicio el juez de conocimiento luego de unas advertencias concederá el uso de la palabra al acusado para que manifieste si se declara culpable o inocente y de aceptar la culpabilidad, tendrá derecho a una rebaja de una sexta (1/6) parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados.

A su turno el procedimiento especial consagrado en la Ley 1058 de 2006 también da la oportunidad al acusado de aceptar los cargos y se la da igualmente en el momento inicial del juicio, y luego de realizar las advertencias del derecho a no autoincriminarse le concede el uso de la palabra sin apremio ni juramento para que manifieste si se declara inocente o culpable, y de aceptar la culpabilidad, se concederá una rebaja de una sexta (1/6) parte. (…).

De manera, que en los dos sistemas procesales que se confrontan, se reitera, son esquemas procesales distintos y como sistemas resulta inaplicable su comparación, pero como se anotó en precedencia y en gracia de discusión, tanto en un sistema como en el otro, al momento de iniciarse el juicio, el juez de conocimiento exhorta al acusado a que exprese su palabra de aceptar o no su culpabilidad. Y la consecuencia en los dos sistemas procesales es la misma, concede una rebaja punitiva de una sexta (1/6) parte en el evento de haber aceptado su culpabilidad, claro está que impera una diferencia cual es los atributos y el rol del juez de conocimiento, pues estos son totalmente distintos en cada sistema procesal, y bajo tales características es que toma la decisión de aceptar o no aquella admisión de culpabilidad que llegare a manifestar el acusado…". **(Rad. 157279 30 de agosto de 2012, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA

Presupuestos para que pueda ser causal de exención de la prestación del servicio militar obligatorio

7.1.2- De la objeción de conciencia: Plantea el apelante la objeción de conciencia como una exoneración al deber emanado de la Constitución Política del servicio militar obligatorio, al respecto habrá de señalarse: A partir del postulado que prevé la Constitución Política visible en el artículo 216, todos los ciudadanos colombianos deben tomar las armas para defender la independencia nacional y las instituciones públicas cuando las circunstancias así lo exijan, mandato constitucional que reitera el principio del servicio militar obligatorio.

El anterior principio es objeto de modulación, pues la misma Carta Política señala que la ley fijará las condiciones que eximen la prestación del servicio militar, es así como por vía de la Ley 48 de 1993 se determinaron las exenciones que en todo tiempo eximen de la prestación del servicio militar obligatorio y no pagan cuota de compensación, al igual que también fijó la exención que opera en tiempos de paz. En estos criterios determinados no se encuentra como causal de exención para prestar el servicio militar la objeción de conciencia.

Pese a que la objeción de conciencia no está consagrada objetivamente en la Ley 48 de 1993, la Honorable Corte Constitucional mediante decisión C-728 de 2009 a partir de una interpretación sistemática construida desde los artículos 18 y 19 de la Carta Política consideró que sí existe la garantía de la objeción de conciencia como exención al servicio militar obligatorio.

Ahora bien, y luego del referente jurisprudencial anotado, habrá esta Sala de Decisión de compartir los planteamientos expresados por la Señora Juez Sesenta y Cuatro de Instrucción Penal Militar en el sentido que en el momento procesal actual no es viable reconocer en cabeza del sindicado el postulado constitucional y jurisprudencial de la objeción de conciencia, pues se ha de recordar tal como se señaló, que la carga probatoria recae en quien invoque dicho beneficio, circunstancia que en el estadio procesal actual no ha ocurrido, asimismo, que dicha prueba de las convicciones externas deben conducir a que su convicción es profunda, fija y sincera.

Con el presupuesto anterior, habrá de señalarse que la invocación de objeción de conciencia propuesta por la defensa no está llamada a prosperar, pues no ha sido probado tal como lo fija la jurisprudencia dicha condición, el apelante construye su argumento simplemente a partir del dicho de su prohijado cuando señala: "gracias a esas armas uno le hace daño a los demás porque ellos también son inocentes obligados a estar en esos grupos ilegales, no estando esos grupos ilegales ni el Ejército Nacional podría haber un diálogo y esta guerra lleva más de cincuenta años de todos modos…"[62].

La anterior precisión lleva a esta Sala de Decisión a compartir el argumento de la señora Juez de Instrucción Penal Militar que la manifestación de la objeción de conciencia por parte del SLR. CDR fue solamente "de boca" así lo refirió: "para el Despacho es claro que esto no puede ser solamente 'de boca' debe ir congruente con su vida en general y con sus actuaciones diarias"[63].

En tales circunstancias, la Sala señalará que si bien es cierto la objeción de conciencia por vía jurisprudencial se ha señalado como una circunstancia que puede dejar exento de prestación del servicio militar obligatorio al conscripto, también lo es, que dicha condición debe estar condicionada a ser probada por quien la invoca y que la citada prueba conlleve a evidenciar la convicción profunda, fija y sincera de no compartir los postulados del servicio militar obligatorio.

62 Recurso de apelación, fl. 79 y diligencia de indagatoria, fl. 59.

63 Auto Juzgado 64 I.P.M., fl. 117.

(Rad. 157234, 23 de febrero de 2012, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).

♦ ♦ ♦ ♦

LA RESPONSABILIDAD EN COMISIÓN POR OMISIÓN FRENTE A LA LEY 1407 DE 2010

La imputación del resultado lesivo en el esquema posfinalista del delito

"Olvida la instructora que los causalistas soportaron la noción de acción en discernimientos eminentemente naturalísticos, tanto, que el solo nexo causal era el presupuesto mínimo de imputación, y per se explicaba el punible, generándose la sentida dificultad para encontrar solución a los delitos de comisión por omisión, que dicho sea no remedió, ya que solo era dable la imputación de tipos penales de omisión propia en los que se hacía palmario el incumplimiento del deber. En tanto, que el finalismo propuesto por Hans Welzel y su evolución destacada por Armin Kaufmann, concibió en su arquitectura un concepto ontológico de acción, lo que sugiere que la acción humana es la idea central de la teoría del delito.

La voluntad siempre es final, la voluntad implica finalidad y esta entraña voluntad, por ello al finalismo se le reconoce como uno de sus grandes aportes el haber subjetivizado el injusto (tipicidad-antijuridicidad) y normativizado la culpabilidad. El esquema propuesto se postuló de un tipo complejo a mixto, donde el tipo objetivo lo conforma la parte externa de la acción y el tipo subjetivo la interna, destacándose los elementos del mismo como la culpa, el dolo y la preterintención; por ello, si la esencia de la acción es la voluntad, en las acciones típicas la voluntad final, que es el dolo, debe estar en el tipo. Ahora bien, cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado[64] el juicio de imputación se hará a título de culpa, debiéndose verificar el vínculo normativo que determine cuál es la regla que se infringe y cuál la que se dejó de observar; por ello para el finalismo el solo nexo causal, visto desde la perspectiva naturalística, no explica el delito sino que se requiere acreditar el vínculo normativo.

En cuanto hace a los punibles de comisión por omisión, la corriente de pensamiento penal que se viene sucintamente comentando permite que se pueda imputar el resultado y no la simple desatención del deber, siempre y cuando el sujeto agente tuviere el deber jurídico de impedir un resultado y no lo llevare a cabo estando en posibilidad de hacerlo; debiéndose establecer, para el caso que nos ocupa, si el actor por institución tenía a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o si por organización se encomendó determinada fuente de riesgo, que conforme a la Constitución o a la ley debía proteger". **(Rad. 157036, 21 de septiembre de 2011, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

64 Art. 25 Ley 1407 de 2010.

LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA

No es mecanismo sustitutivo de la pena de prisión en la Ley 1407 de 2010.

"(…) está claro que los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, como la prisión domiciliaria y la vigilancia electrónica no están regulados en la legislación penal militar, y esta acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional por mandato del artículo 221 de la Carta Política es autónoma e independiente, toda vez que cuenta con un régimen punitivo especial completo tanto en lo sustantivo como en lo procesal, que regula sus propias instituciones, siendo de resaltar que en la Ley 522 de 1999 ni en la 1407 de 2010, nuevo Código Penal Militar se contemplaron dichos instrumentos jurídicos como sustitutos de la pena privativa de la libertad, pues esta última en el artículo 63 únicamente señaló como tal la suspensión condicional de la ejecución de la pena, siendo de puntualizar que en el artículo 465.b (.1) de la citada ley, la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica solo fue instituido como una modalidad de las medidas de aseguramiento.

Aunque en este caso no se trata de comparar dos conductas punibles iguales contempladas en estatutos penales diferentes, sí se ventila el tema de un sustituto de la prisión intramuros que está previsto en la legislación penal ordinaria para los ciudadanos comunes, pero no en el código punitivo castrense para los miembros de la fuerza pública, de donde nacería la diferencia de trato de que se duele la impugnante; de tal suerte, que en punto al porqué de esa disparidad, resulta ilustrativa de alguna manera, la sentencia C-361 de 2001, por cuanto en este caso, no obstante el delito por el que se procede es común este fue cometido por un sujeto activo cualificado (miembro activo de la fuerza pública), y en una circunstancia especial relacionada con el servicio, lo cual genera un manejo más severo (…)". **(Rad. 156165, 22 de marzo de 2012, M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

LEGALIDAD DE LA PENA. VIGENCIA DE LA LEY

DESOBEDIENCIA - PENA ACCESORIA DE SEPARACIÓN ABSOLUTA

El beneficio excluyente de la Ley 1407 de 2010 para penas menores de dos (02) años debe ser aplicado por favorabilidad a procesos regidos por la Ley 522 de 1999.

"Al comparar estas dos regulaciones, a simple vista se observa que esta última norma modificó la primera, en lo relacionado con la imposición de las penas accesorias a la de prisión, pues a partir del 17 de agosto de 2010 solo puede imponerse la pena accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública, cuando la pena principal sea mayor a los dos (2) años de prisión y/o el delito por el que se impone la condena no verse sobre uno de aquellos delitos que protegen el bien jurídico tutelado del servicio.

De dicha comparación se extrae que esta última disposición es más favorable a los intereses del sentenciado, puesto que al haber sido condenado a una pena

menor a la de los dos años de prisión, tendría derecho a la aplicación de la excepción, esto es, que en su contra no procedería la imposición de la pena accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública.

Por esta razón, aunque fue condenado con fundamento en la Ley 522 de 1999, que se encontraba vigente al momento de los hechos, es válido hoy hacer el ajuste de la condena a las previsiones del artículo 51 de la Ley 1407 de 2010, precisamente porque el principio de favorabilidad se predica no solo de procesos penales en curso, sino también a favor de quienes han sido condenados y la ejecución de la pena se encuentra en curso, conforme se desprende de la lectura del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, de la cual es posible afirmar que aunque la ley penal rige hacia el futuro y que por regla general no tiene efectos retroactivos, sí puede amparar hechos ocurridos antes de su vigencia, cuando aquella beneficie a un condenado o a un procesado.

Pero bien, aparte de lo anterior y señalando la Sala que en este caso sí es posible avalar la aplicación inmediata del principio de favorabilidad, debe considerarse que contrario a lo sostenido por el a quo, la pena accesoria impuesta en contra de BOEY, todavía no se ha cumplido, no se ha ejecutado, por lo que es procedente entonces disponer su suspensión definitiva, teniendo en cuenta que la Ley 1407 de 2010 solo la previó para penas superiores a los dos años". (**Rad. 151191, 29 de noviembre de 2011, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

LESIONES PERSONALES

Conflicto Negativo de Competencia - Juzgado de Primera Instancia Inspección General de la Policía Nacional y Juzgado de Departamento de Policía de Santander

Como se detalló en precedencia se advierte, que de conformidad con el Código Penal Militar –Ley 522 de 1999– en la jurisdicción Penal Militar el factor concluyente para radicar la competencia es el funcional y no el territorial, lo que significa que su Régimen de Competencias lo sujetó a la organización y composición dentro de la estructura orgánica de los elementos integrantes de la Fuerza Pública, y para el caso de la Policía Nacional, y por ende a la dependencia orgánica del procesado con relación a la misma. (…).

Vertidas las anteriores premisas y adentrándonos en la reseña de la línea procesal surtida en el caso sub examine, tenemos que le asiste razón al Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional, cuando reclama no ser *"competente legal para conocer y tramitar"*[65] el Juicio dentro del proceso penal seguido a los señores policiales, SI. (r) ACM y AG. (r) LOAG por el presunto delito de Lesiones Personales, por cuanto, de la revisión exhaustiva del acervo probatorio se tiene que efectivamente los enjuiciados para la época de los acontecimientos –11 de agosto de

65 C.O. N° 6, folio 1560.

2001 sucedidos en el municipio de Barbosa (Santander)–, prestaban sus servicios de Vigilancia en la Estación de Policía de Barbosa (Departamento de Santander) siendo orgánicos del Departamento de Policía Santander[66], de donde refulge diáfanamente que el Despacho competente para conocer en la etapa del Juicio de la presente causa penal, lo es el Juzgado de Primera Instancia de Departamento de Policía Santander.

Ha de recordar el señor Juez de Instancia de Departamento de Policía Santander, que la situación antes planteada, esto es el advenimiento de una decisión mixta al Calificar el Mérito del Sumario, de donde de un lado se profiere Resolución de Acusación y de otro, se Decreta Cesación de Procedimiento, en momento alguno traduce la Ruptura de la Unidad Procesal o la imposición de así decretarla, por cuanto que para que opere este fenómeno, deben darse los presupuestos estipulados en el Artículo 217 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999–, (…).

Ahora bien, al haberse variado la competencia conforme ha planteado en precedencia, este viraje no afecta para nada la Acusación proferida por la Fiscalía 143 Penal Militar ante el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Nacional en contra de los señores SI. (r) ACM y AG. (r) LOAG por el delito de Lesiones Personales, pues, ha de recordarse que la misma se encuentra debidamente ejecutoriada, amén que al momento de Calificarse el Mérito del Sumario la competencia para conocer del presente asunto en la etapa de Juicio radicaba en cabeza del Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional, y por ende, la etapa de Calificación le pertenecía a la Fiscalía Penal Militar que actúa ante el precitado Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional, por lo que en momento alguno aquí se ha conculcando ningún derecho, porque simple y llanamente para el 24 de Febrero de 2011[67], ese era el Régimen de Competencia regente para esta causa penal, y por lo tanto, la Ley para el presente proceso penal. **(Rad. 151388, 27 de Junio de 2012, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

LESIONES PERSONALES

Uso adecuado de la fuerza – Factores que lo determinan para que la conducta sea atípica

Es claro que dentro del marco del Estado Social y democrático de derecho la policía debe preservar el orden público, entendido como las condiciones de seguridad, salubridad y tranquilidad necesarias para el goce de los derechos humanos.

El orden público que protege la policía tiene como núcleo la efectividad de los derechos inalienables de la persona, cuya primacía reconoce el artículo 5 de la Carta Política. Por esta razón, el uso de la fuerza estrictamente necesaria está ordenado a favorecer y amparar el ejercicio de los derechos humanos y el disfrute de las libertades que de ellos se derivan.

66 C.O. N° 1, folios 55, 85, 90, 91, 92, 93, 94, 100 y 109; C.O. 2, folio 530; C.O. 3, folio 691.

67 C.O. 5, folio 1463 a 1478.

Esto es tan diáfano porque la Policía Nacional como cuerpo armado y en aras de la protección del orden público, hace uso de la fuerza pero dentro de un marco constitucional y legal y bajo el respeto de los Derechos Humanos.

En el cumplimiento de su misión constitucional, tienen un deber preventivo en la comisión de hechos punibles. En este sentido, la conducta realizada por la fuerza pública para el empleo de la fuerza debe ser necesaria, la única posible, la exigible y menos lesiva de los derechos de las personas, pero además, debe obedecer a una motivación para que su actuar justifique efectivamente su intervención.

En esta tarea su actuar debe ser además proporcional a la conducta de la persona que es sujeto del empleo de la fuerza dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se está presentando el hecho, exigiéndose por ende una clara adecuación entre el fin buscado y los medios utilizados.

Estos criterios de necesidad, legalidad, racionalidad y temporalidad son los que permiten inferir que la conducta es atípica, pues a pesar que existió el uso de la fuerza y por ende unas lesiones al particular OQD, no afloró dolo alguno en el actuar de los policiales. **(Rad. 157114, 28 de noviembre de 2011, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión)**.

♦ ♦ ♦ ♦

LESIONES PERSONALES

Con la entrada en vigencia de la Ley 1407/10 solo se impone la separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas, cuando la pena sea mayor a dos (2) años de prisión, salvo que la condena sea sobre un delito contra el servicio, caso en el cual no aplican estas penas accesorias.

"Al comparar las dos regulaciones, a simple vista se observa que esta última norma modificó la primera, en lo relacionado con la imposición de las penas accesorias a la de prisión, pues a partir del 17 de agosto de 2010 solo se impone la separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas, cuando la pena sea mayor a los dos (2) años de prisión, salvo que la condena verse sobre uno de aquellos delitos que protegen el bien jurídico tutelado del servicio, caso en el cual tampoco se imponen las citadas penas accesorias.

De dicha comparación se extrae que esta última disposición es más favorable a los intereses de los apelantes, puesto que al haber sido condenados a la pena principal de dos (2) años de prisión, tendrían derecho a que en su contra no se impongan las penas que hoy recriminan.

Por esta razón, aunque fueron condenados con fundamento en la Ley 522 de 1999 que se encontraba vigente al momento de los hechos, es válido hoy hacer el ajuste de la condena a las previsiones del artículo 51 de la Ley 1047

de 2010, precisamente porque el principio de favorabilidad se predica no solo de procesos penales en curso, sino también a favor de quienes han sido condenados y la ejecución de la pena se encuentra en curso, conforme se desprende de la lectura del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, de la cual es posible afirmar que aunque la ley penal rige hacia el futuro y que por regla general no tiene efectos retroactivos, sí puede amparar hechos ocurridos antes de su vigencia, cuando aquella beneficie a un condenado o a un procesado". **(Rad. 155768, 29 de julio de 2011, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

LESIONES PERSONALES CULPOSAS

Auto de cierre de investigación en la Ley 522 de 1999. No es de simple trámite o de impulso procesal, es esencial en el esquema procesal.

"Ante la anterior situación, es decir, que si el procesado y su defensor no acudieron al despacho a notificarse personalmente, la Fiscalía 14 Penal Militar conforme lo ordenado en el artículo 341 de la Ley 522 de 1999, debió haber hecho la notificación por estado, la que brilla por su ausencia, y la cual se constituía en este caso, en el último mecanismo de comunicación de la Fiscalía con el procesado y su defensora, por manera, que la notificación no se hizo en debida forma; como ha dicho la jurisprudencia de la Corte Constitucional la notificación en debida forma, da la certeza del contenido de la decisión, el momento en que se realizó el acto, los recursos que proceden y los términos de ejecutoria.

Está claro para la Sala que el auto de cierre de investigación, contra el cual las partes podían interponer el recurso de reposición (Art. 553 Ley 522 de 1999), no quedó ejecutoriado, y este requisito por mandato expreso del citado artículo es un presupuesto jurídico ineludible, para poder correr traslado a los sujetos procesales por 8 días para que presenten las peticiones en relación con la calificación. Basta la simple lectura de la aludida preceptiva, para llegar a esa diáfana conclusión (…).

En el proceso penal se van configurando ciertos actos procesales que se convierten en presupuesto de las actuaciones subsiguientes, porque sin ellos no es posible continuar con el adelantamiento de las etapas que siguen; en este asunto es inconcuso, que sin estar ejecutoriado el auto de cierre de investigación, no podía correrse el traslado a los sujetos procesales por los 8 días indicados, y sin este traslado, no era legal emitir resolución de acusación, de manera tal, que no son de recibo los argumentos de la censora, en el sentido que la irregularidad es intrascendente y que se subsanó con la notificación de la resolución de acusación, a lo que replica la Sala, que ello no es posible, porque la acusación fue una decisión posterior que se fincó en una actuación irregular, como fue la incorrecta sustanciación del cierre de investigación que era el presupuesto procesal de la calificación sumarial, por lo que se incurrió en violación del debido proceso y el derecho de defensa, razón por la cual no procede otro remedio que la nulidad como bien lo ordenó el *a quo*.

El auto de cierre de investigación a que se refiere el artículo 553 de la Ley 522 de 1999, no es de simple trámite o de impulso procesal, como parece entenderlo la recurrente, por cuanto contra este procede el recurso de reposición, y una vez ejecutoriado, establece un traslado previo para que los sujetos procesales aleguen antes de la calificación del sumario, en otras palabras, señala una fase precalificatoria, en la que posibilita la participación de los sujetos procesales, por lo que dicho auto es una decisión esencial dentro del esquema de la citada ley, y la irregularidad en que se incurrió tiene la capacidad de afectar las garantías de los sujetos procesales e implica un desconocimiento de las bases fundamentales que estructuran el debido proceso". **(Rad. 157153, 31 de octubre de 2011, M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

LESIONES PERSONALES DOLOSAS - REPARACIÓN E INDEMNIZACIÓN INTEGRAL COMO CAUSAL DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Instituto de Indemnización Integral en el procedimiento Especial

El asunto a dilucidar por la Sala es, si procede o no la Cesación de Procedimiento con base en la aplicación a los principios de Favorabilidad e Integración contenidos en los artículos 11 y 18 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999–, por haber operado la Extinción de la Acción Penal por Indemnización Integral, en virtud a que si bien la Codificación Penal Castrense no contempla la figura de la Indemnización Integral, esta forma anticipada de terminación del proceso sí está prevista por el Código de Procedimiento Penal –Ley 600 de 2000–, a las voces de los artículos 38 y 40.

El instituto de la Favorabilidad solo se da en el caso de sucesión de leyes en el tiempo con identidad en el objeto de regulación, es decir, bien en el ámbito de la Justicia Penal Militar o en el de la Justicia Penal ordinaria, y también en la coexistencia de leyes que se ocupan de regular el mismo supuesto de hecho, y para el caso, tal figura de la Indemnización Integral no está prevista en la Codificación Penal Militar.

El principio de Legalidad y el Derecho Fundamental del Debido Proceso nunca pueden separarse, y que así mismo encuentran su excepción en virtud de otro principio también de orden constitucional como lo es el de "Favorabilidad"; y por consiguiente, la ley puede retrotraer sus efectos a hechos ocurridos antes de su vigencia con la figura jurídica de la retroactividad o extenderlos al futuro, es decir, después de haber perdido vigencia a través del fenómeno de la ultractividad de la ley; siempre y cuando los hechos hayan ocurrido durante su vigencia.

Así las cosas, y utilizados los derroteros sentados en precedencia a la investigación penal adelantada contra los señores IT. LUZ VERANIA BAUSTITA HERRERA y AG. CARLOS ALBERTO SEGURA LÓPEZ por el delito de Lesiones Personales Dolosas, tenemos que la primera condición para la aplicación del principio de Favorabilidad

no se cumple, por cuanto la figura de la Indemnización Integral no se encuentra regulada en el Código Penal Militar –Ley 522 del 1999–; premisa que desencadena que el segundo y tercer supuesto tampoco tengan operancia, porque además no se predican similares presupuestos fáctico-procesales, y porque con la aplicación favorable de la Indemnización Integral se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable, esto es la Justicia Penal Militar –Ley 522 de 1999–. **(Rad. 156316, 28 de Octubre de 2011, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE FUNCIONES Y ATRIBUCIONES

Procedencia.

"Vemos entonces que lo que se busca con esta suspensión es poder hacer efectiva la medida de aseguramiento de detención preventiva del militar o policial y de esta manera proteger la buena prestación del servicio, pero una vez desaparece la causa que da origen, por libertad provisional, por revocatoria de la medida u otra circunstancia, lo que se sigue es el levantamiento igualmente de la suspensión solicitada. (…).

"(…) mencionó la Juez de Instrucción que, respecto al artículo 96 ibídem, no se previó como causal de levantamiento, el otorgamiento de la libertad provisional.

El artículo 96 del Decreto 1790 de 2000, señala: "(…) LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN. Habrá lugar a levantar la suspensión del Oficial o Suboficial con base en la comunicación de autoridad competente a solicitud de parte, o de oficio, cuando hubiere sentencia o fallo absolutorio, se hubiesen vencido los términos de la suspensión provisional sin que se haya recibido comunicación de su prórroga, preclusión de la investigación, cesación de procedimiento o revocatoria del auto de detención."

De la lectura detenida de esta norma, se constata que, para llevar a cabo por parte de la entidad nominadora, el levantamiento de la suspensión de funciones y atribuciones, se puede hacer de dos formas: i) con base en la comunicación de autoridad competente a solicitud de parte y ii) de oficio, cuando hubiere sentencia o fallo absolutorio, se hubiesen vencido los términos de la suspensión provisional sin que se haya recibido comunicación de su prórroga (en caso de autoridad disciplinaria) preclusión de la investigación, cesación de procedimiento o revocatoria del auto de detención.

Por tanto no fue acertado lo dicho por el a quo, que el artículo 96 trae un catálogo taxativo de situaciones en que se puede hacer el levantamiento de la suspensión, eso solo opera cuando es de oficio, pero cuando es por autoridad competente, el funcionario judicial de acuerdo a la Ley, debe analizar qué efectos conlleva conceder la libertad provisional y por tanto ordenar el levantamiento de la suspensión de funciones y atribuciones, informándole a la entidad nominadora para que la haga efectiva.

Sobre este tema la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"8.- El texto del artículo 359 del Código de Procedimiento Penal enseña que el propósito de la suspensión del servidor público es hacer efectiva la medida de aseguramiento. Que esa suspensión surja por la solicitud anterior a la captura o por efecto automático de esta, es problema que la ley defiere al juicio de la autoridad judicial que es la autorizada para estimar si es necesaria aquella o se puede disponer la captura de manera inmediata sin afectar el servicio público.

Si la autoridad judicial que dictó la medida de aseguramiento es la llamada a determinar el efecto de su ejecución sobre el servicio público, es a ella igualmente a la que le corresponde estimar la consecuencia de la libertad provisional sobre la suspensión del servidor público.

Si el efecto de la suspensión es privar de la libertad al servidor público, única manera en la que puede hacerse efectiva una medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a la libertad provisional. El efecto que genera la libertad provisional que se otorga en la actuación penal a ese mismo servidor público, no puede ser otro que el del levantamiento de la orden de suspensión que se había emitido. La razón es elemental: el desaparecimiento del supuesto fáctico que generó la orden de suspensión. Esa orden debe emitirse por parte del Funcionario Judicial con destino a la autoridad nominadora, la que además deberá recibir copia de la providencia con la cual se dispuso la libertad provisional, para que en uso de sus competencias administrativas disponga aquello a lo que en derecho haya lugar. En consecuencia, así se dispondrá en la parte resolutiva de esta decisión"[68]. (El resaltado es de la Sala) **(Rad. 155584, 24 de noviembre de 2011, M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

LEY 1407 DE 2010 Y CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD

Actuar en cumplimiento de un deber legal - Requisitos para que opere la causal.

Prevé el artículo 33 de la Ley 1407 de 2010, que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando: "*3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal*", esto es, en materia penal cuando un sujeto realiza un determinado comportamiento autorizado por la ley, pero con esa acción u omisión se afecta o lesiona bienes jurídicos protegidos, tal actuación debe estimarse ajustada a derecho.

Una de las funciones fundamentales del Derecho Penal, es la protección de bienes jurídicos relevantes a través de la tipificación y sanción de aquellas conductas que los vulneran, para ello, establece principios y reglas para el tratamiento del delito y el delincuente, describe las conductas prohibidas, prevé las penas y medi-

68 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 17576, 4 de octubre de 2001, M.P. Carlos Mejía Escobar.

das de seguridad, la manera como se ejecutarán, las garantías que tendrá el sujeto durante la investigación y juzgamiento, etc., sin embargo, el mismo ordenamiento jurídico punitivo, prevé la posibilidad de justificar una conducta típica penalmente, que afecte o lesione bienes jurídicos protegidos, siempre y cuando dicha conducta se haya realizado en el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, cargo u oficio que se encuentra previamente exigido y concedido por otro sector del ordenamiento jurídico en general.

El cumplimiento de un deber legal (al igual que el ejercicio de un derecho, un oficio o un cargo público), como causal de justificación penal, se fundamenta en el Principio de Unidad del Ordenamiento Jurídico, ya que lo que se encuentra legitimado en una parte del derecho no puede ser prohibido penalmente en otra, es decir, el ordenamiento jurídico no puede prohibir y castigar con una mano, lo que con la otra exige (cumplimiento de un deber), por ello, las conductas típicas realizadas en cumplimiento de un deber impuesto por la ley, con anterioridad a la realización del hecho, devienen en lícitas.

Cabe precisar que el cumplimiento de un deber como causal de justificación (así como el ejercicio de un derecho, un oficio o un cargo público), tiene un carácter subsidiario respecto de otras eximentes más específicas como la legítima defensa o el estado de necesidad, por manera que si se estructura una de estas, no habrá lugar para la toma en consideración del cumplimiento de un deber como tampoco del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo público, pues respecto de las arriba citadas, tienen un carácter residual, comoquiera que cuando no se pueda justificar la conducta a través de la eximente de legítima defensa o del estado de necesidad porque no se dan los elementos que las estructuran, en cada caso, podría pensarse en la estructuración de la justificante de haber obrado en cumplimiento de un deber; en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo público, siempre y cuando se cumplan los presupuestos exigidos en cada caso.

El obrar en cumplimiento de un deber legal, como causal de justificación punitiva, consiste en declarar ajustada a derecho la realización de una conducta típica llevada a cabo por el sujeto agente en cumplimiento de un deber legal, el cual se encuentra establecido por una parte del ordenamiento jurídico, es decir, si en cualquiera de los sectores del ordenamiento jurídico se establece un deber de actuar u omitir respecto a un sujeto o grupo de sujetos, aunque con ello lesione los bienes jurídicos penalmente protegidos, debe primar el cumplimiento de ese deber sobre la evitación de daños a dichos bienes, debiendo precisar que tiene que ser un deber jurídico, de ninguna manera moral, amén de ello, el sujeto agente debe cumplir con una serie de exigencias, tanto en el aspecto objetivo como subjetivo del tipo penal.

El fundamento de esta eximente de responsabilidad se encuentra en el principio del interés preponderante, en cuanto el ordenamiento jurídico impone en ciertos casos y a determinadas personas, el deber de realizar conductas tipificadas en la ley que afectan bienes jurídicamente protegidos, no obstante, este principio resulta insuficiente, ya que en caso de conflicto de dos deberes iguales, la conducta será lícita si el sujeto cumple uno cualquiera de ellos, siempre y cuando el sujeto actúe cumplien-

do un deber de rango superior o igual, no obstante debe tenerse en cuenta que, su conducta será ilícita si implica un grave atentado a la dignidad de la persona humana, por ello, quien realiza una acción típica en cumplimiento de un deber jurídico se encuentra en una situación de colisión de deberes, por cuanto entra en conflicto con otro deber derivado de otra norma de cualquier sector del ordenamiento jurídico.

Esa colisión se resuelve mediante la ponderación de los deberes jurídicos, la cual lo remite a una ponderación de los intereses en conflicto, pues también aquí, como en el estado de necesidad, hay que tener en cuenta no solo los bienes jurídicos, sino la totalidad de los intereses en juego, por tanto, en los supuestos de conflicto de dos deberes de acción del mismo rango, es necesario que la conducta del sujeto se oriente a cumplir uno de ellos para que dicha conducta sea lícita, sin embargo, cuando se utilice al ser humano como un mero instrumento o se atente, de otro modo, gravemente contra su dignidad, la conducta será ilícita aunque se realice en cumplimiento de un deber; de la misma manera, cuando el deber cumplido es de rango inferior al infringido, la conducta también ilícita. Para que opere la eximente de obrar en cumplimiento de un deber es necesaria la concurrencia indispensable de ciertos requisitos o elementos, ya que de no concurrir uno de ellos, la eximente no se estructura:

1.- **Existencia de un deber jurídico anterior a la realización del comportamiento típico**: Debe existir necesariamente un deber impuesto por la ley, entendido por ley toda prescripción de carácter general y con obligatoriedad erga omnes; se descarta de ese modo los deberes morales. Sin embargo, la justificante no opera en la conducta con la cual se haya cumplido de cualquier forma con el deber, se exige que el cumplimiento del deber se realice dentro de los límites legales y conforme a Derecho.

2.- **El deber cumplido debe tener mayor rango o igual al infringido:** Resulta indispensable que el deber jurídico que se ha dado cumplimiento sea de mayor o igual jerarquía al deber que se ha dejado de lado para que opere la justificante, así por ejemplo: cuando un efectivo policial (servidor público) en ejercicio de sus funciones dispara y mata a un delincuente que estaba a punto de disparar en contra de su víctima.

Por el contrario no opera, si se determina que el deber cumplido era de menor jerarquía al infringido, como cuando el mismo efectivo policial (funcionario público) dispara y mata a un delincuente que huye de la escena del crimen por el simple hecho de evitar su fuga.

Por ello, cuando la autoridad al momento de cumplir con su deber de función o profesión hace uso de la violencia, debe hacerlo bajo el principio básico de menor lesividad posible, es decir, solo se debe hacer uso de la fuerza en forma racional y cuando es absolutamente imprescindible para el cumplimiento de la obligación[69], siendo una exigencia de clara proporción o adecuación a las circunstancias del caso, el grado de la violencia empleada por el agente.

3.- **Necesidad de ejecutar la conducta típica:** Debe existir o mediar una necesidad urgente, es decir, el agente en el caso concreto, no tiene otra alternativa a la de ejecutar

69 Estatuto de vigilancia urbana y rural.

un comportamiento típico en cumplimiento de su deber, de otro modo, si se llega a determinar que el agente tuvo la posibilidad de cumplir con su deber de forma diferente a la de realizar la conducta típica, la eximente no opera, por ello, en el derecho de policía se requiere la necesidad racional de la violencia para restablecer el orden jurídico perturbado, no estando justificada, por innecesaria, cuando podría restablecerse con cualquier otra medida no violenta, de ahí la exigencia de ser proporcional a la entidad del hecho que la motivó, evitando cualquier exceso, por más que aparentemente pueda estar autorizada por cualquier tipo de reglamentación administrativa.

4.- **Actuar con la finalidad de cumplir un deber jurídico**: En virtud al doble componente con que cuentan las causas de justificación, uno objetivo y otro subjetivo, siendo en la justificante bajo análisis, de carácter subjetivo, por ello, se exige que el agente debe conocer que actúa en cumplimiento de un deber, en otros términos, el agente o autor del comportamiento típico debe ser consciente que actúa en cumplimiento de un deber impuesto por la ley, pues de llegarse a determinar que actuó movido o guiado por otros fines, la eximente no opera. Por ejemplo: cuando un agente policía mata a un delincuente que se encontraba a punto de asesinar a otra persona, pero su accionar ha sido motivado por ánimo de venganza, en virtud a una rivalidad pasional con dicho delincuente.

Es por ello, que esta eximente de responsabilidad, solo se predica en relación con la comisión de conductas dolosas, pues el agente realiza la acción con el conocimiento que vulnera un bien jurídico, pero su actuar es lícito en cuanto la ley lo autoriza a comportarse de esa manera, como cuando el agente de policía captura a un delincuente en flagrancia, sabe que atenta contra el derecho a la libertad, pero de la misma manera, que la ley lo autoriza de manera excepcional para limitar ese derecho, en la forma y dentro de los términos previstos en la misma ley. **(Rad. 156781, 29 de julio 2011, M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

NOTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN

La acusación es la pieza procesal esencial que señala el marco jurídico dentro del cual debe desenvolverse el juicio y la sentencia. Por ello es fundamental garantizar su publicidad e impugnación.

Dada la importancia de la resolución de acusación, es que el legislador previó unas reglas que disciplinan su notificación, las cuales encontramos claramente definidas en el artículo 555 de la Ley 522 de 1999; ritos procedimentales, que no fueron acatados por la Fiscalía 143 Penal Militar, en la medida que no obra en el expediente notificación personal del procesado o de su defensor, ni siquiera se realizaron las diligencias tendientes a su comparecencia y menos la designación de un defensor de oficio, con el cual se debería continuar con la actuación y sí por el contrario se modificó un término legal, atentando contra una recta y cumplida administración de justicia.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la actuación procesal que demarca la competencia del Juez de conocimiento, es la ejecutoria de la resolución de acusación y por ende a partir de este momento el funcionario de conocimiento, tiene la facultad para emitir cualquier pronunciamiento, esto es, el estudio de legalidad en dicha etapa**,** no le es viable al Juez de Instancia declararse incompetente para conocer en etapa de juzgamiento, habida cuenta que aún no ha precluido la etapa sumarial, por tal razón la Sala se abstendrá de resolver el asunto por el cual el proceso fue allegado para conocimiento. **(Rad. 157334, 11 de mayo de 2012, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

NULIDAD

No comunicación apertura indagación preliminar, investigación formal, tardía vinculación – Oportunidad para invocarlas

Obsérvese que la norma transcrita instala un marco de oportunidad para invocar las Nulidades originadas en la etapa de Instrucción hasta el término de Ejecutoria de la Resolución de Acusación, lo que significa que la estructura del Sistema Procesal Penal Castrense regla para los intervinientes la posibilidad de plantear las Nulidades originadas en la etapa del Sumario, dentro del plazo perentorio estipulado en el artículo 391 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999– so pena de precluir la oportunidad para ello, materializando así los principios de Preclusión, Economía y Celeridad. (…).

(…) de ahí, que le era indispensable al Juzgado de Departamento de Policía de Cundinamarca –Primera Instancia Uno– adentrarse a analizar la línea procesal surtida en la etapa de instrucción y hasta la ejecutoria de la Resolución de Acusación en un Control de Legalidad que si bien no prevé expresamente el Procedimiento Especial sí le es viable surtirlo, y no proseguir el diligenciamiento sin tal examen aventurándose a aperturar la etapa de Juicio, desconociendo incluso que al Funcionario, en este caso al a quo, le es viable en cualquier estado del proceso cuando advierta que existe alguna de las causales decretar la Nulidad[70] de lo actuado desde que se presentó la causal.

En tal virtud, tenemos que la más óptima oportunidad procesal con la que cuenta el Juzgado de Instancia en el Procedimiento Especial para declarar una Nulidad en la etapa de Juicio, lo es cuando surte en un escrutinio similar al Control de Legalidad un análisis a la línea procesal surtida hasta la ejecutoria de la Resolución de Acusación, y en firme esta decisión, lo será en el preámbulo a la Convocatoria de la Audiencia de Acusación y Aceptación de Cargos o de Corte Marcial según el caso, como debió hacerlo el Juzgado de Departamento de Policía de Cundinamarca –Primera Instancia Uno–, tal y como se decantará seguidamente; pues es, en este momento procesal en que previo el examen de toda la actuación penal surtida hasta ese instante, en el que la norma contenida en el inciso 5º del Artículo 1º de la Ley 1058 de 2006 incorporado

70 Código Penal Militar –Ley 522 de 1999–, Artículo 389 "Oportunidad para decretar la Nulidad. En cualquier estado del proceso en que el juez, en primera o segunda instancia, advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo anterior, decretará la Nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal y ordenará que se reponga la actuación que dependa del auto cuya Nulidad declara".

al Artículo 579 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999– se encumbra en garantizar una etapa de Juzgamiento libre de cualquier vicio ordinario[71].

Ciertamente al revisar el paginario refulge, que ni el Auto de apertura de Indagación Preliminar (...) ni el de apertura de Formal Investigación Penal (...) fueron comunicados a los presuntos responsables. (...).

Como bien lo demuestra el paginario, la línea procesal en que pudo ejercerse el derecho de Defensa fue mínima, pues vinculados tardíamente los procesados a través de diligencia de Indagatoria, en seguida y sin mediar la recepción de prueba alguna, (...) paso a resolver la Situación Jurídica provisional. (...).

Así las cosas, es claro que en tal escenario a la actuación penal la regentan los principios de Prontitud y Oportunidad, ya que convocar a un sujeto para que rinda Versión o diligencia de Indagatoria cuando la actividad inquisitiva del Estado se ha postergado hasta conseguir un cúmulo tal de elementos probatorios que hagan imposible o ardua la defensa, significaría adelantar a espaldas del imputado o sindicado conocido una intensa actividad investigativa sobre el hecho noticiado, que haría nugatoria su defensa, lo que es violatorio del Derecho Fundamental al Debido Proceso amén que también lesionaría el derecho de Defensa.

Por lo tanto, es indiscutible que se incurre en Nulidad legal, cuando no se comunica la apertura de la Indagación Preliminar Penal o de la Formal Investigación Penal, o cuando se le vincula a los imputados al proceso encontrándose la investigación en un estadio avanzado, cuya invalidez se presenta si desde el comienzo de la actuación existía mérito para vincularlo, pues ello, desconoce el Debido Proceso y atenta contra el derecho de defensa, ya que viola principios fundamentales como el de Publicidad de los actos procesales como el de Contradicción de la prueba, que se relaciona con los principios de la Unidad y la Comunidad de la prueba y el de la Lealtad de la misma; toda vez que entre la persecución penal y la sanción a los responsables, median garantías que equilibran el poder del Estado a través de sus autoridades judiciales, y la inicial inferioridad del imputado o procesado, de tal forma que si se desconocen, el desbalance es material. **(Rad. 157262, 22 de mayo de 2012, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

OBEDIENCIA DEBIDA

El deber de advertencia como causal de ausencia de responsabilidad

Para abordar la temática planteada por los censores se hace necesario que la Sala les recuerde el alcance que debe darse al artículo 91 de la Carta Política, su desarrollo jurisprudencial tanto en derecho interno como internacional, para inferir la lectura que en el Estado Social de Derecho debe darse a este canon. Así lo señala:

71 Corte Constitucional, sentencia C-541 de 1992.

"**ARTÍCULO 91.** En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden".

Ha sido ya prolija y reiterativa la Corte Constitucional al indicar que el precitado artejo debe ser entendido dentro de la sistemática que gobierna los principios y valores que identifican un Estado Social de Derecho basado en el principio de la dignidad humana, y en la normativización de todo un catálogo de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Así, basta con citar el Protocolo II que entrara en vigor en Colombia el 15 de febrero de 1996, por virtud de la Ley 191 de 1994, que fuera declarada exequible por vía de la sentencia C-225 de 1995, instrumento y providencia que destacan cómo no es viable alegar la obediencia debida como causal de ausencia de responsabilidad. En idéntico sentido se pronunció el Legislador en los artículos 32-4 de la Ley 599 de 2000 y 33-4 de la Ley 1407 de 2010 cuando erigió en imperativo qué delitos no conoce esta jurisdicción y sobre cuáles no procede el invocar la obediencia debida.

En cuanto hace al desarrollo jurisprudencial del artículo 91 Superior resulta emblemático citar apartes de la sentencia C-225 de 1995 que enseñó:

"La obediencia ciega, así como la correlativa irresponsabilidad absoluta del militar subalterno, repudian a la Constitución. De otro lado, la norma citada abarca la exención de responsabilidad por todo concepto, lo que cobijaría las violaciones a la ley penal. Las razones expuestas, le sustraen sustento constitucional a una incondicional exoneración de responsabilidad legal que no tome en consideración, en este caso, el dolo del subalterno que, como servidor público, está vinculado al deber superior de respetar la ley y proteger efectivamente los derechos de las personas. También en el campo legal, la completa e incondicional inmunidad del militar subalterno, lo convertiría en el mayor peligro existente en la vida social. (…).

La exoneración absoluta de responsabilidad del militar que conscientemente ejecuta órdenes superiores que signifiquen la vulneración de sus reglas y principios no es de recibo y, por el contrario, compromete su responsabilidad individual, máxime si sus actos se apartan de las reglas indiscutibles de las confrontaciones armadas y ofenden el sentimiento general de la humanidad. La obediencia ciega del militar subalterno, lo mismo que su correlativa irresponsabilidad absoluta, son rechazadas por el derecho internacional humanitario, pues de permitirse este carecería de sentido". (…).

Consecuente con lo anterior, resulta ser la atención necesaria que se debe advertir respecto a que en la institución y doctrina militar las especialidades, los grados y jerarquía tienen toda una filosofía y sentido, al punto que permiten mantener organizada, cohesionada y disciplinada la Fuerza Pública; permite que en los diferentes escalones de comando se vaya expresando el mando y control, se

efectivice el proceso castrense de toma de decisiones, para que de esa forma se alcance el cumplimiento de la misión, donde se hace ostensible la estrategia, la táctica y la maniobra, esto es, en las operaciones militares hay unos que producen inteligencia, otros que planean, comandan y otros que ejecutan en el terreno, que también ejercen el mando a su nivel, tal y como se expresa en las misiones tácticas por parte de los comandantes de equipo de combate, Escuadra, Sección, Pelotón, Compañía, Batallón, etc.

Lo citado en precedencia nos permite afirmar que existe categorías en el ejercicio y cadena de mando y en cada uno de ellos, de acuerdo con el rol y ámbitos de competencia, la cuota de decisión es diferente, pues no es la misma percepción y nivel de determinación de quien maneja la estrategia, con quien conduce la operación, dinamiza el elemento táctico y realiza la maniobra. Sin duda, quien en últimas toma la decisión acorde con su nivel, grado, jerarquía, criterio, experiencia y profesionalismo, es quien se encuentra en el terreno en la primera línea de combate. Por ello con razón los Manuales de Patrullaje, de Estado Mayor 3-50 y Reglamento de operaciones de combate irregular 3-10, al unísono instruyen:

El Comandante de la patrulla "Es el responsable por todo lo que haga o deje de hacer el pelotón, esto incluye empleo táctico (…)"[72].

"El Comandante decide qué ajustes son necesarios en el proceso militar de toma de decisiones, con el fin de tener el máximo ahorro de tiempo (…)".

Enseña igualmente que en el proceso militar de toma de decisiones independientemente del apoyo del Estado Mayor o la Plana Mayor las decisiones en el terreno dependen "Con mayor intensidad de la experiencia, pericia, intuición y creatividad en el desarrollo de las operaciones dentro del campo de combate (…)"[73].

Sin duda el miembro de la Fuerza Pública, independientemente del grado que ostente, es formado, entrenado, capacitado, para el ejercicio del mando, para tomar decisiones de forma inmediata en el terreno y por excelencia dentro de situaciones extremas como el combate; dentro de la instrucción y la rutina está la maniobra, el cómo se supera un obstáculo natural, cuál es vencible y cuál no lo es, cómo se puede modificar en el terreno una situación de acuerdo a su buen juicio y criterio, vale decir, existe en el militar que ejerce el mando un conocimiento especial que lo distingue de las personas del común.

Al respecto resulta oportuno citar lo que sobre la temática planteada enseña la H. Corte Constitucional:

"(…) En relación con los deberes –se repite–, es necesario precisar que únicamente pueden ser exigibles en su integridad cuando el obligado a ellos está en capacidad efectiva de cumplirlos, pues, al igual que los derechos, también tienen sus límites"[74].

72 Texto Especial de Patrullaje. Pág. 1.2.

73 Manual de Estado Mayor, pág. 170.

74 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-200, 17 de abril de 1997.

De igual forma, ha enfatizado que en cada caso se deberán tener en cuenta las circunstancias de quien se espera que asuma la carga debida: "(…) la formación del militar (y hay que agregar entre nosotros al policía, aunque su asimilación no es del todo adecuada) es un adiestramiento permanente dirigido a un objetivo específico: saber afrontar las situaciones de peligro. Ahora bien, es de suponer que quien se ejercita en una actividad desarrolla destrezas que se incorporan al repertorio de sus acciones y reacciones cotidianas, que vistas desde afuera pueden parecer excepcionales y extraordinarias pero que para él deben aparecer como normales. Por tanto, en ese campo específico la exigencia que para otro podría ser desmesurada, para él es razonable: afrontar un combate, no huir, no hacer manifestaciones de pánico. La valentía, entonces, así entendida, y vinculada al honor militar, se revela como una destreza exigible de quien se ha preparado para adquirirla, y el no poseerla sería tan vergonzoso (¡deshonroso!) como lo sería para quien ha recibido adecuado entrenamiento en el quirófano, no ser capaz de realizar una operación de cirugía corriente. (…).

Así pues, el acto de valor (…), que para un ciudadano común podría ser heroico, y cuya omisión no sería vergonzosa, para un militar sería apenas debido, y su incumplimiento motivo de baldón"[75]; [76].

La flexibilidad, concebida como uno de los principios de la guerra, conforme al Reglamento de Operaciones en Combate Irregular, sugiere que los miembros de la Fuerza Pública y de suyo las Unidades que se comandan son entrenadas y dotadas "(…) de tal forma que logren ser flexibles y capaces de adaptarse con rapidez a los cambios que imponga la situación táctica"[77]. Por ello el comandante debe analizar detenidamente factores como clima, terreno y medio ambiente para aprovecharlos en su favor, sin duda esto genera una ventaja en las situaciones que enfrenta. Por ende, en el concepto operacional todos apuntan a un objetivo común, el cumplimiento de la misión es la intención del Comandante; pero en la ejecución, al existir diferentes escalones del mando las responsabilidades se fragmentan, por ello la maniobra se expresa de disímiles formas tanto en el tipo de táctica como en los elementos o componentes que se emplean, siendo palmario que en esos diversos niveles la decisión táctica depende del discernimiento de quien comanda.

En este orden de ideas no resulta de recibo el argumento encaminado a que el procesado Castro Rojas se limitó a cumplir una orden del Mayor R, toda vez que, de una parte, lo dispuesto por este está revestido de legalidad pues era el oficial de operaciones que conoce su jurisdicción, facultado para emitir este tipo de órdenes, el mandato es claro, preciso e inherente a la función militar; y de otra, el encartado Castro tenía el mando sobre el personal subalterno a su cargo, le incumbía el deber de advertencia, asumía capacidad de discernimiento y poder de decisión en la situación concreta". **(Rad. 157000, 06 de septiembre de 2011, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

75 Cfr. Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-563, 30 de noviembre de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

76 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 28017, 14 noviembre de 2007, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

77 Pág. 102.

OPERACIONES MILITARES

Concepto, campamento, competencia para fijar los límites del campamento

1.- De las operaciones militares, campamento y límites del campamento

Primeramente se ha de precisar que conforme al Manual de Derecho Operacional:

"Desde el punto de vista legal, existen dos tipos generales de operaciones militares:

(i) Operaciones en escenarios de hostilidades: *Operaciones dirigidas contra un objetivo militar debidamente identificado, relacionado necesariamente con un grupo armado organizado; y*

(ii) Operaciones para el mantenimiento de la seguridad: *Todas las demás operaciones, que no están dirigidas contra un objetivo militar específico. (…).*

Estas deben adecuarse a las normas de DD. HH. donde el uso de la fuerza debe ser la última opción (Capítulo III). Por ejemplo: ***operaciones de control militar de área****, operaciones contra el narcotráfico, etc.*

Así estas operaciones pretendan, por ejemplo, impedir que grupos armados organizados de cualquier índole ingresen a una zona (control militar…)"[78]. (Resaltado fuera de texto).

En ese contexto, inicialmente se debe precisar que las misiones destinadas a prestar la seguridad, bien sea de la infraestructura nacional o de un sector de la población de manera concreta, o de cualesquier otra índole, son operaciones militares propiamente dichas, por lo cual, resulta errado limitar el concepto de operación militar meramente a las operaciones en escenarios de hostilidades o, al simple acto de confrontación, pues tal entendimiento es contrario a lo determinado en el derecho operacional.

El concepto de operación militar es mucho más amplio y dinámico, pues comprende todas las tareas encaminadas al objetivo comprendido en la orden de operaciones, la planeación, la disposición de los recursos logísticos, del recurso humano, la preparación y entrenamiento, la ejecución y la consolidación, teniendo como fundamento el plan de campaña dispuesto por el comando de la fuerza, el desarrollo y materialización que deben realizar las Brigadas a través de las órdenes de operaciones dirigidas a los Batallones, como unidades tácticas y en su nivel la ejecución de las maniobras tácticas a través de sus unidades subalternas (compañías, pelotones, escuadras), que materializan la ejecución de las operaciones, de acuerdo a su complejidad.

Así, conforme al concepto contenido en el Capítulo III, numeral 3.5.1.2, Reglamento EJC – 310, debe entenderse por operación militar "*… la serie de actividades de combate, administrativas, que ejecuta una unidad para darle cumplimiento a*

78 Capítulo V, numeral 1. Manual FF. MM. 341.

una misión en el campo de combate", las cuales se hallan descritas en forma general en la orden de operaciones en la que se determina la jurisdicción territorial en la que se debe materializar, el objetivo que se persigue, las maniobras a ejecutar, los métodos y las técnicas a emplear, las tropas que intervienen con misiones específicas definidas y los responsables de la conducción, en cada nivel.

Ahora bien, dentro de las operaciones militares de seguridad, están las denominadas operaciones de control militar de área[79], en las que se utilizan entre otros métodos patrullas de control, retenes de control de tránsito –permanentes o sorpresivos– redes de control, control de insumos, control de elementos, control de vías de comunicación, control de puntos críticos, bases de patrullaje, etc.

Establece el Manual EJC-310, que las bases de patrullajes pueden ser móviles, semimóviles y fijas, las primeras se presentan cuando, "*durante el desplazamiento o en cumplimiento de misiones de patrullaje, las unidades se ven precisadas a hacer altos, durante períodos que se extienden por no más de veinticuatro horas*", para continuar posteriormente la acción, y, tiene entre otros propósitos, "*Realizar actividades de carácter táctico-administrativo después de efectuar movimientos prolongados a fin de tomar descansos, preparar alimentos limpiar las armas, mantener el equipo y pernoctar*".

Por el contrario, las bases de patrulla semimóvil, "*se emplean en períodos mayores a veinticuatro horas y en lo posible, menores a un mes dentro de un área general, en la cual, se gira alrededor de un caserío, pueblo o municipio, inspección de Policía, entre otros; …*" y por su parte, las bases de patrullaje fijas, "*son aquellas que se establecen en forma permanente, debido al tiempo de la misión que se cumple como el control de poblaciones intermedias o áreas tradicionalmente afectadas por el orden por desorden público, PDM adelantados que ocupan un campo de combate. Igualmente, por jurisdicción asignada, seguridad de puestos de relevo de comunicaciones, control de áreas críticas como estaciones de bombeo, hidroeléctricas, estaciones y subestaciones eléctricas, etc., que son de importancia dentro de la infraestructura económica del Estado*".

Ahora bien, bajo ese esquema, para el cumplimiento de la misión encomendada y "*cuando por circunstancias relacionadas con el enemigo, tiempo o terreno, se requiera que una patrulla se detenga por un corto periodo…*"[80], la patrulla móvil debe fijar una base temporal, que como lo establece el Reglamento, "*En sí, la base móvil no es más que una porción de terreno, que ofrece ventajas y es ocupada transitoriamente*"[81], y para la base semimóvil, "*Constituyen el lugar desde el cual se puede operar el PDM táctico, (…) no está totalmente a cubierta y por ello es vulnerable*"[82], convergente con el concepto de "*Áreas de reunión (temporales)"*[83], que no son otras que las especificaciones que debe tener el de-

79 Reglamento FF. MM. 3-10 – capítulo III, numeral 3.5.4.

80 Reglamento de operaciones de combate irregular EJC-310, capítulo III, numeral 3.1.9.1.

81 Reglamento de operaciones de combate irregular EJC-310. Base patrulla móvil.

82 Reglamento de operaciones de combate irregular EJC-310. Base patrulla semimóvil.

83 Reglamento de operaciones de combate irregular EJC-310, capítulo III, numeral 3.1.9.1.

nominado campamento, para los propósitos allí previstos, debiéndose precisar que su principal característica es la temporalidad, contrario a lo dispuesto en relación con las bases de patrullaje fija.

Así las cosas, por campamento debe entenderse el espacio físico delimitado, seleccionado por el comandante de la compañía, pelotón, escuadra o patrulla, comprometida en el cumplimiento de la misión militar, para acampar de manera temporal, con el propósito de realizar actividades de carácter táctico-administrativo, tomar descansos, preparar alimentos, hacerle mantenimiento al material de guerra, logístico y demás equipos, descansar y/o pernoctar, de donde deviene que para la fijación de ese espacio físico, se deben tener en cuenta unas condiciones especiales teniendo como fundamento el eje de avance, el lugar donde acampa, la misión que cumpla y demás factores internos y externos determinantes para la seguridad de la tropa.

Por ello, el límite a ese campamento no puede ser fijado por el Estado Mayor, como lo afirma la apelante, en tanto que debe materializarse de acuerdo a las condiciones topográficas, climáticas y de seguridad del lugar donde se va a acampar, siendo entonces el comandante de esa tropa, quien debe precisar y fijar los límites del campamento, sin importar el grado o nivel que ocupe en la cadena de mando, comoquiera que los mismos deben determinarse a partir del dispositivo de seguridad que deba adoptar, así pues, en los niveles que corresponden a la compañía y unidades subalternas (pelotones, escuadras, sección), quien debe fijar los límites es el comandante de esa unidad. **(Rad. 157112, 26 de Septiembre de 2011, M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO CULPOSO

Necesidad del elemento normativo de la relación funcional con el objeto material del delito

Es claro que en el delito de peculado solo puede ser sujeto activo el servidor público que administra, custodia o recauda por razón o con ocasión de sus funciones bienes del Estado, cuando los apropia, los usa indebidamente, les da aplicación oficial diferente o los deja extraviar, perder o dañar, en este último evento que da lugar a incriminación en su modalidad culposa. (…).

De la esculticia procesal se desprende que para día 22 de septiembre de 2008 a eso de las 17:30 horas el policial AG. EML recibió una llamada a su teléfono celular proveniente de la señora que velaba por el cuidado de su hija menor, quien le manifestaba que la niña se encontraba convulsionando, motivo por el cual el policial decide pedirle el favor a uno de sus compañeros, el PT. CEMR para que le llevara su arma de dotación oficial y la entregara en el armerillo de la estación de policía de Sierra Morena, teniendo en cuenta la situación familiar que se le había presentado. (…).

Del contenido de la sentencia se extracta que el encartado MR para la fecha de los hechos era miembro activo de la Policía Nacional, es decir tenía la calidad de servidor público, cumplía funciones de patrulla de vigilancia en el sector Santa Rosita y que recibió el arma de dotación de su compañero E para hacerle el favor de entregarla en el armerillo de la Estación Sierra Morena de ciudad Bolívar.

Deduce entonces e infiere el juzgador en su sentencia, que en virtud a esa situación fáctica que se generó, el arma de fuego entró en tenencia del PT. MR quien de manera voluntaria recibió el artefacto, asumió su cuidado y que estando bajo su dominio y protección, se produjo su extravío o pérdida, circunstancias estas que determinan de manera clara –según su decisión– la adecuación de la conducta al tipo penal de PECULADO CULPOSO, habida cuenta que el procesado perdió el revólver marca Ruger, calibre 38L, No. 15802684, propiedad de la Policía Nacional.

Empero, olvidó el fallador primario que la obligación del servidor público, bien sea la de administrar, custodiar o de tenencia, debe estar señalada en la norma por la cual se rigen sus actividades, y consecuentemente la entrega del bien debe haberse hecho por razón o con ocasión de la función pública. Por esta razón no basta con que el objeto material esté en posesión del servidor, es imperativo que tanto la tenencia, posesión, o disponibilidad jurídica del bien por parte del funcionario se haya generado por un deber atinente a sus funciones, pues esta es una de las características esenciales del peculado, que implica una violación del deber de la función pública. No basta entonces con su pérdida o extravío, se requiere además como requisito sine qua non, una relación jurídica entre este y aquel prevista o derivada de la ley, reglamentos, resolución, manual de funciones u órdenes emanadas de superiores que tengan la facultad y atribución sobre el servidor y el bien.

Como lo ha indicado la doctrina y en particular la honorable Corte Suprema de Justicia[84], esa relación funcional opera no solo por razón de las funciones del servidor público, sino también con ocasión de ellas, pero siempre circunscrita esa relación funcional –de índole jurídica como elemento normativo del tipo– con el objeto material del delito, para lo cual debe existir necesariamente para su estructuración, una norma que atribuya funcionalmente al agente dicha custodia o tenencia, por ende debe ser taxativa y de interpretación restrictiva esa función, no puede ser producto de la costumbre o deducida de la analogía.

Para el evento sub examine no existe duda alguna que el arma que recibió para ese momento el Patrullero CEMR de manos de su compañero Agente EML fue como lo indicaron los dos, a título personal y como un favor en virtud a la situación familiar que se le había presentado a este último, pero demostrado quedó en el expediente que el deber funcional lo tenía exclusivamente el AG. LHEM, el cual no era otro distinto que entregar su arma de dotación, la cual le había sido asignada para su servicio, en la unidad determinada y de forma personal. Así lo

84 Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 11657, 02 de octubre de 1997, y Rad. 19934, 23 de marzo de 2006, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

indica el comprobante individual de asignación de material de guerra obrante en la sumaria y el testimonio del IT. CAPM, encargado del grupo de Policía Comunitaria, quien afirma que con relación al armamento, después de terminar las labores los policiales debían entregar las armas de dotación en el armerillo de la estación de Sierra Morena de manera personal. (…).

Como corolario de lo anterior, sin los elementos normativos antes descritos y analizados, no podemos hablar de una conducta típica, pues en efecto, en el delito de peculado la entrega del objeto material para su administración, tenencia, custodia o la tenencia debe haberse hecho por razón o con ocasión de la función pública, tomando la calidad de la persona, pero más aun, debe provenir de una fuente jurídica como la ley, decreto, reglamento, resolución, manual de funciones, órdenes administrativas como la orden del día o de servicios, actas oficiales de entrega, por ende, no es admisible la tesis que pueda aceptarse la existencia de la relación funcional por una especie de "relación fáctica" de funciones. Delegaciones que en el derecho administrativo no pueden hacerse ni por costumbre, ni por negligencia ni descuido del titular de la función. **(Rad. 157157, 08 de marzo de 2012, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión)**.

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO CULPOSO

Pérdida de armamento en bases móviles. Deber objetivo – Criterio normativo

Resulta importante destacar que al imputar la comisión de un delito culposo, se hace necesario establecer cuál es el deber de cuidado exigible en el caso concreto, es decir, la conducta corriente de deber desarrollar dentro del tráfico social en que se desenvuelve el sujeto activo, para establecer si su actuar fue precavido, responsable, cuidadoso, reflexivo, sensato y diligente, determinación que 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, que para el caso bajo estudio, debe hacerse bajo el primero de los citados.

Bajo el criterio normativo, debe precisarse que conforme a lo dispuesto en la "*DIRECTIVA LOGÍSTICA DE ARMAMENTO 010-06*", emanada del Comando Ejército, mediante la cual fija normas de carácter permanente administrativo y logístico sobre el material de armamento, municiones y repuestos, prevé en el capítulo primero, numeral 16:

"*COMANDANTE DE PELOTÓN*

Revisa diariamente el material de armamento a cargo del Pelotón, comprobando físicamente los elementos, así como su estado informando inmediatamente las deficiencias que detecte.

Responde por el mantenimiento del armamento de su Unidad y toma las medidas para prevenir y evitar el desgaste prematuro del armamento individual y de apoyo.

Verifica en forma constante qué armamento tiene novedades y toma acción para corregirlas.

Controla que el armamento del personal ausente de su Pelotón por diferentes novedades, se encuentre debidamente almacenado.

Formula sugerencias con el ánimo de mejorar el empleo del material". (Resaltado fuera de texto).

Conforme al citado reglamento, le impone a los Comandantes de Pelotones, el control directo sobre el armamento, municiones y demás elementos de guerra asignados al personal bajo su mando, cuando respecto de ellos se presente alguna novedad (permisos, licencias, incapacidad médico-laboral, descansos, vacaciones, etc.,) para que mientras persista esa novedad, el material bélico permanezca en el depósito de armamento.

Concordante con la anterior disposición, el "*REGLAMENTO DE OPERACIONES EN COMBATE IRREGULAR FF. MM. 3 – 10*", establece una serie de medidas de seguridad que deben adoptar los comandantes en la ejecución de las operaciones militares[85], tanto del material de guerra, intendencia, comunicaciones, incluso sobre la misma tropa, sobre el personal de paso, el establecimiento de áreas restringidas, etc., siendo entonces esta norma la que le confiere competencia al comandante para adoptar las medidas de seguridad que se requieran en cada caso concreto, originando así unos deberes y unas obligaciones, las cuales son intransferibles.

En suma, son las normas jurídicas citadas en precedencia las que imponen al Comandante de Pelotón, de un lado, la obligación de controlar que las armas dotadas a sus subalternos sean dejadas en el depósito de armamento, cuando respecto de este personal se presente cualesquier novedad, y de otro lado, se le impone al Comandante de las unidades en áreas de operaciones militares, el deber de adoptar medidas de seguridad tanto del material de guerra, intendencia, comunicaciones, sobre la misma tropa, sobre el personal de paso, para lo cual debe implementar áreas restringidas, etc., cuando tenga la necesidad de acampar en un determinado lugar, todas referidas a los dispositivos de seguridad que debe adoptar el comandante de la tropa, de acuerdo a las condiciones territoriales, climáticas y de desorden público del lugar. **(Rad. 156497, 30 de septiembre de 2011, M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

85 Ver capítulo 3, Combate irregular contrasubversivo, numeral 3.3.8, en el que se impone al comandante la obligación de velar por el material de guerra en su mantenimiento y control como aspecto trascendental sin el cual no se puede cumplir la misión. 3.3.14. Disminuir la vulnerabilidad. 3.5.4. Operaciones de control militar, específicamente en cuanto a control de instalaciones, control de personal y establecer áreas restringidas.

PECULADO CULPOSO

No ha sido descriminalizado por la Ley 1407 de 2010.

"(…) Las anteriores citas lo han sido con el fin de recordar que el miembro de la fuerza pública –y bien claro es– está sometido al catálogo de delitos que contempla la legislación penal, bien sea la común o la especializada, a tal punto que, cuando la primera de ellas se refiere a los delitos contra la Administración Pública en los artículos 397 y siguientes, da cuenta de un sujeto activo calificado, vale decir, al servidor público, razón más que suficiente para no poder atender el pedido del defensor en el sentido de que el Peculado Culposo al no estar contemplado en la Ley 1407 de 2010, haya sido descriminalizado, sino que por el contrario siguiendo lo que había preceptuado la Corte Constitucional, en tratándose de un delito común (no militar ni militarizado), no tendría razón de estar contemplado en la mencionada ley". **(Rad. 156726, 21 de noviembre de 2011, M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO CULPOSO - DECLARATORIA DE DESIERTO DEL RECURSO DE APELACIÓN

Ante una circunstancia objetiva, como la presentación extemporánea del recurso, procede de plano la declaratoria de desierto, sin necesidad de surtir traslado al Ministerio Público.

"Y es que de conformidad con el principio de prevalencia del derecho sustancial previsto en el artículo 229 de la Constitución Política de Colombia de 1991, se consideró por esta Sala, que era innecesario e inútil ordenar el traslado al Ministerio Público y la fijación en lista para que las partes tuvieran la oportunidad de presentar sus alegatos, si de antemano se observaba a simple vista, que los recursos habían sido interpuestos y sustentados en forma extemporánea, razón por la cual no han debido ser ni siquiera concedidos.

Declarados desiertos estos recursos, ha de tenerse que este Tribunal como órgano de segunda instancia, no alcanzó a adquirir competencia y en consecuencia se hacía nugatorio disponer cualquier trámite de ley. Misma ausencia de competencia que impide que esta Sala se pronuncie sobre la nulidad solicitada por el Ministerio Público, pues por las razones anotadas, ha de considerarse además que el escrito presentado no reúne los requerimientos necesarios ni siquiera para tenerlo o valorarlo como un recurso de reposición contra la providencia del 16 de diciembre de 2011, puesto que adolece de la motivación necesaria que sirviera de confrontación a los argumentos con los cuales esta Sala declaró desiertos los citados recursos". (**Rad. 157187, 15 de marzo de 2012, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO CULPOSO - MERA TENENCIA

Disponibilidad material del bien que se le haya confiado al Sujeto Activo por razón o con ocasión de sus funciones

"(...) vamos a la tienda los tres y compramos algo de comer (...) dándome la orden verbal en la cual dice, BERMÚDEZ déjeme el armamento a mi cuidado que yo y el subintendente lo cuidamos (...) en ese instante yo me despojo del armamento y se lo entrego a él.

Como bien lo ha decantado la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia solo se requiere de la mera tenencia del bien –disponibilidad material del bien– que se le haya confiado al sujeto activo "por razón o con ocasión de sus funciones", para que por consiguiente la conducta sea típica, pues "no resulta posible pretender que esa tenencia, por breve que ella fuese, se daba en este caso de manera accidental, sino dentro de un desempeño funcional mediante el cual se ejercitaba de modo compartido ese deber legal –se insiste– de custodia".

(…)

Entonces, el señor ST. RODRIGO ARNULFO SANTOS CARVAJAL al asumir la mera tenencia sobre el material de guerra de su Subalterno –señor PT. ALBEIRO BERMÚDEZ CARRILLO– que ejercía al momento de los hechos, y que el mismo voluntariamente se había confiado por razón de sus funciones, se arrogó la disponibilidad material de dichos elementos porque estaba detentando su posesión, en virtud de lo cual está llamado a responder por su custodia y cuidado, siéndole exigible por tanto el Deber de Cuidado. **(Rad. 150622, 20 de Febrero de 2012, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO POR DEMORA EN ENTREGA DE ARMAS, MUNICIONES Y EXPLOSIVOS

Solo es imputable en la modalidad dolosa – El plazo de 15 días a que alude el tipo penal se entiende hábiles.

"Como ha insistido la defensa con sobrados motivos desde los albores de la investigación, el delito propiamente militar de peculado por demora en entrega de armas, municiones y explosivos, desde el punto de vista subjetivo únicamente es imputable en la modalidad dolosa, es decir, que no admite la culpa ni la preterintención, de manera, que la carencia de dolo en la conducta, desencadena la inexistencia del injusto penal.

El dolo, no es solo conocer sino también querer la ejecución del tipo delictivo. Es decir, que el sujeto agente actúa dolosamente cuando conoce o sabe y entiende o comprende como contraria a la ley la conducta que quiere realizar, y voluntariamente la ejecuta.

Ahora, como el dolo es esencialmente subjetivo, para inferir el propósito que acompañó al sujeto activo al momento de realizar el acto reprochado, es necesario analizar el contexto íntegro dentro del cual se produjo la conducta, esto es, las circunstancias antecedentes, coetáneas y posteriores, la tarea que le correspondía hacer, los medios utilizados, la forma de uso, la responsabilidad con que lo asumió, las condiciones personales, entre otros, son datos objetivos que se constituyen en el sustrato fundamental para escudriñar la finalidad buscada, ya que en la mayoría de los casos no es sencillo deducirla de manera directa. (…).

El artículo 181 de la Ley 522 de 1999, establece un plazo de 15 días, contados a partir del día siguiente a la incautación o decomiso de las armas para entregarlas a la autoridad competente, después de dicho lapso, sin que ello ocurra, a menos que medie causa justificada, se empieza a generar un estado irregular de las cosas, de suerte, que si el oficial R.R. hizo la incautación el 23 de mayo de 2010, al revisar el calendario oficial de ese año, se constata que los 15 días hábiles que tenía para realizar dicho trámite vencieron el 15 de junio, esto es cuando ya no era el comandante de la estación de Policía L.T., puesto que había entregado la misma el 10 de junio de esa anualidad al ST. PC.

(…) la conducta punible se predica tanto del sujeto agente que decomisa las armas, como del que las recibe decomisadas o incautadas, y en este caso, según se desprende de autos, como el TE. RR salió trasladado antes de rebasar el lapso en mención, entregando las armas que había incautado al ST. P.C., el 10 de junio de 2010, luego para este último, desde dicha fecha, empezaron a correr nuevamente los 15 días hábiles para entregarlas a la autoridad correspondiente.

En opinión de la Sala, el plazo de 15 días que fija el aludido tipo penal, como lo entiende la defensa, se cuentan en días hábiles; conclusión a la que se arriba si tenemos presente, que la codificación penal castrense es especial y autónoma, y por ende, la única que describe las hipótesis comportamentales que configuran los delitos típicamente militares, la forma como la conducta debe ser realizada, con sus elementos normativos, descriptivos y subjetivos.

Al examinar la Ley 522 de 1999, y la 1407 de 2010, nuevo Código Penal Militar, se observa, que en diversos delitos propiamente militares el legislador supeditó la tipificación de la conducta al cumplimiento de ciertos plazos fijados en días y horas, verbigracia, la deserción: "(…) se ausente sin permiso por más de cinco (5) días **consecutivos** del lugar donde presta el servicio (…)"; abandono del servicio: "El que abandone los deberes propios del cargo por más de diez (10) días **consecutivos (**…)"; Abandono de comando: "El que sin justa causa no ejerza las funciones propias del comando, jefatura o dirección por más de veinticuatro (24) horas **consecutivas**…"(negrillas fuera del texto). Lo anterior, nos permite inferir que en esa gama de delitos el legislador señaló expresamente los casos en que los términos de días u horas, debían contarse de manera continua e ininterrumpida.

De tal manera, que si en el delito objeto de estudio, que es típicamente militar, el legislador no dijo explícitamente que el término de 15 días era consecutivo, como

sí lo hizo con los atrás mencionados, entendemos que ese no fue su querer, y por lo tanto, han de contarse como hábiles.

Tal interpretación, es concordante con lo señalado en el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, según la cual: "En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y vacantes, a menos de expresarse lo contrario…".

En el evento del artículo 181 de la Ley 522 de 1999, únicamente se habla de días, sin precisar si son ininterrumpidos, motivo por el cual estimamos que al término de 15 días allí contemplado es válidamente aplicable la fórmula consagrada en el citado artículo, amén que este no hace distinción entre normas de carácter procesal o sustancial.

De otra parte, es de precisar que la referida descripción comportamental consagra verbos alternativos nucleares, independientes, y autónomos que pueden realizarse por el sujeto agente no solo cuando decomisa armas, municiones o explosivos, también cuando las incauta, y no las coloca a disposición de la autoridad respectiva en el lapso legal referido, sin que la incautación deba estar supeditada al decomiso para la estructuración material del punible, figuras cuya diferencia se extrae del Decreto 2535 de 1993, y refiere la defensa.

Vistas así las cosas, no podría imputársele al TE. RRWP, la comisión del delito de peculado por demora en entrega de armas, municiones y explosivos, por cuanto dicha conducta punible materialmente no se habría configurado, por la ausencia de un elemento descriptivo estructural del tipo, esto es, que las armas que incautó, no habrían permanecido bajo su responsabilidad por el término de 15 días hábiles contados a partir del día siguiente de la incautación, sin que las entregara a la autoridad correspondiente, presupuesto que expresamente exige la descripción comportamental del artículo 181 de la Ley 522 de 1999, por lo que desde el punto de vista objetivo la conducta devendría atípica". **(Rad. 157381, 23 de julio de 2012, M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO POR EXTENSIÓN

No fue despenalizado en la Ley 1407 de 2010.

"En primer lugar, la Sala estima necesario precisar que el **'Peculado por extensión'** en la modalidad de apropiación desde antaño ha venido siendo expresamente contemplado en la legislación penal militar, como delito contra la **'Administración Pública**', como puede verse en el artículo 189 del derogado Decreto Ley 2550 1988 (…).

(…) la Ley 1407 de 2010, nuevo Código Penal Militar, que fue posterior a la Ley 599 de 2000 (Código Penal), en el artículo 163, conservó tal descripción típica dentro de los delitos contra la Administración Pública (…)

De la anterior normatividad se colige, que no obstante las variadas reformas a que han sido sometidos los mencionados estatutos punitivos castrenses, nunca se eliminó o despenalizó el peculado por apropiación en la modalidad por extensión, convirtiéndose en una descripción típica especial del Código Penal Militar, y que por ende, se trata de una conducta que únicamente puede ser realizada por el sujeto activo cualificado, esto es, quien ostente la condición de miembro de la fuerza pública, porque aunque se trata de un delito común ha sido adaptado al contexto de la función militar o policiva (…).

En este orden de ideas, y como la conducta punible que se le imputó al entonces suboficial del Ejército Nacional SP. OTCA, hoy desvinculado de la institución armada, se contrajo al peculado por apropiación en la modalidad extensiva conforme al Decreto 2550 de 1988, Código Penal Militar vigente para la época de los hechos, y cuya pena aplicable era la establecida en el Código Penal que para esas calendas era el Decreto 100 de 1980, en cumplimiento de la sentencia C-445 de 1998, queda para la Sala claro que ese delito no ha sido despenalizado o eliminado por el nuevo estatuto punitivo castrense, al contrario de la tesis expuesta por el *a quo y* la defensa la cual es avalada por el representante del Ministerio Público ante esta instancia.

Ahora, el hecho de que la Ley 1407 de 2010, nuevo Código Penal Militar, no hubiese incorporado expresamente en su articulado el delito común de peculado por apropiación, que es el punible base para hacer la conexión con su modalidad extensiva, como lo hizo el Decreto 2550 de 1988, ello en manera alguna significa que el punible de peculado por extensión hubiese sido descriminalizado, por cuanto el artículo 163 de la nueva normatividad, es claro en establecer, que *'incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores y los* ***pertinentes del Código Penal sobre la materia****…'* (negrillas y subrayado fuera del texto).

La anterior locución no es más que una clara y forzosa remisión a las normas del Código penal, donde está contemplado el peculado por apropiación (delito base) que echa de menos la defensa, por lo que resultaba innecesaria su inserción en el nuevo código punitivo castrense, fórmula esta que no es nueva porque también fue utilizada por el artículo 185 de la Ley 522 de 1999.

De otra parte, el argumento del *a quo* en el sentido de que los bienes o efectos de los *'casinos, cámaras de oficiales, suboficiales y agentes'* que consideraba el artículo 197 del Decreto 2550 de 1988, ya no son objeto material del ilícito del peculado por extensión que recoge el artículo 163 de la Ley 1407 de 2010, no es de recibo, por cuanto del simple cotejo del contenido normativo de las aludidas preceptivas, salta a la vista de bulto que la hipótesis comportamental allí descrita también recae sobre los bienes pertenecientes a los 'casinos' término que debe ser compaginado con los reglamentos de la fuerza Pública, donde se contemplan sus clases, verbigracia, el Reglamento para Comisiones administrativas de Casinos del Ejército[86], en el artículo 2° clasifica los casinos así: de Oficiales, de suboficiales, de soldados y casinos Mixtos o Múltiples. De manera tal, que si bien es cierto, este último artículo utilizó en forma genérica el vocablo 'casinos' sin

86 Manual EJC. 4-6 Público, 2004.

especificarlos, como lo hacía el referido decreto, ello no debe interpretarse en el sentido de que se excluyeron los casinos de oficiales y suboficiales para efectos de la conducta del ilícito en mención, por lo que resultaba improcedente en esta caso concreto, con fundamento en el principio de favorabilidad acudir a la legislación penal ordinaria". **(Rad. 140630, 12 de marzo de 2012, M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PENA ACCESORIA DE SEPARACIÓN DE LA FUERZA PÚBLICA

Es dable su inaplicación invocando el principio de favorabilidad cuando la Ley 1407 de 2010 no la consagra para determinado tipo penal.

"Conforme a lo anterior, el análisis se circunscribirá a determinar si con la entrada en vigencia del nuevo Código Penal Militar <Ley 1407 de 2010> y en aplicación al principio de favorabilidad es dable entrar a revocar la pena accesoria de separación absoluta de la fuerza pública impuesta al SLP. CBA". (…).

"Sobre el primer punto, debemos advertir que efectivamente las penas accesorias a la de prisión como lo son la separación absoluta de la fuerza pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo de la pena principal, se encuentran contenidas tanto en el artículo 60 de la Ley 522 de 1999 como en el artículo 51 de la Ley 1407 de 2010, distinguiéndose tan solo en esta última cuando exime de su aplicación al procederse en delitos contra el servicio y en los que su pena a imponer no supere los dos años. Satisfaciéndose por tanto a cabalidad la primera exigencia, esto es, que la figura jurídica enfrentada tenga regulación en ambas legislaciones.

Con relación a la segunda condición 'que respecto de aquellas se prediquen similares presupuestos fácticos', se encuentra también cumplida, pues como puede observarse la imposición de las penas accesorias de separación absoluta de la fuerza pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo de la pena principal, está supeditada en una y otra normatividad a la imposición previa de una pena de prisión.

Por último respecto al tercer requisito que demanda la jurisprudencia constitucional para la procedibilidad del principio de favorabilidad y que hace referencia a que con su aplicación no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida, no se observa que al privilegiar a favor del condenado la aplicación del artículo 51 del nuevo Código Penal Militar sobre el artículo 60 de la Ley 522 de 1999 se debilite el sistema procesal, al no impedir en modo alguno la ejecución de la pena restrictiva de la libertad". (…).

"Para el caso de estudio, es dable la aplicación del principio de favorabilidad contenido en el artículo 8 de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que la citada

ley consagra que las penas accesorias de separación absoluta de la fuerza pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo al de la pena principal aplica para condenas de prisión, salvo en delitos contra el servicio y en aquellos en que la pena impuesta no sea superior a dos años de prisión, excepción que se da en este caso, por cuanto la pena impuesta fue menor a dos años; luego, al no poder condenársele a esa pena accesoria ello sin lugar a discusión es más favorable a los intereses del procesado". **(Rad. 156327, 18 de julio de 2011, M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PLURALIDAD DE AUTORES EN EL DELITO CULPOSO

Teorías que implican la intervención delictiva

7.2- De la pluralidad de autores en el delito culposo: El reproche directo que hace la Defensa frente al interlocutorio impugnado lo centra en dos argumentos fácticos exclusivamente, de un lado, que su defendido el IT. PMY no fungía momentos antes y durante el acaecimiento de los hechos como Comandante de la Estación de Policía de Orocué (Casanare) y de otro lado, que no era su prohijado quien conducía el vehículo asignado a aquella Estación de Policía.

En otras palabras, las teorías que explican la intervención delictiva han pasado por los denominados: concepto unitario de autor, concepto extensivo de autor y concepto restrictivo de autor, dentro de esta última, se han desarrollado cuatro premisas así: i) el postulado de la teoría objetivo-formal, ii) el postulado de la teoría objetivo-material, iii) el postulado de la teoría del dominio del hecho, y hoy, se abre camino en la dogmática penal iv) la teoría normativa.

La teoría del dominio del hecho, grosso modo, parte que todo cooperador que se encuentre en situación real por él percibida de: "dejar-correr-detener-o interrumpir por su comportamiento la realización del tipo" se considera que tiene el dominio, y que este puede ser: dominio de la acción (autor inmediato), dominio de la voluntad (autor mediato) y dominio funcional (coautores). Sobre este último, se ha concebido la autoría propia y la coautoría impropia, la primera, es en la cual llegan varios sujetos a la realización de la conducta bajo el entendido que cada uno de ellos realiza un aporte suficiente para producir por sí solo el resultado y la segunda, es decir, la coautoría impropia, es la figura mediante la cual los diversos sujetos que concurren lo hacen bajo una decisión común con división de trabajo y un aporte significativo durante la ejecución del mismo.

Esta última clasificación teórica construye la clasificación de autor a partir del aporte del sujeto en la ejecución del mismo, en términos de la coautoría impropia o si se tratare de la coautoría propia la realización directa del resultado típico, este parece ser el planteamiento de la defensa en su recurso de alzada cuando evoca que su defendido no iba manejando el vehículo y que por tal razón es ajeno al resul-

tado dañoso y culposo que sufriera la camioneta oficial 36-036 de placas DYY 005 adscrita a la Estación de Policía de Orocué (Casanare).

Planteamiento que no es acorde con la teoría dogmática del delito imprudente, pues la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que es irrelevante discriminar la coautoría propia de la impropia en cuanto a delitos imprudentes se refiere, o mejor, cuando el resultado típico es la consecuencia de la concurrencia de varias conductas imprudentes, dado que en el delito imprudente todas las personas que concurren con la infracción de deber responden a título de autor.

De otro lado, tampoco se acepta el planteamiento del Memorialista, quien refiere que su defendido no conducía el vehículo, bajo el marco doctrinario que en la teoría de la imputación objetiva la figura de la coautoría en los delitos de infracción de deber tienen una estructura distinta al concepto general de autor y es así que allí se reputa como autor quien infringe el deber y partícipe, quien infringe pero no está vinculado con ese deber, es decir, que la estructura de la autoría y coautoría bajo la teoría del dominio del hecho es distinta a la teoría normativa que explica la intervención delictiva. Y recuérdese que bajo la moderna dogmática penal es la teoría de la imputación objetiva la que responde la pregunta de cuál conducta fue la que produjo el resultado, que para el caso de los delitos imprudentes son aquellas conductas infractoras del deber y cuando convergen varias de ellas, todas pueden ser llamadas a responder como autores. (**Rad. 157242, 28 de junio de 2012, M.P. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PRINCIPIO DE JERARQUÍA

Alcance como causal de impedimento

El principio de Jerarquía, obedece a su vez al principio de autonomía consagrado en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia[87], y por supuesto vinculado también con el principio de imparcialidad también previsto en la mencionada Ley 1407 de 2010.

En este sentido es que el también principio de "independencia y autonomía del juzgador", reclama el no ejercicio coetáneo de las funciones de Comando, con las de investigación, acusación y juzgamiento, pues, lo que ha querido el legislador es que la característica sustancial de la Fuerza Pública y en general, de las jerarquías militar y policial, estén ausentes de la administración de justicia, que de acuerdo a la Ley 270 citada, es una función pública que debe cumplirse haciendo efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional[88].

El principio de jerarquía recuérdese, no es nuevo en la Ley penal militar, pues, su reglamentación más próxima lo fue en el artículo 215 de la Ley 522 de 1999 que

87 Artículo 5º, Ley 270 de 1996.

88 Artículo 10, Ley 270 de 1996.

rezaba "Jerarquía. Ningún miembro de la Fuerza Pública podrá juzgar a un superior en grado o antigüedad"; y antes, en el Decreto Ley 2550 de 1988, artículo 292, que prescribía: "Jerarquía. Ningún militar o miembro de la Policía podrá juzgar a un superior o a otro más antiguo"; e inclusive desde antes, en vigencia del Decreto 0250 de 1958, época en la que se consagraba vínculo directo entre el ejercicio del Comando y la administración de justicia, en virtud a la calidad de Juez de primera instancia de algunas categorías de Comandantes, en el artículo 2º se expresaba también que "En ningún caso un militar inferior podrá juzgar a su superior, ni a otro más antiguo". **(Rad. 143113, 19 de mayo de 2011, M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PRINCIPIO DE LESIVIDAD

Antijuridicidad material en los delitos militares

(…) Empero, en segundo lugar y además de lo anterior, debe la Sala adentrarse en los planteamientos que hace la defensa y el Ministerio Público ante la segunda instancia en lo que tiene que ver con el principio de lesividad y de la antijuridicidad material en materia penal.

Para el legislador y esta Corporación, ha sido claro que la disciplina es el soporte y eje de instituciones legítimamente constituidas como son nuestras Fuerzas Militares y la Policía Nacional, por esta poderosa razón y en virtud a la especialísima tarea de la Fuerza Pública, ha tenido a bien considerarla como bien jurídico tutelado en la ley penal militar, pues sin ella no podrían garantizar la misión constitucional.

Sin embargo, es necesario analizar para cada caso en particular y situación, las circunstancias que rodearon los hechos materia de investigación y la conducta asumida por el procesado como en el caso sub examine, donde se le señala de haber arrojado, al parecer, un fresco sobre el rostro de un superior el día 22 de mayo del presente año y de constituirse dicha conducta en una vía de hecho, por ende estar incurso en un reato penal militar de Ataque al Superior.

En época pretérita esta misma Sala, con ponencia de quien hoy funge en la misma calidad, señaló que de acuerdo con las tendencias minimalistas que inspiran la criminología moderna, el derecho penal debe asumir una función subsidiaria, accesoria y extrema frente a otras ramas del derecho, pues siempre debe operar como última ratio, de manera fragmentaria, vale decir, cuando se trata de reprimir conductas de especial gravedad y trascendencia en la comunidad militar y en la proporción adecuada y no comportamientos de poca entidad tal como acontece en el sub litem, cuando de manera por demás apresurada se puso en marcha el aparato judicial, debiendo acudirse a otros estadios como el disciplinario, evitando así un desgaste innecesario del sistema penal[89].

89 Tribunal Superior Militar, Rad. 155890, 25 de noviembre de 2009, M.P. CN. (r) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión.

Esta consideración no se realiza de manera por demás descontextualizada de la estructura dogmática del delito. Por el contrario, obedece a una sistemática de la estructura del delito. En este sentido se debe tener presente frente al tema tratado, que no basta la sola contrariedad formal de la conducta con la norma penal para predicar la antijuridicidad de la misma, es necesario establecer la lesión o peligro potencial injustificado que tutela la ley; lo que se particulariza como bien se ha dicho, en el desvalor de acto, es decir, en la afectación real o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado.

Bajo esta concepción, lo resaltable es la efectiva verificación de un daño o peligro a los intereses vitales de la colectividad o del individuo, protegidos por las normas jurídicas.

El Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010 al igual que lo hace el Código Penal Ordinario, Ley 599 de 2000, en su artículo 17 indica que para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal. (Resaltado de la Sala).

La norma en cita, como bien lo resaltó la Corte Suprema de Justicia[90] en sentencia del 18 de febrero de 2003, recogió uno de los elementos esenciales del delito: "el principio de lesividad", que si bien se ha considerado que opera en la fase estática de la previsión legislativa, refulge también en la dinámica de la valoración judicial de la conducta que en últimas resulta aprehendida por la antijuridicidad material que queda fortalecida con la introducción de la expresión "efectivamente" en cuanto a la afectación del bien jurídico, con lo que se quiere significar que es necesario relacionar la conducta con la ofensa real o potencial al bien jurídico.

Por esta razón se puede inferir que los tipos penales exigen afectaciones a bienes jurídicos, si la afectación es muy ínfima, se quiebra la proporcionalidad. En el mismo sentido ha de entenderse que el bien jurídico es un concepto al que hay que aludir para hacer efectivo el principio de lesividad –como bien lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia– pero dicho principio impone que no haya tipicidad sin lesión u ofensa a un bien jurídico que puede consistir como ya se manifestó, en una lesión en sentido estricto o en un peligro, razón por la cual no toda afectación mínima al bien jurídico es capaz de configurar la afectación requerida para la tipicidad penal.

Este aspecto de la afectación del bien jurídico no solo corresponde determinarlo al legislador, sino también le corresponde valorarlo al juez con fundamento en la aplicación de principios ineludibles para el Estado Social de Derecho como son la lesividad, prohibición de exceso, necesidad, mínima intervención y naturaleza fragmentaria del derecho penal.

La prueba testimonial hasta ahora recaudada en el proceso materia de decisión, refleja que no se da la dimensión de una efectiva lesión al bien jurídico tutelado de la disciplina, incluso observemos cómo el denunciante toma una actitud

90 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 16262, 18 de febrero de 2003.

por demás reposada de acuerdo a lo referido por el Soldado Regular PPE (visible a folio 52 C.C.), quien textualmente dice "… mi soldado C nos dijo que le regalaran un poquito de fresco y después que el otro ranchero le sirvió el fresco se le acercó a mi primero y le dijo que ya no quería más nada de comida y le tiró el fresco en la cara a mi primero G, mi primero no le dijo nada sino sonreírse y el soldado se fue del lugar y mi primero se secó la cara…"; de ello se puede concluir que incluso para el Suboficial GM el comportamiento de CM fue una reacción impulsiva, producto de la situación que había precedido cuando pasaban a tomar los alimentos y que en últimas fue lo que condujo a esta reacción instintiva del sindicado. **(Rad. 157121, 27 de septiembre de 2011, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PRISIÓN DOMICILIARIA

Su no aplicación en la jurisdicción castrense no vulnera la Constitución, ni tampoco los instrumentos internacionales.

"Corolario de lo antes expuesto, se quiere significar por el Juez Colegiado, como ya se dejó sentado en pasajes anteriores, que la figura de la detención domiciliaria, es ajena a la jurisdicción especial, no es válido traerla a nuestro ordenamiento jurídico por remisión, por cuanto no hay un vacío sobre este instituto y como se dijo por la Corte en la cita de arriba, la inclusión de la detención domiciliaria es un asunto que corresponde únicamente al legislador, concluyéndose que no fue su deseo incorporar al procedimiento especial esa figura jurídica, o si no por qué no se incluyó por el parlamentario dada su potestad, en la Ley 1407 de 2010, precisamente en virtud de esa singularidad que caracteriza el procedimiento castrense.

Especialidad, que se ve reflejada no solo por el hecho de conceder a los miembros de la Fuerza Pública que se encuentren inmersos en delitos relacionados con el servicio, ciertos beneficios, como ser juzgados por cortes marciales y tribunal militar[91] y en los casos de restricción de la libertad cumplirla en centros especiales, pero así mismo, limita subrogados penales, verbi gratia, como la condena de ejecución condicional de la sentencia, libertad provisional y la detención domiciliaria, sin que sea válido señalar que ese trato distinto entre los integrantes de la Fuerza Pública a quienes se les aplica la disposición castrense y los civiles cuyo ámbito de aplicación es el ordenamiento ordinario, dígase Ley 600 de 2000, o 906 de 2004, atenta contra el derecho de igualdad como lo señala el defensor, ni viable afirmar que es incompatible con la Constitución, o con instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el Pacto de Derechos Civiles y Políticos". (**Rad. 157016, 21 de junio de 2011, M.P. TC. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

91 Constitución Política, artículo 221.

PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD

Tutela el bien jurídico de la libertad individual y otras garantías, injusto de lesión, de conducta permanente y pluriofensivo.

Según lo establecido en la parte emotiva se llega a la conclusión que de lo decantado en precedencia, aflora que la captura del señor CAVC no fue bajo el amparo de Flagrancia, por las propias pruebas que refulgen del plenario apreciadas en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, de las que se infiere razonadamente que en el acontecer fáctico que ocupa la atención de esta Sala de Decisión no se está frente a ninguna de las hipótesis que pueden constituir Flagrancia.

Concluyendo, que la captura realizada por el procesado no fue concomitante al sorprendimiento del presunto infractor de la Ley Penal en el preciso instante de cometer el ilícito, esto es, cuando se dice infligían golpes y patadas a la puerta de una vivienda; pues cuando la Patrulla Policial arribó a aquel sitio donde se había solicitado la presencia de la Autoridad Policial los jóvenes implicados ya no se encontraban en dicho lugar. Pese a lo anterior se procedió a la aprehensión de uno de ellos por la facultad contenida en el artículo 207 del Código Nacional de Policía, en tanto que el otro aprendió la huida, sin lograr ser aprehendido, al ser señalado como los autores de dichos acontecimientos.

Así mismo, además que se actuó con ausencia absoluta de una solución de continuidad de tal procedimiento, se desconoció que una vez sucedida la captura, el joven CAVC debía ser colocado inmediatamente a disposición de la Autoridad competente, conforme lo regla el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal –Ley 600 de 2000–, entendido este como el indispensable para la movilización de las personas o de las cosas; parámetro que en este acontecer fáctico se desconoció, máxime si se tiene en cuenta que Florencia es una ciudad pequeña, cuyas cortas distancias entre las instituciones hubiesen facilitado esta tarea. (…).

Resulta improcedente demandar la existencia de Flagrancia que por ningún lado aflora en aquel acontecer fáctico, máxime cuando el enjuiciado tampoco dispuso lo necesario para colocar a primera hora ante la autoridad competente al presunto infractor de la Ley penal, sino que dejó transcurrir un tiempo notoriamente significante hasta las 17:30 horas del día 02 de Enero de 2006, cuando lo deja a disposición de la Fiscalía Local de la ciudad de Florencia (Departamento de Caquetá) que después de escucharlo en indagatoria es dejado en Libertad (…). **(Rad. 156359, 29 de julio de 2011, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PROCEDIMIENTO ESPECIAL LEY 1058 DE 2006

El Juez de Conocimiento debe realizar el control de legalidad antes de abrir a juicio.

Ahora bien, debe recordarse que es la propia carta Política que determina que la administración de justicia es una función pública y en las actuaciones de los

Jueces, "*… prevalecerá el derecho sustancial*"[92], por ello, conforme a las normas rectoras del procedimiento penal militar, "*… el funcionario judicial deberá tener en cuenta que la finalidad esencial del procedimiento es la efectividad del derecho sustancial y de las garantías debidas a quienes en él intervienen*"[93].

Por ello, el Juez de Conocimiento en ejercicio del control constitucional del proceso penal, antes de decretar la iniciación del juicio, deberá realizar el control de legalidad de la actuación procesal sometida a su conocimiento, en tanto que las decisiones judiciales deben adoptarse dentro del marco de la legalidad, de los derechos fundamentales y de las garantías procesales, por ello, en ejercicio de ese control de legalidad de la actuación procesal, actúa como Juez Constitucional, y, cuando advierte graves irregularidades que afecten el debido proceso o el derecho de defensa, o, cuando advierta un error ostensible en relación con la imputación fáctica o jurídica, debe corregir de forma oficiosa ese yerro, conforme a lo dispuesto en el artículo 389 del Código Penal Militar.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia de manera pacífica ha manifestado:

*"El ejercicio de la imputación reclama la **EXACTITUD** que exigen las categorías dogmáticas de la conducta punible: tipicidad inequívoca, antijuridicidad y **culpabilidad** (Arts. 9, 10, 11, 12, 21, 22, 23, 24 de la Ley 599 de 2000) a la hora de formular la acusación.*

*Cuando en la imputación (ya fáctica, ya jurídica) se advierten graves errores que la apartan del referente óntico, el juez, en ejercicio del control constitucional del proceso penal deberá declarar la nulidad de la actuación en procura de acertar en la calificación **jurídica** que la conducta reclama, en la medida que las decisiones judiciales deben adoptarse dentro del marco de la legalidad, de los derechos fundamentales y de las garantías procesales.* (…).

*Cuando el juez (individual, colectivo o extraordinario) anula la sentencia porque encuentra un error en la calificación jurídica, lo hace en virtud de su oficio como juez constitucional, por el simple hecho de que el funcionario judicial **siempre** tiene como referentes ineludibles el cumplimiento de la Constitución y de la ley*[94].

La declaración de nulidad obliga a rehacer la actuación –castiga el proceso–, pero de ninguna manera ata el sentido de la nueva sentencia, ni las posibilidades defensivas que surjan a partir de la reconstrucción del rito. No impide a la parte defensiva ejercer el derecho de contradicción a plenitud en el proceso reconstruido (vg. probar alguna causal de ausencia de responsabilidad penal, someterse a la terminación abreviada del proceso por sentencia anticipada, preacordar los términos de la imputación, allanarse, etc.).

Lo que persigue la declaración de nulidad es exclusivamente "garantizar a plenitud el derecho al debido proceso"[95] *sin perder de vista que el juez del conocimiento (juzgado*

92 Artículo 228 Constitución Política.

93 Artículo 203 Ley 522 de 1999.

94 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 26128, 11 de abril de 2007.

95 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 25743, 26 de octubre de 2006.

– tribunal – Corte Suprema) funge como sede de control constitucional y legal, bien que se tramite por el sistema ordinario o por el sistema de imputación consensuada[96].

En suma, al juez como director de la etapa de juzgamiento le corresponde velar porque la acusación haya sido correctamente formulada, sin que ello comprometa su imparcialidad, y esa función no es ajena a los juzgadores colectivos (tribunales y Corte).

La Corte reitera su pensamiento pacífico en el sentido de que, cuando la imputación difiere del supuesto fáctico real no puede ser tenida como fundamento correcto de la sentencia… sencillamente porque no se hace justicia material cuando el fallo no tiene un referente fáctico correcto; al encontrar una resolución de acusación acertada en lo fáctico (imputación fáctica) pero abiertamente desfasada en lo jurídico (imputación jurídica), la nulidad se impone como remedio"[97, 98].

Es evidente entonces, que la obligación del Juez de Conocimiento de realizar un control de constitucionalidad y legalidad al proceso antes de iniciar la etapa de juicio, es constitucional, intervención que tiene como único fin garantizar el debido proceso y es precisamente en cumplimiento de ese deber constitucional que al Juez de la causa le corresponde velar porque la acusación haya sido bien formulada, sin importar que sea dentro de una investigación seguida por el procedimiento ordinario (Corte Marcial) o por procedimiento especial (Ley 1058 de 2006), por lo cual, si del examen que debe realizar al proceso, encuentra que la resolución de acusación está ajustada en lo fáctico (imputación fáctica), pero abiertamente desfasada en lo jurídico (imputación jurídica), o viceversa, debe decretar la nulidad conforme a las previsiones del artículo 389 del Código Penal Militar, como acertadamente lo arguye el apelante. **(Rad. 156925, 22 de agosto de 2011, MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PRUEBAS PEDIDAS EN LA INSTRUCCIÓN

Carga procesal de los intervinientes que las solicitan

"Es bien claro que durante la etapa de instrucción debe existir por parte de los interesados la iniciativa suficiente para pedir pruebas, como en el presente caso que la representante del Ministerio Público solicitó los testimonios, pero debe demostrarle al funcionario por qué considera que son pertinentes y conducentes, y no en forma general como lo hizo la apelante, sino de manera detallada e individual de cada testimonio o ampliación del mismo, para que el operador judicial entienda claramente qué se busca con la práctica de esas probanzas y las ordene. (...).

El sujeto procesal debe fundamentar con precisión y claridad, i) las pruebas que pretende sean ordenadas y practicadas; ii) la demostración de su pertinencia y conducencia; y iii) su utilidad. En el memorial que se transcribió en el párrafo

96 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 27759, 12 de septiembre de 2007.

97 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 23883, 28 de noviembre de 2007; en el mismo sentido, Rad. 21494, 23 de agosto de 2006; Rad. núm. 27759, 12 de septiembre de 2007.

98 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 23521, 05 de noviembre de 2008, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

anterior solo está claro el primero de los elementos, y eso es lo que el a quo señaló en la providencia, y por ello dispuso que por la secretaría se le requiriera a la Representante Social que: "...informe por escrito, cuáles son los hechos que se pretenden esclarecer con las mencionadas diligencias de versión jurada en aras de acreditar la conducencia y pertinencia en la práctica y aporte de las mismas al esclarecimiento de los hechos materia de la presente instrucción"[99].

Las pruebas que se soliciten deben tener consonancia con el tema de prueba (se entiende por tema de prueba lo que debe probarse en cada proceso según su específica naturaleza)[100], y deben guardar pertinencia, ser apropiadas, igualmente demostrar su utilidad para que el juez de instrucción no las rechace por inconducentes, impertinentes o superfluas. **(Rad. 156952, 28 de junio de 2012, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión)**.

♦ ♦ ♦ ♦

PRUEBAS PEDIDAS EN LA INSTRUCCIÓN

Marco de referencia: pertinencia, conducencia y utilidad

"Pues bien, antes de resolver lo pertinente a este punto, necesario se hace rememorar las directrices que la Honorable Corte Suprema de Justicia ha irradiado en torno a lo que es la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas pedidas y decretadas en la etapa instructiva, así:

"(…) el referente en una y otra fase procesal para determinar la pertinencia y conducencia de las pruebas, es diferente. En la instrucción, que es una etapa de descubrimiento, se aventuran hipótesis explicativas de los hechos, se exploran pistas, se indaga sobre la existencia de evidencias que puedan contribuir a la constatación o desvirtuación de esas hipótesis investigativas y obviamente a dilucidar lo sucedido, a determinar si se infringió la ley penal, quién lo hizo, por cuáles motivos y en qué circunstancias. El marco de referencia para disponer pruebas en la investigación, entonces, es bastante amplio. Si se está en pos de reconstruir en detalle un hecho del pasado, muchos medios de prueba pueden parecer idóneos para el logro de esa finalidad (así sea para descartar una línea de investigación) y es razón suficiente para decretarlos"[101].

Es indiscutible que en la investigación el marco de referencia que determina la pertinencia y conducencia de un medio de prueba es bastante amplio, en la medida en que en esta etapa se exploran distintas hipótesis alrededor de la ocurrencia del hecho y la responsabilidad o no del encartado. (**Rad. 156751, 28 de junio de 2012, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión**).

♦ ♦ ♦ ♦

99 Folio 29 CC 2.

100 Jorge Arenas Salazar, *Pruebas penales*, primera edición, "Doctrina y ley", pág. 608.

101 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 10863, 29 de agosto de 2002, M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

REBAJA DE PENA POR ACEPTACIÓN DE CARGOS

La rebaja de la Ley 1407 de 2010 es aplicable en la Ley 522 de 1999.

"Así las cosas, y en el entendido del expedito procedimiento especial, si el acuerdo con la Fiscalía sobre la aceptación de los cargos, que se verifica y que finalmente se materializa en la Audiencia de Corte Marcial, se produce dentro de las previsiones inmediatamente después de que la actuación fue recibida por el Juez de Instancia y ante la imposibilidad de considerarse en este procedimiento especial, la subetapa de la audiencia de acusación en los términos contemplados en el nuevo sistema procesal penal, ello explica que la rebaja a otorgarse al procesado sea de hasta la mitad de la pena imponible, en lugar de la rebaja de la sexta parte, precisamente en virtud al principio de favorabilidad, insistiéndose ahora que la diminuente de la tercera parte de la pena solo debe entenderse cuando el acuerdo o la aceptación de los cargos se hace estrictamente al inicio de la audiencia de Corte Marcial.

De la misma forma, si la disminución procedente es hasta de la mitad de la pena, ello tiene una limitación en cuanto a que el mínimo de rebaja debe ser hasta de una tercera parte de la pena que, es la disminuyente para la última oportunidad procesal". (**Rad. 157228, 11 de abril de 2012, M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

RECONOCIMIENTO EN ÁLBUM FOTOGRÁFICO EN ETAPA PRELIMINAR

No requiere presencia de defensor cuando no se conoce el indiciado.

"Bajo tal perspectiva, y recordando que la prueba se dispuso en la etapa preliminar, con miras a lograr la identificación e individualización del autor del ilícito, resultaba entonces incomprensible la designación de un defensor, de quien no se conocía siquiera su identidad, por lo que la diligencia debe asumirse como la constatación de identidad y no como un reconocimiento propiamente dicho en álbum fotográfico.

Sobre este punto, hay que rememorar lo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado: 'Cuando no se tiene imputado conocido, y de lo que se trata es de establecer su identidad con la ayuda de registros fotográficos, no es necesario el cumplimiento de las referidas exigencias (presencia del defensor y del Ministerio Público, se aclara), por no estarse frente a un reconocimiento propiamente dicho (de un imputado), sino frente a un simple acto de constatación de su identidad, y porque la intervención del defensor solo tiene sentido en la medida que exista una persona debidamente determinada, a quien representar o asistir en el curso de la diligencia. La designación de defensores 'en abstracto', ha sido dicho por la Corte, no tiene cabida en el procedimiento penal'[102].

102 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 7 de septiembre de 2006, Rad. 24578, M.P. Augusto José Ibáñez Guzmán.

De lo anterior se sigue que la prueba que la defensa reputa como ilegal, es por el contrario, una prueba lícita en la medida en que para su decreto, práctica y aducción, se observaron las formalidades legales que consagra el artículo 394 de la obra mencionada". **(Rad. 156866, 27 de febrero de 2012, M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

RECURSO DE HECHO

Presupuestos

Los presupuestos para la procedencia del recurso de hecho están contenidos en los artículos 364 y 365 del Código Penal Militar, de donde deviene que primeramente debe recurrirse en reposición el auto que denegó la concesión del recurso de apelación 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 (3) días siguientes a la fecha del auto que haya autorizado las copias y hayan sido entregadas por el a quo, al apelante.

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 su denegación, por ello, la ley prevé que al presentar el recurso de hecho ante el superior, se allegue copia del escrito de apelación el cual debe tener la nota marginal o el sello de recibido, en la que se consigne la fecha de tal actuación, 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 del recurso de alzada.

Por ello, el recurso de hecho solo deberá contener los fundamentos de hecho y derecho en los que la parte que se considere perjudicada con la denegación de la concesión del recurso, funda su pretensión, la cual solo debe estar circunscrita al trámite del recurso de apelación de la primera Instancia, ante la segunda, no a la resolución del fondo de la apelación.

La Admisión del recurso de hecho, tiene como presupuestos: a) que la apelación denegada sea procedente, vale decir, que contra el auto que se interpuso el recurso de alzada, sea susceptible de apelación; b) que el recurso de apelación haya sido presentado y sustentado dentro de los términos establecidos en la ley proce-

sal; y, c) que la reposición incoada contra el auto que denegó la apelación, haya sido presentada dentro de los términos fijados en la ley y en la forma allí prevista. **(Rad. 157109, 26 de septiembre de 2011, M.P. MY (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

RECURSO DE REPOSICIÓN

Excepciones al principio de inimpugnabilidad del auto que resuelve la reposición

"(…) en principio, contra el auto que resuelve el recurso de reposición, no hay lugar a la interposición de otros recursos, a no ser que la nueva providencia contenga otros puntos no decididos en la primera, o, que surja un interés jurídico en alguno de los demás sujetos procesales, como consecuencia de la segunda decisión.

En relación con la primera hipótesis, esto es, que la nueva providencia contenga aspectos no resueltos en la inicial, hay que tener en cuenta que 'el punto nuevo ha de referirse a determinaciones en la parte resolutiva no contenidas en la providencia anterior. Las argumentaciones adicionales que se aduzcan en la parte motiva para explicar la decisión no pueden entenderse como punto nuevo susceptible de los recursos ordinarios'[103].

La segunda excepción '…se predica de los sujetos procesales que no hicieron uso de los recursos ordinarios contra la decisión adoptada. Puede acontecer que el interés jurídico sólo surja cuando se resuelva la reposición interpuesta por las otras partes'[104].

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia, también ha dicho:

'Entendido que las providencias judiciales contienen como partes escindibles una motivación y la decisión o parte resolutiva, resulta indudable que el precepto transcrito, en relación con los proveídos que resuelven la reposición, excepcionalmente admite otros recursos respecto de los puntos nuevos, allí mismo definidos como los que 'no hayan sido decididos en la anterior'.

Por ello, la doctrina procesal, tanto en lo penal como en otras áreas del ordenamiento jurídico, siempre ha declarado pacíficamente que **la novedad de los puntos resulta de la contrastación de la parte resolutiva de las decisiones judiciales**, no de las motivaciones. (Negrilla y resaltado nuestro).

Y aunque el argumento pudiera parecer meramente literal, lo cierto es que un principio, una regla general o una razón que sirve de fundamento a la decisión, solo pueden vincular a las partes si han sido reflejados en la parte resolutiva (ratio decidendi), pues, otros argumentos expuestos en la motivación, de manera circuns-

103 BERNAL CUÉLLAR, Jaime, *El proceso penal*, 4ª edición. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 304.

104 Ibíd.

tancial, para mejor proveer o en sentido pedagógico (obiter dicta), no podrían tener igual carácter inexorable para los sujetos procesales.

Si lo nuevo pudiera apreciarse a partir de las motivaciones, el proceso sería indefinido, porque cualquier razón adicional del funcionario judicial en apoyo o refuerzo a lo decidido antes, si no se comparte por el sujeto procesal, daría lugar a cadenas interminables de recursos.

Por lo demás, de manera coherente con la idea básica de que lo nuevo solo puede entenderse en relación con la parte decisoria de la providencia judicial, el legislador ha previsto la adición de autos y sentencias siempre que se produzca una 'omisión sustancial en la parte resolutiva' (C. P. P., art. 211 y C. P. C., art. 311)'[105].

Como se aprecia, tanto la Jurisprudencia Nacional, como la doctrina interna, nos enseñan que solo, si se trata de puntos nuevos, no decididos en el auto que resuelve el recurso de reposición, habrá lugar a la interposición, contra esta, de los recursos ordinarios; aquí el legislador no se refirió a omisiones del funcionario judicial, sino a los aspectos nuevos de trascendencia jurídica". (**Rad. 156871, 25 de agosto de 2011, M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión**).

♦ ♦ ♦ ♦

REVOCATORIA DE LAS PROVIDENCIAS

Su figura no puede utilizarse para impugnar las decisiones que se encuentran formalmente ejecutoriadas.

"El recurrente ha querido regresar a estudio la providencia que resolvió la situación jurídica del procesado PT. CAR, aduciendo una causal de nulidad y por ello la revocatoria del proveído, sin embargo es necesario aclararle que esta última no puede servir para subsanar las omisiones de las partes en el proceso, esto, por cuanto la petición de revocatoria no es un medio de impugnación de las decisiones judiciales, porque para ello se consagró el mecanismo de los recursos (reposición y apelación), con base en los cuales el sujeto procesal opone su personal criterio sobre la valoración de las pruebas y la interpretación de las normas, al expuesto por el funcionario en su providencia.

Lo anterior quiere decir, que si el sujeto procesal no interpone a tiempo los recursos de reposición o apelación, no puede utilizar la revocatoria para lograr la impugnación de decisiones que formalmente quedaron ejecutoriadas, tal como así también se lo hizo saber el instructor[106] en providencia que resuelve la solicitud de la declaratoria de nulidad, pues al no interponer los recursos de Ley en su oportunidad en contra de dicho auto, quedó demostrada su conformidad con la decisión adoptada.

105 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 15825, 08 de agosto de 2000, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

106 Fl. 24O C.O. interlocutorio del 2 de marzo de 2011 mediante el cual el Juzgado 171 de Instrucción Penal Militar negó la petición de nulidad elevada por el Procurador 283 Judicial Penal I.

La única excepción al principio planteado, es cuando se ha incurrido en errores ostensibles y manifiestos o en el evento de prueba sobreviniente, que no es el caso de este proceso, pues en la primera situación, revisada la providencia[107] encuentra esta Sala que la misma ha presentado coherente reconstrucción histórica de los hechos, que se ha precisado el alcance y la credibilidad que merecen las pruebas recaudadas en la actuación, y las consecuencias jurídicas derivadas de las mismas, todo lo cual quedó en la decisión reprochada[108], resultando suficiente al tenor del artículo 523 de la Ley 522 de 1999". **(Rad. 156976, 20 de septiembre de 2011, M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

SERVICIO MILITAR

La condición de indígena como elemento objetivo del tipo

"No puede olvidar la Defensa que, en situaciones como la que hoy ocupa la atención del Tribunal, se debe ponderar los derechos colectivos de la etnia y no la persona individualmente considerada, los derechos de las comunidades indígenas se miran conjuntamente. Por ende la condición de nativo que conserve integridad cultural, social y económica no es algo que debe valorarse aisladamente, sino en el contexto específico de cada cultura y caso en particular. (…).

Pretende la defensa sustentar su argumento de atipicidad objetiva fundado en la precaria calidad del sujeto activo, bajo el entendido que, en su sentir, es un indígena que no estaba obligado al servicio militar. Sus interesantes demostraciones carecen de fundamento frente a la prueba militante que, en forma por demás clara, precisa que el procesado no era un nativo que viviera o mantuviera su núcleo social, o que en él se identificara una diversidad sociocultural que le llevase a tener una cosmovisión diferente, tampoco se probó que con la incorporación a las filas castrenses se le estaba desarraigando o rompiendo el citado patrón sociocultural. A contrario, lo obrante deja entrever que se trataba de un hombre que, si bien tenía ancestros indígenas, voluntariamente se encontraba desde tiempo atrás mitigado de tal entorno y realizaba su vida en el marco propio de evolución, compulsión y desarrollo de centros urbanos o ciudades como Medellín.

Cierto es que frente a la verificación de la condición de indígena y la obligación del servicio militar se ha de efectuar un test de ponderación, lo que llevaría a que lo primero sea lo que ha de prevalecer, pero como se ha anotado el acervo probatorio no permite concluir que estamos frente a un nativo, como acertadamente lo destacaron la Fiscalía Militar, el Juez de Conocimiento y la Procuraduría. Tal y como se viene analizando la pregunta que surge es: ¿El infante A.D. hacía parte de una cultura que conserva, ejerce, le identifica y permanece en medio cultural propio y definido, ajeno al de la vida común de ciudades o pueblos, y que por efectos del

107 Fl. 78 C.O. providencia del 23 de agosto de 2011 del Juzgado 171 de Instrucción Penal Militar mediante la cual se le resolvió la situación jurídica al Patrullero Cárdenas Alfonso Richard Noé.

108 Fls. 77 al 90 C.O. providencia del 23 de agosto de 2011 del Juzgado 171 de Instrucción Penal Militar mediante la cual se le resolvió la situación jurídica al Patrullero Cárdenas Alfonso Richard Noé.

servicio militar fue desarraigado y debe ser reintegrado? ¿Formaba parte de un medio sociocultural que posee autoridades reconocidas con las cuales se pudiera coordinar el reintegro?

Si se tiene entendido, como en efecto lo es, que únicamente los indígenas que hagan parte de grupo cultural, posea medio cultural definido y propio y tengan autoridades, como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencia C-370 de 2002, son aquellos que frente a la Ley 48/93 quedan exentos del servicio militar; se ha de afirmar que en el caso en estudio la discusión no se funda en la existencia y reconocimiento de la comunidad Chibcariwak, ello no está en tela de juicio, sino que el reparo versa en la dependencia efímera e infundada de A. a dicho grupo aborigen.

Tal y como lo señala el Juzgado de Conocimiento, de forma por demás acertada, las citas de la jurisprudencia utilizadas para soportar un argumento no deben hacerse de manera parcial, descontextualizada, o conveniente, como lo indica la Defensa. Por ello, con desapasionamiento y objetividad se ha de evocar la T-113 de 1999 de la Corte Constitucional, que determina:

'(…) ***la demostración de la condición de indígena debe darse a partir de la realidad cultural real del sujeto que pregona su pertenencia a una determinada comunidad, y de la aceptación por parte de la comunidad de tal pertenencia e identidad (…)'*** (Destaca la Sala). Postulados que no se acreditaron, esto es, la investigación sí demostró que no existen.

(…) '...estricto sentido, no se está frente a un indígena, A. no es un nativo, no ha vivido ni convive con aborígenes, consecuentemente no preserva la identidad cultural y social de la comunidad[109], a contrario, todo sugiere que nunca la ha tenido, razonablemente jamás se le ha desarraigado como consecuencia de un desplazamiento o por ingreso al servicio militar. En este entendido el punto de discusión no está basado en la relación factor territorial y conservación cultural, porque aquel nunca ha existido y esta tampoco la ha tenido' ". **(Rad. 157211, 19 de abril de 2012, M.P. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

SUSPENSIÓN Y APLAZAMIENTO DE LA PENA

Diferencias

"No obstante, hay que aclarar que una cosa es la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, y otra bien distinta su aplazamiento; por suspensión de la pena de prisión debe entenderse entonces una cesación de la confinación intramural del condenado, es decir, 'una sustracción al rigor de la cárcel'[110], de lo cual se sigue, por lógica,

109 Ver Corte Constitucional, sentencia C-058 de 1994. Refiere que el criterio material para aplicar dicha excepción al servicio militar, es ante todo, ser indígena y vivir con indígenas y como indígenas, esto es, hacer parte de la comunidad y preservarla. No se protege al indígena individualmente considerado sino al indígena en un contexto territorial y de identidad determinado, por lo que la protección es para la comunidad étnica, que el indígena continúe perpetuando su identidad y especie.

110 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 11539, 2 de abril de 1998, M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar.

como una condición para su operancia, que el sentenciado esté privado de su libertad[111] y que como consecuencia del advenimiento de una cualquiera de las causales previstas en el canon 535 del C.P.M., el juez ejecutor de la pena, pueda considerar, por razones de humanidad, la aplicación de dicha medida, que trae como una consecuencia jurídica, solución de continuidad en el cumplimiento de la pena impuesta.

Contrariamente, por aplazamiento de la ejecución de la pena se debe entender un diferimiento, prórroga o retardo en la ejecución de la pena[112], de cuya comprensión se desprende indefectiblemente que el sentenciado aún no ha empezado a purgar la sanción penal, y que se encuentra en libertad; razón por la cual, cuando se concede este beneficio, no se puede entender que hay solución de continuidad, por la sencilla razón que el sentenciado aún no ha empezado a purgar su pena y se encuentra en libertad.

Cosa distinta acontece con el instituto de la suspensión, en la cual, como ya se anotó, la persona ciertamente se encuentra privada de su libertad en un centro destinado para tal fin y en tal condición se mantendrá, pero ya no en un penal, sino en su lugar de residencia, clínica u hospital, lugar de trabajo o en el de estudio, bajo unas determinadas condiciones, como son: '…permanecer en el lugar o lugares indicados, que no podrá cambiar sin previa autorización y a presentarse al juzgado cuando fuere requerido'[113], que son garantizadas mediante caución; obligaciones que son similares a las que se adquiere cuando se otorga el beneficio de la condena de ejecución condicional de la pena". **(Rad. 149106, 7 de octubre de 2011, M.P. MY. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

VIGENCIA DE LA LEY 1407 DE 2010

Su publicación, vigencia y aplicación

"Examinado en su contexto el contenido de la Ley 1407 de 2010 (nuevo Código Penal Militar), se infiere que el legislador moduló su entrada en vigencia en tres momentos bien definidos: el primero, a partir de la publicación de la ley[114], para efectos de los ajustes en la planta de personal con miras a la implementación del sistema oral; el segundo, tendiente a armonizar la entrada en vigencia del procedimiento penal oral acusatorio y para ello, condicionó sus efectos jurídicos al establecimiento de un plan de implementación, que debe ocurrir dentro del año siguiente a la fecha de la publicación de la ley, acorde al marco fiscal del sector defensa[115]; y

111 Op. cit.

112 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 18017, 25 de enero de 2001, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

113 Inciso del artículo 535 de la Ley 522 de 1999

114 Ley 1407 de 2010: Régimen de transición. Artículo 625. Ajustes en planta de personal. El Gobierno Nacional para garantizar el funcionamiento del nuevo sistema ajustará la planta de personal con los funcionarios y empleados que actualmente se encuentran vinculados a la Justicia Penal Militar y los que se requieran para su implementación.
Artículo 628. Derogatoria y vigencia. Parágrafo. El artículo 625 de la presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación.

115 Artículo 627. El Ministerio de Defensa Nacional en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a más tardar dentro del año siguiente de la promulgación de la presente ley establecerá un plan de implementación del Sistema Acusatorio en la justicia penal militar acorde con el Marco Fiscal de mediano plazo del Sector Defensa y el Marco de Gasto de mediano plazo del mismo sector.

el tercero, fijando que partir del 1º de enero de 2010[116], todos los delitos cometidos con posterioridad a esta fecha, deben sujetarse a la nueva normatividad.

No obstante este último momento de vigencia, la Corte Constitucional mediante sentencia C-444 del 25 de mayo de 2011[117], declaró inexequible la expresión 'al 1º de enero de 2010', contenida en el artículo 628, entendiendo que ella era violatoria del principio de legalidad que establece por regla general que la ley penal rige hacia el futuro, conforme a las previsiones del artículo 29 de la Constitución Política[118]. De esta forma la discusión propuesta por los apelantes en torno de la decisión de la Juez a quo, ha quedado debidamente solventada, pues como bien se lee en el comunicado de la Corte, una ley no puede producir efectos jurídicos con anterioridad a su promulgación y publicación, por ello, no se puede condicionar su vigencia a una fecha anterior; análisis que de por cierto hubiera sido suficiente para razonar en torno de la inaplicabilidad de la citada norma, utilizando la figura del artículo 4º de la Carta Política sobre la excepción de inconstitucionalidad, tal como con acierto jurídico lo propusieron los apelantes.

A partir entonces de su declaratoria de inexequibilidad, se debe entender que la Ley 1407 de 2010 rige para todos los delitos cometidos con posterioridad al 17 de agosto de 2010, como así lo especificó la Corte, al momento de modular los efectos de su decisión.

Ello, limitado exclusivamente a la Primera Parte del Código, que consagra la parte general y especial del derecho penal militar sustantivo, en cuanto debe entenderse que la Segunda Parte referida al procedimiento penal militar, está condicionada a la ejecución del plan de implementación que debe ser propuesto por el Gobierno Nacional, conforme así lo disponen los artículos 623 y 627 de la Ley 1407 de 2010, que se presupone debe serlo en forma sucesiva o gradual, conforme se desprende del citado artículo 623. Es decir, que en su parte procedimental, la Ley 1407 de 2010 entrará en vigor y solo podrá ser aplicada a partir del momento en que se ordene su implementación, lo cual debe ocurrir una vez el Congreso de la República expida la ley que regule el estatuto orgánico de la Fiscalía General Penal Militar y la organización administrativa del Cuerpo Técnico de Investigación, como así lo disponen los artículos 274 y 363 del nuevo Código Penal Militar. Mientras ello no ocurra, los procesos deben ser tramitados bajo el procedimiento señalado en la Ley 522 de 1999, advirtiéndose que los hechos punibles que hayan tenido ocurrencia a partir del 17 de agosto de 2010, deben adecuarse a los tipos penales previstos en la nueva normatividad.

Adicionalmente debe quedar claro que para la implementación del nuevo sistema procesal penal, el legislador otorgó facultades al Gobierno Nacional, para que conforme a unos estudios previos, diseñe el 'Plan de Implementación', el cual debe

116 Artículo 628. Derogatoria y vigencia. La presente ley regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2010, conforme al régimen de implementación. Los procesos en curso continuarán su trámite por la Ley 522 de 1999 y las normas que lo modifiquen.

117 M.P. Juan Carlos Henao Pérez. El texto de la sentencia no se conoce aún, salvo lo publicado en el Boletín No. 23 del 25 y 26 de mayo de 2011, de la Corte Constitucional.

118 Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.
En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

ser presentado dentro del año siguiente a la vigencia de la ley, lo que no significa que la parte procesal deba entrar en vigencia dentro de este plazo, pues es claro que el año a que hace referencia la ley es para la presentación del plan, dentro del cual deben estar previstas las fechas a partir de las cuales debe empezarse a aplicar el nuevo procedimiento penal militar.

En el caso concreto y como los hechos fueron consumados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2010, es claro que el procedimiento que se estaba adelantando era el preexistente fijado en la Ley 522 de 1999 y por tanto la nulidad decretada carece de asidero jurídico, conforme en forma acertada lo argumentaron los apelantes y el Ministerio Público ante esta instancia. Por tal razón, el auto apelado será revocado y en su lugar se dispondrá que el proceso continúe su curso legal, dentro del cual el Juez de conocimiento deberá evaluar el criterio propuesto por el Ministerio Público, respecto de la posible existencia de un concurso con el delito de desobediencia". **(Rad. 156898, 26 de julio de 2011, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

VIGENCIA LEY 522 DE 1999 VS. LEY 1407 DE 2010

Parte sustantiva de la Ley 522 fue derogada por la Ley 1407.

"Pero desde otro punto de vista, también debe afirmarse que la Ley 1407 de 2010 derogó tácitamente la Ley 522 de 1999 en materia sustantiva, esto es, los libros I y II, titulados 'Parte general' y 'Parte especial de los delitos', pues la primera reguló íntegramente esta materia, siendo obligado considerar que en la legislación penal no podría, con base en el principio de legalidad, –o en el de carácter formal o legal del criterio de definición de la desviación, y empírico o fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas–[119], si se trata de los tipos penales, que puedan coexistir ambas regulaciones en virtud a los principios de legalidad y la función garantizadora que cumplen los tipos penales. En otros términos, al destinatario de la ley penal, el legislador está obligado a ofrecerle solo un compendio de normas en esta materia en virtud al principio de publicidad, para que posteriormente ante la hipótesis de existencia de proceso penal en su contra, pueda atender el derecho de defensa y el de contradicción. El mismo argumento puede predicarse respecto a la 'Parte General', pues se trata de normas sustanciales vinculadas directamente a las conductas punibles, como las reglas fundamentales, la categoría de la conducta punible, la participación en el delito, las penas y su alcance, subrogados penales, causales de ausencia de responsabilidad y forma de extinción de la pena, entre otros.

Es que por otro lado, si el catálogo de conductas punibles encontró vigencia a partir del 17 de agosto 2010, significa que los nuevos hechos circunstanciados cometidos a partir de tal fecha, tienen como referente la Ley 1407 de 2010, cuya aplicación es obligatoria, excepto en lo relativo al nuevo sistema procesal penal –también vigente, se insiste–. Por ello mismo, con base en el principio de legali-

119 *Derecho y razón*, Luigi Ferrajoli, pág. 34.

dad, las hipótesis de delitos cometidas antes el 17 de agosto de 2010 deben ser evaluadas conforme a la norma vigente en ese momento, es decir, la Ley 522 de 1999, excepto las excepciones en razón de la ultractividad y retroactividad, frente al principio de favorabilidad.

En conclusión, la Ley 1407 de 2010 derogó tácitamente los libros I y II de la Ley 522 de 1999, mientras que en su aplicación, el nuevo proceso penal militar está condicionado a la implementación gradual y sucesiva que debe disponerse por el Gobierno Nacional, siempre que se cumplan las previsiones del artículo 624 ibídem; tanto es así que inicialmente en el Decreto 2960 del 17 de agosto de 2011 se dispuso su vigencia a partir del 1º de enero de 2012, que fue modificado por el Decreto 4977 del 31 de diciembre de 2011, en el que se consignó que la implementación es gradual a partir del 01 de enero de 2013". **(Rad. 157322, 14 de junio de 2012, M.P. CN (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

VIOLACIÓN DEBIDO PROCESO

Falta notificación parte civil.

Sea lo primero señalar que la Notificación es un acto reglado, sujeto a unos cánones procesales que condicionan su validez, puesto que con ellas se dan a conocer las decisiones judiciales a los sujetos procesales preservando su interés jurídico en la intervención en la actuación, por lo que su desconocimiento afecta el desarrollo y ritualidad propia del proceso, y de contera conculca el derecho Fundamental del Debido Proceso. (…).

Y es que a la Parte Civil se le reconoce desde el mismo instante en que se Admite la constitución de Parte Civil dentro del proceso penal, sin necesidad de la ejecutoria del acto procesal que así lo declare, momento desde el cual puede intervenir procesalmente con la plenitud de sus atribuciones, puesto que ello consulta lo dispuesto en la Constitución Política de Colombia de 1991, que contempla la prevalencia del derecho Sustancial y la observancia de las Garantías y Derechos que les asiste a las partes que intervienen en los procesos judiciales, implicando materialmente un reconocimiento a la efectividad de los derechos y facultades que le corresponden a la Parte Civil como sujeto procesal, y una desestimación de la prevalencia de las formas como metodología para la aplicación del derecho. (…).

Nótese que es evidente la afectación cierta del derecho al Debido Proceso que se causó con la omisión de la notificación a la Parte Civil de las precitadas decisiones emitidas en la etapa de Calificación por la Fiscalía 16 Penal Militar ante el Juzgado Militar Tercero de Brigada, ya que se encuentra plenamente demostrada que esta irregularidad sustancial en el procedimiento a seguir dentro de la línea procesal, afectó las garantías de este sujeto procesal, desconociendo bases fundamentales del juzgamiento. **(Rad. 157271, 25 de mayo de 2012, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).**