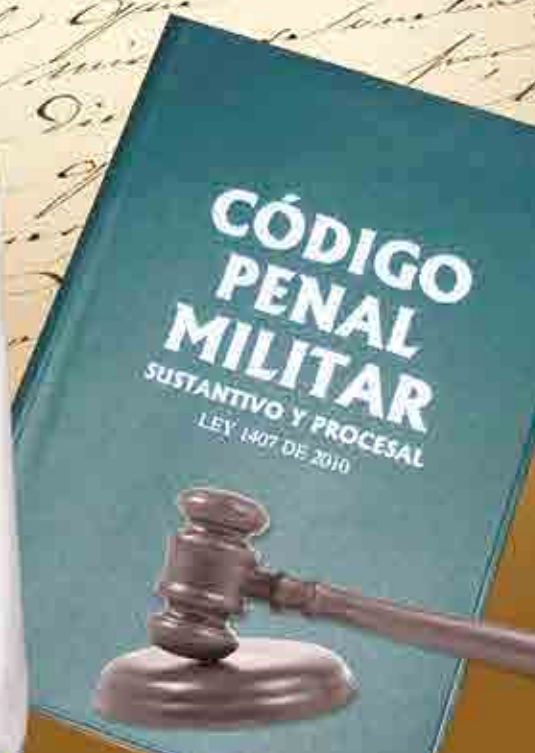


Revista Judicial Tribunal Superior Militar

Edición No. 007 Noviembre 2013

Compilación jurisprudencia
Incluye CD con sentencias





“Una cualidad de la Justicia es hacerla pronto y sin dilaciones; hacerla esperar es injusticia”

Jean de la Bruyere



Justicia Penal Militar

CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA

Presidente Tribunal Superior Militar

CR. 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

CR. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA

CR. 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

Ley 1407 de 2010, Código Penal Militar, vigente y aplicable Hacia la unificación de criterios

Hoy, cuando nos encontramos frente a una nueva arquitectura normativa que impacta el proceso penal ordinario y militar en Colombia como consecuencia del Acto Legislativo 02 de 2012, la Ley Estatutaria y ordinaria que lo desarrollaba, pero que fuera declarada inexecutable por vicios de forma como por efectos de la sentencia C-740-2013, resulta oportuno reiterar que el nuevo Código Penal Militar es expresión de una contemporánea visión de lo que ha de ser el derecho penal militar, consecuente con la política criminal en un Estado Social de Derecho; sin duda, este estatuto es resultado de una coherente visión de la evolución dogmática sobre la teoría del delito, apunta a la prevalencia de contenidos que han de ser especialmente concebidos desde la perspectiva ética, política y epistemológica; lo que resulta igualmente afín al constitucionalismo moderno y que permite concebir la constitucionalización del derecho penal militar colombiano, al atender postulados superiores como el catálogo de derechos fundamentales, garantías, deberes, atención al principio de dignidad, como reza el artículo 6º, la vigencia y prevalencia por el respeto a los Derechos Humanos y la aplicación del Derecho Internacional Humanitario. La ley penal militar orienta la pena, su necesidad y consecuencias, estructura un nuevo concepto de injusto, sobre el que se diseña toda esa arquitectura de imputación y respecto del cual el solo nexo causal no es presupuesto de imputación sino que se requiere además el vínculo normativo, esto es, se supera el rezago en que nos dejó sumidos la Ley 522 de 1999, y se remozan instituciones dispuestas en la parte general y procesal.

Nuestra visión de estar frente a una ley de tamiz posfinalista normativa y que dispone un sistema acusatorio, es apenas una parte de los cambios estructurales



que se han venido haciendo a la Justicia Penal Militar, los que no se modifican por la declaratoria de inexequibilidad del Acto Legislativo 02 que entró en vigencia el 27 de diciembre de 2012, ni por la recientemente propuesta radicada como ley ordinaria que reestructura la jurisdicción especializada y policial; estas reformas demandan funcionarios probos, estudiosos, que comprendan qué es, en su justa dimensión, realmente el acto del servicio por qué se dispone a la justicia militar el conocimiento de conductas típicamente militares, delitos comunes y normas que los modifiquen; por qué se consagró en la Carta Política que las infracciones al Derecho Internacional Humanitario son de competencia exclusiva de la justicia militar, salvo siete delitos, sin duda hay que conocerlas y comprenderlas, saberlas aplicar. Insistimos, no basta con la expedición de la normativa, incluso de su discernimiento, se requiere que la mentalidad de nuestro funcionario se altere para enfrentar el cambio, para fortalecer el criterio, el estudio y compromiso, solo así cumpliremos el cometido de pronta y efectiva justicia.

Pero a pesar de este proceso de cambio, de reestructuración y fortalecimiento de la Justicia Penal Militar, que sugiere evocar el 13 de agosto de 2000 cuando entró en vigencia la Ley 522 de 1999, el 26 de julio de 2006 la Ley 1058 y el 17 de agosto de 2010 al entrar en vigencia y aplicación la nueva codificación penal militar, dispuesta en la Ley 1407, y el Acto Legislativo 02 del 27 de diciembre de 2012, se advierte la desatención a este proceso de cambio, así como el desdén con que actúa algún sector de la primera instancia frente al precedente que ha venido construyendo la Corporación desde el 17 de agosto de 2010, razón por la cual una vez más nos vemos obligados a exhortarlos para que se atienda lo que significa la vigencia y aplicación de una ley integrada¹, como es la 1407 de 2010, por medio de la cual se expidió el Código Penal Militar, normativa vigente y que en consecuencia produce sus efectos jurídicos desde dicha calenda; como lo señaló la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-444 del 25 de mayo de 2011, mediante la cual indicó: *“En el presente caso la modulación de los efectos de la presente providencia debe construirse teniendo como norte la supremacía material de la Constitución y el efecto útil del derecho, de manera que no se afecte el caro derecho a la libertad o el derecho al debido proceso de las personas, más cuando se percibe que la intención del legislador no era otra que una aplicación posterior a la vigencia de esta. 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”*. (Destacado nuestro). Por

¹ El Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010, consta de dos libros que están conformados de dos partes, en la primera se ubica la parte general que va de los artículos 1° al 92, parte especial que se dispone desde el artículo 93 al 171 y una segunda parte que corresponde a los artículos 172 al 628. Esto es, históricamente la legislación penal militar se ha dispuesto en una sola ley la parte general especial y procesal. Debemos advertir que se efectúan algunos comentarios válidos del Acto Legislativo 02 de 27 de diciembre de 2012 vigente al momento de la selección de la Revista, pero dejando este legado a la historia, sobre lo que se proponía.

ende, la Corte dispuso que la declaratoria de la expresión “*al 1º de enero de 2010*” contenida en el artículo 628 de la Ley 1407 de 2010, era inexequible, y **EXEQUIBLE** el resto del artículo bajo el entendido de que la ley regirá a partir del 17 de agosto de 2010.

En atención a lo anterior, obsérvese cómo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior Militar se han venido pronunciando en reiteradas oportunidades respecto a que la Ley 1407 de 2010 está totalmente vigente y es aplicable para hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigor, esto es, a partir del 17 de agosto de la referida anualidad; lo que condicionó el Legislador al régimen de implementación sucesivo fue esa segunda parte de la norma o segmento procesal, no así la parte general ni especial, pero dejando en claro que cánones adjetivos de contenido sustancial también tienen aplicación inmediata y en consecuencia no están sujetos a un régimen de estructuración. Como lo hemos señalado, no puede confundirse vigencia con implementación, reiterando que la vigencia condiciona la implementación y no, al contrario.

Es importante recordar que, conforme a sus artículos 7º y 177, los delitos cometidos y las penas por imponer a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el servicio, son los previstos en dicha codificación y no otra. Resulta oportuno recordar que en nuestro entendimiento no puede desatenderse, bajo ninguna circunstancia, el principio de legalidad ya referido y establecido en el artículo 7 ídem, lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia C-444 de 2011, que dejó claramente determinado que la Ley 1407 se encontraba vigente y aplicable “para todos sus efectos” a partir del 17 de agosto de 2010. Postulado que reitera la Honorable Corte Suprema de Justicia en pronunciamientos 40655 y 41647 del 28 de agosto de 2013, donde enseñó que el principio general es que las leyes rigen hacia el futuro, luego existe expresa prohibición de la extraactividad de la norma, como de la retroactividad, salvo los fenómenos de favorabilidad donde operan expresiones como esta última y la ultractividad en eventos de tránsito legislativo, o de coexistencia, pero siempre sin desatender la fecha en que ocurran los hechos; así, al entrar en vigencia la Ley 1407, aquel 17 de agosto de 2010, no estamos frente a un conflicto de normas, pues la Ley 522 de 1999 ya no tiene aplicación a partir de la precitada data, sino la Ley 1407 en su integridad. Bajo tal entendido, no estamos frente a un problema de tránsito legislativo entre la 522 de 1999 y la 1407 de 2010 ni de conflicto de leyes, por lo que al estar frente a sucesos acaecidos desde el 17 de agosto de 2010, como acontece en este caso, la única ley aplicable es la 1407.

No puede desatenderse que al no estar implementado el sistema oral acusatorio, dispuesto en la Ley 1407 de 2010, esto no significa que no esté vigente, por ello es que, reiteramos, no puede confundirse vigencia con implementación. El hecho de no haberse organizado dicho sistema, por no estar estructurada la Fiscalía Militar creada en el canon 274, y el Cuerpo Técnico de Investigación igualmente previsto en el artículo 363, es lo que, al concebir que la justicia es un servicio público esencial que no puede ser paralizado, menos aún generar impunidad, nos ha llevado a aplicar solo el procedimiento consagrado en la Ley 522 de 1999 a hechos ocurridos con posterioridad al 17 de agosto de 2010, mientras se estructura el sistema.



En este particular escenario aparecía en el panorama jurídico del país el **Acto Legislativo 02 de 2012** que modificaba nuestra Constitución Política en los artículos 116, 152 y 221, sobre los cuales nos referiremos a pesar del pronunciamiento de la corte, en razón a que está en proceso un recurso de nulidad y además por el referente legislativo que será, y que busca delimitar la competencia de la justicia militar y la ordinaria, incorporar el concepto de justicia penal policial, precisar el juez natural, los delitos de conocimiento y cuáles no son de esta Justicia Penal Militar o Policial, crear un Tribunal de Garantías Penales, una Comisión Técnica de Coordinación; establecer los principios de autonomía e independencia de la justicia especializada, entre otros aspectos. Así, dicho acto legislativo mantuvo incólume el alcance y límites del fuero; dispuso que los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, salvo los siete injustos excepcionados, son de conocimiento exclusivo de la Justicia Penal Militar. En estos términos se refirió la Constitución: *“De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro. En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales”*.

Igualmente, el Acto Legislativo 02 de 2012 disponía que cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con el conflicto armado, sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario, una ley estatutaria especificará sus reglas de interpretación y aplicación, y determinará la forma de armonizar el derecho penal con el Derecho Internacional Humanitario, por lo que resulta imperioso afirmar que a partir del 27 de diciembre de 2012 el aparte del artículo 3º del Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010–, que establecía que la Justicia Penal Militar no conocía de los delitos contra el DIH, quedó derogado. Es importante señalar que se ha de armonizar las estructuras de imputación del derecho penal con aquellas del derecho internacional penal en las etapas de investigación, calificación y juzgamiento; y, en segundo lugar, se busca concertar estructuras de imputación con los deberes y permisiones que establece el Derecho Internacional Humanitario, así como con la realidad de las operaciones militares.

Comporta lo anterior, particularmente, precisar que independientemente del efecto de la sentencia C-740-13 por mandato de los artículos 93 y 94 superior, las estructuras de imputación, de responsabilidad o de ausencia de la misma se mantienen respecto a la posición de garante del militar o policía, la responsabilidad que del superior militar o policial por las conductas de los subordinados; lo que significa que las estructuras jerárquicas ilegales en punto de fenómenos de autoría, participación o autoría mediata; deben ser valoradas, igualmente, lo atinente a la ausencia de responsabilidad y sus reglas de interpretación exigen el estudio de armonización que se postula, así mismo se debe analizar la ausencia de responsa-

bilidad por error, por cumplimiento de órdenes superiores frente a fenómenos de disposiciones que no son manifiestamente ilícitas, la legítima defensa en situación de hostilidades y la ausencia de responsabilidad por conductas ejecutadas por la Fuerza Pública respetuosas del Derecho Internacional Humanitario, lo que en últimas conllevaría fenómenos de atipicidad.

Se establecía que el Tribunal de Garantías Penales con competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción penal, ejercerá las siguientes funciones: de manera preferente, servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública, para verificar el respeto o afectación a sus derechos fundamentales, ejercer control formal y material a la acusación penal contra miembros de la Fuerza Pública, y de manera permanente, dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar. El Tribunal de Garantías estará integrado por ocho (8) Magistrados, cuatro (4) de los cuales serán miembros de la Fuerza Pública en retiro. Lo que sin vacilación permite que esa composición mixta brinde el conocimiento de materias tan especiales y que en últimas apunte hacia una pronta, efectiva y cumplida justicia.

Concibió el Acto Legislativo 02 de 2012 que si en desarrollo de una acción, operación o procedimiento de la Fuerza Pública *“ocurre alguna conducta que pueda ser punible y exista duda sobre la competencia de la Justicia Penal Militar, excepcionalmente podrá intervenir una comisión técnica de coordinación integrada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la jurisdicción penal ordinaria, apoyada por sus respectivos órganos de policía judicial”*, para establecer de manera oportuna cuándo una conducta típica ha de ser conocida por aquella o esta, dejando su diseño, composición y funcionamiento a una ley estatutaria, comisión que no emite decisión jurisdiccional vinculante sino que expone un concepto, que no conspire contra los principios de legalidad y culpabilidad. Instituyó igualmente, la citada reforma constitucional, que la ley ordinaria podrá crear juzgados y tribunales penales policiales, y adoptar un Código Penal Policial. Así mismo, que la ley estatutaria desarrollará las garantías de autonomía e imparcialidad de la Justicia Penal Militar y que además, una ley ordinaria regulará la estructura y un sistema de carrera propio e independiente del mando institucional.

Como se puede advertir, toda esta normativa de diferente nivel apunta al fortalecimiento y eficacia de la administración de justicia especializada, como es la penal militar y policial, que propende a través de sus decisiones judiciales alcanzar la efectividad, brindarles a la Fuerza Pública y a la sociedad, un sistema de administración de justicia fortalecido, consecuente con las necesidades y realidades sociales del momento, garantista, célere, efectivo y creíble. Nada de esto se alcanza si no contamos con funcionarios probos y comprometidos con el cambio. Citamos de forma, por demás sucinta, los efectos que generaría esta normativa, con la esperanza de que en un futuro cercano sea norma superior y ley de la República para el bien de la administración de la justicia en Colombia.

Coronel Camilo Andrés Suárez Aldana
Presidente



■ ÍNDICE GENERAL

ABANDONO DE LA DEFENSA

No se determina indefectiblemente por la ausencia de actos positivos.

Rad. 157551, 15 de febrero de 2013.

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión,

Salvamento de voto CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ..... 18

ABANDONO DEL PUESTO

Diferencias entre el vocablo “servicio” que es el género y la expresión “facción” que es una parte puntual del ejercicio directo de la actividad encomendada.

Rad. 157483, 12 de octubre de 2012.

M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 20

ABANDONO DEL SERVICIO

Alcance del ingrediente normativo “El acto de presentación ante el Superior”.

Rad. 157560, 15 de mayo de 2013.

M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión 21

ABANDONO DEL SERVICIO

La legalidad de la orden como ingrediente normativo del tipo.

Rad. 157497, 20 de mayo de 2013.

M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 22

ABANDONO DEL SERVICIO DE SOLDADOS VOLUNTARIOS O PROFESIONALES

Disponibilidad en campaña.

Rad. 157212, 29 de octubre de 2012.

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

ACCIÓN DE REVISIÓN

Competencia del Tribunal Superior Militar. Causales de la demanda. Ejecutoria de las providencias.

Rad. 157534, 12 de diciembre de 2012.

M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión..... 25

ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PENAS DE DIFERENTES JURISDICCIONES

No es posible su aplicación, la acumulación solo procede para los delitos de competencia de cada jurisdicción.

Rad. 115540, 3 de agosto de 2012.

M.P. CR. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 26

ANTI JURIDICIDAD MATERIAL

No se requiere de un resultado material, solamente que ponga en peligro el bien jurídico.

Rad. 157132, 15 de febrero de 2013.

M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión 27

ATAQUE AL INFERIOR

Mando: Finalidad en la conducción de los elementos logísticos y de apoyo de servicios para el combate del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Rad. 156268, 22 de marzo de 2013.

M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión 28

AUTO INHIBITORIO

Carácter excepcional de la medida – obligación de acreditar con certeza las hipótesis que dan lugar al finiquito.

Rad. 157366, 23 de julio de 2012.

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión 29

CADENA DE CUSTODIA

Debe aplicarse en los procesos penales militares.

Rad. 156321, 28 de febrero de 2013.

M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión 29

CAPTURA

Control de legalidad.

Rad. 153735, 31 de julio de 2012.

M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 30

CENTINELA

Las funciones de vigilancia y seguridad pueden hacerlo sujeto del delito de peculado culposo.

Rad. 156547, 04 de febrero de 2013.

M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión 32

CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO

La cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal resulta nugatoria cuando se encuentra en firme la cesación de procedimiento por una causal de ausencia de responsabilidad.

Rad. 157488, 18 de octubre de 2012.

M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ 34

CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO

Para su proferimiento es necesaria la demostración plena de las causales invocadas en el art. 34 de la Ley 522 de 1999.

Rad. 157464, 20 de noviembre de 2012.

M.P. CR. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 34

CITACIONES JUDICIALES

Libertad de medios para su concreción.

Rad. 157482, 16 de octubre de 2012.

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión,

Salvamento de voto, CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ 35

CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL Y LIBERTAD CONDICIONAL

Diferencias, se violenta cuando en una misma actuación se tramite simultáneamente una indagación e investigación formal.

Rad. 156797, 14 de enero de 2013.

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión 35



DEBIDO PROCESO

Se violenta cuando en una misma actuación se tramita simultáneamente una indagación preliminar y una investigación formal.

Rad. 157525, 4 de febrero de 2013.

M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión 37

DELITO CULPOSO

Precisión de la infracción al deber objetivo de cuidado frente a las normas que regulan la actividad y la gobiernan. Armas de fuego.

Rad. 157169, 31 de enero de 2013.

M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 38

DELITOS CONTRA EL SERVICIO

Las funciones asignadas al militar o policial contribuyen a diferenciar el punible del centinela del de abandono del puesto.

Rad. 157412, 30 de noviembre de 2012.

M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 39

DELITOS CULPOSOS

Del homicidio y de las lesiones personales frente a la coautoría en esta categoría de delitos.

Rad. 154799, 06 de agosto de 2012.

M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión 41

DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

Existencia de fallas administrativas en la incorporación al servicio militar.

Rad. 157563, 22 de marzo de 2013.

M.P. CR. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 43

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Bloque de constitucionalidad. Principios y reglas aplicables a casos de conflictos sin carácter internacional.

Rad. 157498, 26 de junio de 2013.

M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión 44

DESERCIÓN

Prescripción de la acción penal.

Rad. 157475, 19 de noviembre de 2012.

M.P. CR. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión 46

DESERCIÓN

Rebaja de pena. Improcedencia del cincuenta por ciento en Ley 1058 de 2006. La sala cuarta recoge criterio, la rebaja que procede es de la sexta parte conforme al artículo 508 de la Ley 1407 de 2010.

Rad. 157717 de 30 de septiembre de 2013.

M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión 46

DESISTIMIENTO PROBATORIO

Por quien peticionó su práctica no afecta las garantías procesales.

Rad. 157343, 28 de enero de 2013.

M. P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión 48

DESOBEDIENCIA

La orden de asistir a una formación de rutina no es de las que interesa al tipo penal de desobediencia.

Rad. 157545, 14 de febrero de 2013.

M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión49

DETENCIÓN PREVENTIVA

Con la expedición de la Ley 1407 de 2010, no puede interpretarse que ha quedado derogada la suspensión en el ejercicio de las funciones y atribuciones para materializar la detención preventiva.

Rad. 157429, 07 de marzo de 2013.

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

Salvamento de voto CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ50

DIFERENCIA ENTRE DESOBEDIENCIA Y ABANDONO DEL PUESTO

Precisión dogmática.

Rad. 157529, 07 de diciembre de 2012.

M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión51

DOSIFICACIÓN PUNITIVA EN EL PECULADO POR APROPIACIÓN

Reintegro de lo apropiado.

Rad. 157373, 20 de marzo de 2013.

M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión53

ESTUDIO DEL TIPO PENAL HURTO DE ARMAS Y BIENES DE DEFENSA

Diferencia con el delito de fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos.

Rad. 157460, 18 de septiembre de 2012.

M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión55

FACCIÓN

Realización de una actividad o tarea concreta. Puesto: No es solo el espacio físico asignado como facción, sino el ejercicio de la labor orientada a cumplir con la facción.

Rad. 157145, 30 de noviembre de 2012.

M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión57

FUERO CARCELARIO

Objetivo y alcance de la norma de garantía.

Rad. 157530, 13 de diciembre de 2012.

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.

Aclaración de voto del Magistrado CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ58

FUERO MILITAR

Alcance de la relación con el servicio en los delitos militares.

Rad. 157236, 13 de julio de 2012.

M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión60

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

Requisitos para su configuración.

Rad. 156270, 26 de febrero de 2013.

M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión62



HURTO SIMPLE

Bienes de seguridad del Estado y armas de uso civil.

Rad. 157363, 28 de noviembre de 2012.

M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....64

IMPEDIMENTO

Amistad íntima entre la funcionaria judicial y la denunciante.

Rad. 157425, 13 de agosto de 2012.

M.P. CR. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión.....64

IMPEDIMENTO

No está impedido el Juez Instructor contra quien se adelante una indagación preliminar como consecuencia de denuncia del procesado.

Rad. 157607, 14 de marzo de 2013.

M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión65

IMPEDIMENTOS

Principio de taxatividad que los rige, impide la aplicación analógica de sus hipótesis.

Rad. 157523, 28 de noviembre de 2012.

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....66

INDAGACIÓN PRELIMINAR

Fines.

Rad. 157364, 30 de octubre de 2012.

M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....67

INDUCCIÓN AL SUICIDIO

Es eminentemente doloso.

Rad. 157423, 24 de octubre de 2012.

M.P. TC. (r) JACQUELINE RUBIO BARRERA. Cuarta Sala de Decisión.....67

INSUBORDINACIÓN Y ABANDONO DEL PUESTO

La falta de investigación integral solo se afecta cuando se dejan de practicar pruebas de trascendencia que favorecen al procesado.

Rad. 152013, 28 de septiembre de 2012.

M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....69

LA DISCIPLINA

Bien jurídico que protege el punible de amenazas.

Rad. 157452, 31 de mayo de 2013.

M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión.....69

LAS ACTIVIDADES DE INTELIGENCIA

Las actividades de inteligencia militar son lícitas cuando se actúa para los fines constitucionales que justifican la existencia de la Fuerza Pública.

Rad. 157383, 31 de julio de 2012.

M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión.....73

LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR

En el proceso penal de la Ley 522 de 1999 los denunciante (víctima-perjudicado) no están legitimados para impugnar el auto que resuelve la situación jurídica provisional a menos que se hayan constituido en parte civil.

Rad. 157969, 21 de febrero de 2013.

M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión 74

LESIONES PERSONALES

Diferencia entre mecanismo contundente y biodinámico – No imposición de penas accesorias en aplicación del artículo 51 de la Ley 1407 de 2010 por favorabilidad.

Rad. 157044, 08 de agosto de 2012.

M.P. TC. (r) JACQUELINE RUBIO BARRERA. Cuarta Sala de Decisión..... 75

LIBERTAD PROBATORIA

Frente a la convicción sobre los elementos constitutivos del hecho punible.

Rad. 157390, 04 de julio de 2012.

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.

Salvamento de voto CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ..... 77

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Diferencias entre revocatoria y sustitución de la medida de aseguramiento.

Rad. 157477, 05 de octubre de 2012.

M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 81

NULIDAD

Carga procesal de quien la alega.

Rad. 157343, 28 de enero de 2013.

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión..... 83

NULIDAD

La falta de precisión de los cargos en el acto de vinculación del sindicado, generan nulidad.

Rad. 156764, 31 de agosto de 2012.

M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión 83

NULIDAD

Su declaratoria no afecta los recursos presentados.

Rad. 153320, 29 de octubre de 2012.

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión..... 84

NULIDAD

Variación de la calificación jurídica en el juicio no procede.

Rad. 157328, 25 de noviembre de 2012.

M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión..... 85

NULIDAD DEL SENTIDO DEL FALLO

Es viable la variación del sentido del fallo para el procedimiento especial consagrado en la Ley 1058 de 2006, ya que el Juez puede volver a revisar y valorar la prueba, antes de proferir la sentencia.

Rad. 157267, 25 de junio de 2013.

M.P. MY. (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión 85



NULIDAD – DERECHO DE DEFENSA Y DEBIDO PROCESO

La ausencia de motivación de la resolución de situación jurídica genera nulidad.

Rad. 157634, 10 de mayo de 2013.

M.P. CR. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión87

NULIDAD DE LA SENTENCIA

La carencia de sustentación por falta de valoración y análisis de las pruebas.

Rad. 157508, 25 de abril de 2013.

M.P. CN. (R) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión87

NULIDAD POR INDEBIDA CALIFICACIÓN ENTRE ABANDONO DEL PUESTO Y DELITO DEL CENTINELA.

Rad. 157565, 22 de mayo de 2013.

M.P. CR. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión88

NULIDAD POR INDEBIDA CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA

Cuando se tiene el conocimiento y la intención de causar el resultado, la conducta debe ser calificada bajo la modalidad dolosa y no culposa.

Rad. 155221, 28 de febrero de 2013.

M.P. CR. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión89

PARTE CIVIL EN EL PROCESO PENAL MILITAR DE LA LEY 522 DE 1999

Para su reconocimiento es necesario que medie un poder, una demanda y un auto que la admita.

Rad. 157429, 07 de marzo de 2013.

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

Salvamento de voto CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ.....90

PECULADO CULPOSO

Concepto y alcance de la vulneración del bien jurídico.

Rad. 157217, 28 de septiembre de 2012.

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....91

PECULADO CULPOSO

El pago del elemento perdido no hace perder la entidad criminal de la conducta. Responsabilidad penal en el cuidado y tenencia de armas de fuego de propiedad de la Fuerza Pública.

Rad. 157500, 28 de mayo de 2013.

M.P. CR. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión92

PECULADO POR APROPIACIÓN

Disponibilidad del bien.

Rad. 147773, 17 de diciembre de 2012.

M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....93

PECULADO POR APROPIACIÓN Y FALSEDAD EN DOCUMENTO PÚBLICO

Tasación de la pena en concurso de delitos.

Rad. 157605, 02 de abril de 2013.

M.P. TC. (r) JACQUELINE RUBIO BARRERA. Cuarta Sala de Decisión.....94

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 en días hábiles.

Rad. 157381, 23 de julio de 2012.

M.P. TC. (r) JACQUELINE RUBIO BARRERA. Cuarta Sala de Decisión.....95

PECULADO POR USO

Se estructura cuando el miembro de la Fuerza Pública de manera indebida hace uso de su arma de dotación, gastando munición que hace parte de su dotación.

Rad. 157597, 21 de marzo de 2013.

M.P. CR. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión97

PECULADO POR USO

Concepto y alcance del uso indebido.

Rad. 157021, 31 de julio de 2012.

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión,

Salvamento de voto, Magistrado TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO.....99

PECULADO POR USO INDEBIDO

Estructura de los delitos contra la Administración Pública – Testimonio de oídas - Favorabilidad en la pena de prisión.

Rad. 152680, 26 de septiembre de 2012.

M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....99

PERTINENCIA Y UTILIDAD DE LAS PRUEBAS

Su solicitud de práctica debe señalar con claridad la violación al derecho de defensa.

Rad. 157393, 09 de octubre de 2012.

M.P. CR. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión.....100

PRÁCTICA DE PRUEBA

Su legalidad depende del respeto por el debido proceso.

Rad. 157396, 13 de diciembre de 2012.

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....101

PRECEDENTE JUDICIAL

El principio de transparencia obliga a examinar el precedente con miras a propender a la igualdad y la seguridad jurídica.

Rad. 157399, 30 de agosto de 2012.

M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión103

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EN EL INJUSTO DE PREVARICATO POR OMISIÓN

Criterios de diferenciación.

Rad. 154929, 02 de abril de 2013.

M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión104

PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Su aplicación en la dogmática penal.

Rad. 157374, 30 de agosto de 2012.

M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión107



PROCEDIMIENTO INTERDICCIÓN MARÍTIMA

La inhabilitación de la embarcación utilizando armas de fuego constituye coautoría.

Rad. 154855, 25 de abril de 2013.

M.P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión109

PRUEBA PERICIAL – IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD

Nulidad o absolución por falta de investigación integral, imposibilidad de práctica de pruebas.

Rad. 157382, 30 de octubre de 2012.

M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión109

PRUEBA TRASLADADA

La falta de notificación no genera nulidad.

Rad. 157491, 25 de octubre de 2012.

M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....111

PRUEBAS EN LA INSTRUCCIÓN

El no decreto y práctica no viola el debido proceso. Conducencia – Pertinencia – Utilidad.

Rad. 157553, 26 de abril de 2013.

M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....112

QUERRELLA

Requisito de procedibilidad para el delito de calumnia.

Rad. 157419, 30 de octubre de 2012.

M.P. CR. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión113

REBAJA DE PENA POR CONFESIÓN Y ACEPTACIÓN DE CARGOS

No es posible conceder a estos dos beneficios en una misma sentencia condenatoria.

Rad. 157601, 03 de mayo de 2013.

M.P. CR. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión113

RECURSO DE APELACIÓN

Concepto, alcance y carga procesal de quien lo interpone.

Rad. 157550, 26 de febrero de 2013.

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....114

RECURSO DE APELACIÓN

Sustentación y argumentación para su concesión.

Rad. 155510, 20 de marzo de 2013.

M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión117

RECURSO DE HECHO

Ley 522 de 1999. Procedencia y presupuestos admisión.

Rad. 157469, 28 de septiembre de 2012.

M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión118

RECUSACIÓN

No hay lugar a nulidad de la Corte Marcial cuando el juez que la dirigió ha sido recusado y el Fiscal Penal Militar no sustenta la Resolución de Acusación.

Rad. 157417, 15 de febrero de 2013.

M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión.....119

RESPONSABILIDAD CIVIL – FACULTADES

Imposibilidad para vincular en el proceso penal militar a una entidad estatal.

Rad. 157441, 08 de abril de 2013.

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....121

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

La nación no puede ser vinculada como tercero civilmente responsable.

Rad. 157176, 26 de abril de 2013.

M.P. TC. (r) JACQUELINE RUBIO BARRERA. Cuarta Sala de Decisión.....122

TÉRMINOS DE EJECUTORIA

Para su cómputo se toma en cuenta el auto que niega o acepta adicionar y/o complementar.

Rad. 153320, 29 de octubre de 2012.

M.P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión.....123

TÉRMINOS DE EJECUTORIA

Cuando la notificación se hace a través de despacho comisorio.

Rad. 150751, 31 de enero de 2013.

M.P. TC. (r) JACQUELINE RUBIO BARRERA. Cuarta Sala de Decisión.....125

TIPO PENAL EN BLANCO DELITO DEL CENTINELA

Principio de legalidad de la norma de reenvío.

Rad. 157611, 09 de abril de 2013,

M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión126

VERIFICACIONES DE CITAS DEL INDAGADO

Su omisión genera causal de nulidad cuando se define situación jurídica solo con prueba de cargo.

Rad. 157578, 22 de abril de 2013.

M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión128

VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La no aplicación de la Ley 1407 de 2010 a hechos ocurridos con posterioridad al 17 de agosto del mismo año, vulnera el principio de legalidad.

Rad. 157612, 15 de abril de 2013.

M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión128



EXTRACTOS PROVIDENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

ABANDONO DE LA DEFENSA

No se determina indefectiblemente por la ausencia de actos positivos

“... Si se toma en consideración que, en punto del derecho de defensa, particularmente referido al abandono, no toda falta de contradicción probatoria, impugnación o alegación puede considerarse por sí misma constitutiva de dejación de los deberes profesionales, pues como lo ha enseñado la Jurisprudencia de Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, el defensor, en cualquiera de sus modalidades puede optar por el silencio como parte de su estrategia de defensa, por manera que una actividad al menos vigilante del desarrollo procesal sugiere el cumplimiento adquirido en su deber como defensor, y no el abandono del compromiso asumido, entre otras razones, porque las estrategias hacen parte de su fuero interno y de la manera como, de cara a la actividad judicial-probatoria, estima conveniente o no, actuar en un asunto determinado, veamos:

Es importante advertir, desde luego, que no toda inactividad de la defensa, objetivamente considerada, entraña necesariamente violación de esta garantía fundamental, pues debe entenderse que no es el hecho material en sí de haberse presentado una tal ausencia de gestión, sino la constatación de que con ella se limitó o negó el derecho a una defensa técnica, lo que realmente determina su quebrantamiento.

La vulneración, como resulta importante recordarlo, no surge de la inacción per se, sino del estado de desamparo en que haya podido dejarse al procesado con ocasión de esa inactividad, situación que naturalmente no se presenta cuando la actitud omisiva o silenciosa se finca en una evidente táctica defensiva.

Como ha sido puntualizado por la Sala, la defensa técnica suele materializarse a través, entre otros, de actos de contradicción probatoria y de impugnación. Es del fuero interno y de la versación y actitud ética del profesional que la asume, determinar el momento y la forma de ejercerlos, según la estrategia que adopte, que puede comprender el ejercicio amplio de ambas atribuciones, o de solo una de ellas, o un atento control sobre el devenir procesal con prescindencia inclusive de ambas durante alguna de las fases del proceso.

En estos dos últimos supuestos, objetivamente inexistirían actos positivos de naturaleza defensiva, pero no de orientación profesional, puesto que la aparente inactividad vendría a ser manifestación de la estrategia aplicada por el abogado, situación que debe diferenciarse de la que proviene del abandono del proceso, y que permite afirmar ausencia de defensa técnica, con implicaciones en la validez de la actuación procesal”¹.

¹ Corte Suprema de Justicia, radicado 19651 del 17 de junio de 2004, M. P. Dr. Mauro Solarte Portilla.

Y, en el mismo sentido, la misma Corporación así lo reiteró:

“a. Ausencia de defensa técnica. (...).

Es oportuno reiterar en este sentido que sobre la inactividad profesional como motivo de ineficacia de la actuación procesal, la Sala ha sido insistente en señalar² que el defensor, sea de oficio, público o de confianza, en cumplimiento de su función, puede optar por el silencio como estrategia defensiva, pero que esta forma de valorar su gestión debe aparecer corroborada por actos procesales que acrediten cuando menos una mínima actividad vigilante de su parte, ya que lo que vicia de nulidad la actuación llevada a cabo es el abandono del compromiso adquirido y por tanto, la ausencia de defensa técnica, y no la forma como se hubiere encarado la gestión”³.

Para el caso en concreto, si bien es cierto, como lo pregona el apelante, no existieron actos positivos por parte de la defensa en el decurso de todo el desarrollo procesal de los cuales se pueda inferir una exteriorización del ejercicio del deber profesional, no menos deja de serlo que sí hubo una actividad vigilante por parte del abogado, quien luego de ser posesionado como defensor de oficio, en adelante, se notificó personalmente del auto que resolvió la situación jurídica provisional⁴ de su cliente, del que le dio la libertad provisional⁵, del que puso a disposición de las partes el dictamen pericial⁶, del que declaró el cierre investigativo⁷, de la pieza acusatoria⁸, del que fijó fecha para la audiencia que llamaron de acusación y aceptación de cargos⁹ e hizo una lacónica intervención en la solemnidad marcial, en la que solicitó la absolución de su apoderado al amparo de una causal de justificación.

Así las cosas, mal haría en reconocerse en este asunto que la inactividad profesional, objetivamente vista, pueda asumirse como un abandono de la defensa, pues como ya se dijo, el silencio, de cara al desarrollo de la actividad probatoria que agota el despacho, puede ser parte de la estrategia defensiva del letrado, quien en su convicción íntima así lo estima, al concebir que ella puede aparejar al final del debate un resultado benéfico para su procurado, razón por la cual la censura se desestimaré.

De otro lado, frente a la falta de investigación integral que expuso el recurrente, hay que recordar que una propuesta de esta índole impone la obligación procesal no sólo de anunciar la prueba echada de menos, sino también, su pertinencia, y luego de una confrontación con las pruebas que tuvo en cuenta el sentenciador, argumentar de qué manera aquellos medios de convicción tenían la capacidad de incidir favorablemente en la situación del procesado, todo esto en virtud a los principios

2 Corte Suprema de Justicia, radicación 22150 del 21 de noviembre de 2002, radicación 22383 del 26 de enero de 2005.

3 Corte Suprema de Justicia, radicado 25933 del 27 de octubre de 2008, M. P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

4 Folios 76 a 83 del C.O.

5 Folios 161 a 164 del C.O.

6 Folio 171 del C.O.

7 Folio 200 del C.O.

8 Folio 217 del C.O.

9 Folio 226 del C.O.



que rigen el tema de las nulidades, particularmente el referido al de trascendencia...” (Rad. 157551, 15 de febrero de 2013, M. P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión, Salvamento de voto CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ).



ABANDONO DEL PUESTO

Diferencias entre el vocablo “servicio” que es el género y la expresión “facción” que es una parte puntual del ejercicio directo de la actividad encomendada

“... 7.4. Por último el Defensor presenta un reparo más relevante el cual titula como el centro de la controversia así *“se torna como el problema de la Litis¹⁰”* y lo fundamenta con el argumento que en el lapso de tiempo en que su defendido se encontraba descansando no podía incurrir en una conducta penal. Esta apreciación no es de recibo para la Sala por cuanto la Defensa concibe la prestación del servicio de relevante de guardia solo por determinados lapsos de tiempo más no por todo el periodo de veinticuatro (24) horas para el cual fue nombrado su prohijado.

A manera de introducción se habrá de señalar que el servicio de relevante de guardia se nombra por un periodo de veinticuatro horas *“NOMBRANDO SERVICIOS DE RÉGIMEN INTERNO PARA EL DÍA MIÉRCOLES 05 DE SEPTIEMBRE 2012 ASÍ: (...) CABO RELEVANTE PF. LEY¹¹”*, de la lectura inicial se desprende que los servicios se nombran para un lapso de tiempo que comprende el día completo de veinticuatro horas, lo que ocurre es que este se discrimina básicamente en dos tareas: i) la de facción que sería el ejercicio directo y ii) el de disponibilidad o de descanso, en el cual el uniformado queda pendiente en un lugar determinado para acudir a cualquier requerimiento que se le haga. En otras palabras el cargo de relevante de guardia se ejerce durante veinticuatro horas lo que implica incluir las etapas de facción y las etapas de descanso.

Ahora bien, es necesario esbozar las diferencias entre lo que comprende el vocablo “servicio” que es el género, es el todo de la orden; y la expresión “facción” que es una parte puntual del ejercicio directo de la actividad encomendada. De manera que ha de ser entendido el término “facción” como la función determinada dentro de los servicios de seguridad y vigilancia, así lo enseña el Reglamento de Servicio de Guarnición, promulgado bajo la disposición 010 de 1982. El texto implica que “servicio” es el marco general de la función encomendada y “facción” como el momento puntual y directo del ejercicio de esa función general, en otros términos, la facción es consustancial al servicio, es decir, cuando se está de facción implica estar de servicio, pero, estar de servicio no supone estar de facción; mientras que estar de facción entraña necesariamente estar de servicio. (...).

¹⁰ Recurso de apelación, fl. 31

¹¹ Orden del día 0177, fl. 15

En consecuencia, la Sala de Decisión no acepta la propuesta desglosada por el Apelante, pues no es correcto entender que el relevante de guardia en el periodo de tiempo que descansa y asume la disponibilidad, ello implica que no está sujeto a ningún servicio. Por el contrario entonces se dirá, que el servicio de relevante de guardia es de veinticuatro horas, para el caso sub júdice, el servicio iniciaba a las 07:00 horas del día 5 de septiembre de 2012 y terminaba a las 07:00 horas del día 6 de septiembre del mismo año, todo este periodo de tiempo se denomina servicio de relevante de guardia, por tanto, los periodos de descanso o de disponibilidad están incluidos dentro del servicio, lo cual implica un deber de sujeción y orden a la autoridad del sistema de seguridad y vigilancia de la Unidad Militar, razón elemental para señalar que en ese instante de tiempo denominado “descanso” no es un periodo ajeno al régimen y menos de libre disposición del militar que ha sido nombrado para la prestación de algún servicio.

Por lo anterior se dirá entonces que, en el momento procesal actual se observa que el sindicato SLP. LEDY en el lapso de tiempo comprendido entre las 19:00 horas del 5 de septiembre hasta las 01:00 horas del 6 de septiembre de 2012 se encontraba de servicio y que si en ese lapso lo ordenado era disponibilidad y descanso, ello no desdibuja ni rompe el servicio al cual estaba sujeto y para el que había sido nombrado. En consecuencia, el hecho de haber abandonado las instalaciones militares sin autorización alguna, configura el verbo rector de abandonar dispuesto en el punible previsto en el artículo 105 del Código Penal Militar - Ley 1407 de 2010...”.
(Rad. 157483, 12 de octubre de 2012, M. P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).



ABANDONO DEL SERVICIO

Alcance del ingrediente normativo “El acto de presentación ante el Superior”

“... Significa lo anterior, que dentro del proceso de formación policial, capacitación y actividades rutinarias, el acto de presentación va más allá de una simple formalidad, sino que tiene contenidos materiales en el entendido que genera la relación funcional y da aplicación al ejercicio del mando entre el superior y el subalterno, situación que conoce hasta el más bisoño gendarme. Luego entonces, la actuación del enjuiciado, esto es, acudir momentáneamente a la Estación de San Gil, no constituye presentación formal, no estructura en rigor acto vinculante conforme los protocolos y reglamentos de cortesía y función de Policía para entender que con tal comportamiento se interrumpa su ausencia y se entienda superado el deber de presencia. Como se ha indicado, dicho acto ante el Comandante natural soporta no solo contenidos formales sino materiales, es decir, para que vincule y produzca efectos jurídicos sugiere que el subalterno acuda ante el superior que avaló el permiso o licencia, es de este Institucional del que se depende funcionalmente, que no es cualquiera en el universo del mando policial sino quien autoriza la ausencia y con ello la legitima, es el que le fija límites, para el caso en estudio el



Director de la Escuela de Policía Judicial e Investigación de Bogotá, quien en últimas es el único que puede disponer de él (para el caso el PT. C) como subalterno y con su acción efectivizar el cumplimiento de la misión que se expresa en la realización de actos del servicio, teniendo en cuenta que los deberes propios del cargo que en ese momento ostentaba eran los de practicante en el Laboratorio de Documentología de la Seccional de Policía Judicial, donde debía efectuar presentación.

Conforme los reglamentos y protocolos policiales, la presentación es el acto por medio del cual el subalterno se coloca material y objetivamente a órdenes de su superior, quien a partir de ese momento puede disponer de él para dinamizar el cumplimiento del fin constitucional garantizado con el acatamiento del servicio. El Bien jurídico protegido propende contar con el número de efectivos suficientes de manera permanente y constante para emplearlos en la multiplicidad de situaciones y funciones que permiten alcanzar dicho propósito Superior que justifica la existencia de la Fuerza Pública. (...).

La presencia momentánea en una región y Estación distante de la que se es orgánico, no es expresión de reincorporación, ni indica reasumir los deberes propios del cargo, tampoco permite inferir al superior que pueda emplearlo; de contera no sugiere la conducta asumida por el condenado la interrupción del deber de presencia. Por ello, razón tuvo el juzgador primario al haber encontrado establecido el injusto de Abandono del Servicio, principalmente cuando la aparición efectiva del encartado solo acontece hasta el 4 de marzo de 2008, y no por efectos propios o inspiradores de reintegrarse al servicio y así suspender su deber de presencia...” (Rad. 157560, 15 de mayo de 2013, M. P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).



ABANDONO DEL SERVICIO

La legalidad de la orden como ingrediente normativo del tipo

“... Se colige entonces que el punible de abandono del servicio es un tipo penal de peligro y de mera conducta cuya afectación al bien jurídico se da cuando la ausencia del militar o policial altera la disponibilidad del recurso humano con que cuenta la Institución para asumir la misión Constitucionalmente asignada. Es precisamente en el caso sub júdice esta vulneración al deber de presencia la que se le recrimina al procesado AG. (r) NPLF, ausencia a las filas que materializó desde el 31 de marzo de 2010 presentándose a la Estación de Gámbita (Santander) hasta el 3 de mayo de 2010.

En suma, abandonar el servicio es la concreción de la voluntad de dejar los deberes que le exige su condición policial o militar, naturalmente sin que exista causa que justifique dicho abandono, pues de existir desaparecería la antijuridicidad que requiere el punible. Sin embargo, ha de tenerse presente la diferencia existente entre las actuaciones administrativas que dan origen a las condiciones y deberes

del servicio (orden de traslado o declaración administrativa de abandono), frente a las sentencias que declaran la consumación y responsabilidad el punible de abandono del servicio, pues si bien son producto de la misma situación fáctica, no son el resultado de las mismas valoraciones y presupuestos jurídicos.

Fijada la anterior estructura fáctica y jurídica se observa que el Apelante no presenta ningún reparo frente a ello, sino que de manera diversa trae dos argumentos, uno, el de verificar si la orden de traslado obedecía a precisas necesidades del servicio¹², y dos, si el cumplimiento de dicha orden de traslado le era posible cumplir al AG. (r) NPLF. En términos generales dos argumentos de carácter netamente administrativo en cuanto a las condiciones del servicio impuestas al policial y que dentro del marco de sus deberes funcionales ha de cumplir, argumentos que si bien se van a abordar no tienen la relevancia suficiente para encontrar la justificación a la dejación voluntaria de los deberes y responsabilidades que le demanda su rol policial.

7.2.1. Busca el Apelante abrir el debate respecto de la legalidad o no del acto administrativo que contiene la orden de traslado del procesado AG. (r) NPLF exponiendo como presupuesto, que se ha de determinar si aquel traslado obedecía o no a necesidades del servicio. La Sala de Decisión no comparte tal planteamiento, en principio, porque los actos administrativos contienen una presunción de legalidad y la forma de desvirtuarla no es en desarrollo de un proceso penal, sino por vía del Derecho Administrativo. En relación con lo expuesto, ha de recordarse que la orden de traslado es una atribución del Comandante y que si se ha de equiparar a un acto administrativo implica ello necesariamente señalar, que ellos adquieren firmeza y su ejecución es obligatoria en los precisos términos del artículo 62¹³ y 64¹⁴ del Decreto 01 de 1984 (Norma aplicable al caso sub júdice). Y solo el acto administrativo pierde su fuerza de ejecutoria mientras no hayan sido anulados o suspendidos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo tal como lo prevé el artículo 66¹⁵ de la mencionada codificación.

- 12 Recurso de apelación, CO. 5 "corolario de lo anterior la Defensa no encontró en el plenario un acto administrativo que dispusiera el traslado del policial, y se pregunta ¿Será que basta un simple oficio de la oficina de personal, presentar al servidor cuando le ha cambiado sus condiciones laborales, personales y de toda índole a un servidor público?, sin que se obligue al Estado a través de una resolución motivada o de una orden motivada que demuestre si esta obedece a unas necesidades reales del servicio o simplemente al capricho de quien ejerce como su superior.
- 13 Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, artículo 62. Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:
Cuando contra ellos no proceda ningún recurso.
Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.
Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos.
Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos.
- 14 Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, Artículo 64. Carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos. Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados.
- 15 Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, Artículo 66. Pérdida de fuerza ejecutoria. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:
Por suspensión provisional.
Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
Cuando pierdan su vigencia.



Plantea la Defensa, que el subalterno puede determinar si la presunción de legalidad se estructura en la orden de traslado y que en el evento de no considerarlo así lo correcto era no cumplir la mencionada orden, “y que precisamente por considerarla que no obedecía a claras necesidades del servicio se negó a cumplir en el término estipulado¹⁶”, propuesta que desde luego tampoco comparte esta Sala de Decisión.

Sea lo primero señalar entonces, que los efectos que produce un acto administrativo pueden interrumpirse por dos caminos: el primero, por decisión de la misma autoridad administrativa que expidió el acto administrativo y el segundo, por vía del litigio ante la jurisdicción contenciosa administrativa, lo que nos lleva a afirmar que la Jurisdicción Penal Militar dentro del proceso sub júdice no tiene la competencia ni la finalidad de desvirtuar o confirmar la presunción de legalidad de un acto administrativo. (...).

De otro lado, también se despachará desfavorablemente la pretensión de absolverlo por el punible de abandono del servicio, pues en este punible, se reitera, el reproche penal se hace por la conducta omisiva al cumplimiento al deber de presencia del policial en la Institución (Estación de Policía de Gámbita, Santander), tiempo que superó los treinta días y que tal omisión no se legitima atacando la presunción de legalidad del acto administrativo que contiene la orden de traslado, pues no se trata del punible de desobediencia como el mismo apelante lo menciona cuando afirmó que el procesado consideró que la orden de traslado no obedecía a necesidades del servicio y por tanto se negó a cumplirla...” (Rad. 157497, 20 de mayo de 2013, M. P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).



ABANDONO DEL SERVICIO DE SOLDADOS VOLUNTARIOS O PROFESIONALES

Disponibilidad en campaña

“Conraguerrillas N° 11 “Cacique Coyará”, para aquel entonces estaba comprometido con el cumplimiento de la Misión Táctica “Doncel” N° 096 del 1° de diciembre de 2009, que como se advierte respondía a una Operación Militar en la que emplean Operaciones, Métodos, Técnicas y Maniobras típicas de Combate Irregular, dentro del cual el Campo de Combate juega papel fundamental en la alerta y disponibilidad constante de las tropas sobre el terreno, ya que es el sitio que el enemigo selecciona para llevar a cabo sus acciones delictivas, que hacen referencia a una serie de actividades de combate y administrativas que desarrollan para alcanzar objetivos políticos, militares, estratégicos, sociales y económicos determinados.

Recuérdese que el Plan Estratégico del enemigo –organizaciones al margen de la ley– propone una serie de acciones delictivas contra los poderes de la Nación y

¹⁶ Recurso de apelación, CO. 5, fl. 604.

contra la Población Civil para lograr su objetivo de la Toma del Poder, por lo que sus acciones delictivas son ejecutadas en un espacio geográfico que les facilita el desarrollo, cumplimiento y consolidación de su Plan Estratégico; de donde deriva la disponibilidad y alerta constante e ininterrumpida que cumplen las tropas sobre el terreno comprometidas con un Operación Militar de Combate Irregular...” (Rad. 157212, 29 de octubre de 2012, M. P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE. Segunda Sala de Decisión).



ACCIÓN DE REVISIÓN

Competencia del Tribunal Superior Militar. Causales de la demanda. Ejecutoria de las providencias

“... Correspondería a esta Corporación entrar a conocer del presente asunto, si no fuera por la errada solicitud incoada por el señor Fiscal 11 Penal Militar de Brigada en Auto de Sustanciación fechado 22 de octubre de 2012, que al ser contrastada con las facultades estipuladas taxativamente para este Colegiado en el artículo 238 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999–, fulgura que el precitado petitum no encaja en ninguna de las hipótesis de competencia otorgada por la ley para que el Tribunal Superior Militar conozca, por lo que tal pedimento no es susceptible de resolverse. (...).

Tenemos entonces, que contrario a lo que afirma el señor Fiscal Penal Militar A Quo, es indiscutible que se halla debidamente ejecutoriada la providencia datada 16 de noviembre de 2006¹⁷, mediante la cual al surtirse el grado jurisdiccional de Consulta la Fiscalía Sexta Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar confirmó el Auto Interlocutorio proferido por la Fiscalía 11 Penal Militar de Brigada, con el que ordenó cesar todo procedimiento en favor del señor CT. LFSR por el punible de Homicidio; ejecutoria que se dio aún en el hipotético evento en que no se contara con la formalidad de su reconocimiento hecho en el citado Auto calendarado 7 de diciembre de 2006, con el que el Fiscal 11 Penal Militar de Brigada expresamente así lo plasma.

Recuérdese que la Ejecutoria de las decisiones judiciales, implica que una vez en firme, son obligatorias y se presumen válidas para todos los efectos legales, precisamente por la por la fuerza jurídica vinculante que poseen que las hacen de acatamiento obligatorio de los efectos jurídicos que generan, los cuales se producen una vez cumplidos los requisitos de comunicación o notificación, que es lo que determina su firmeza. (...).

Y como si fuera poco, el Artículo 375 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999– impone la obligación a los titulares de la Acción de Revisión –Defensor, titulares de la Acción Civil dentro del proceso penal militar, Agente del Ministerio Público y Fiscal Penal Militar respectivo– de promoverla por medio de un escrito reglado



al efecto, cuyos presupuestos para nada llena la solicitud que el señor Fiscal Penal Militar de Brigada ligeramente vertiera. (...).

De lo decantado en precedencia, claro es, que al proceso penal de la referencia que cursó contra el señor CT. LFSR por el punible de Homicidio, no se le podía dar el tratamiento adoptado por el señor Fiscal 11 Penal Militar de Brigada, esto es, el de desarchivarlo y sin sostén alguno remitirlo a este Colegiado...". (**Rad. 157534, 12 de diciembre de 2012, M. P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión**).



ACUMULACIÓN JURÍDICA DE PENAS DE DIFERENTES JURISDICCIONES

No es posible su aplicación, la acumulación solo procede para los delitos de competencia de cada jurisdicción

"... Del análisis que se hace del caso concreto, frente a las exigencias de la norma, se concluye que en efecto se cumplen algunos de estos requisitos, como por ejemplo que se trata de sentencias condenatorias aún vigentes en contra del capitán (r) PB, es decir, que se encuentran en ejecución por parte de la Jurisdicción Castrense y en espera de cumplirse por parte de la Jurisdicción Ordinaria, además que no se trata de penas impuestas al Oficial por delitos cometidos luego del proferimiento de la sentencia condenatoria de segunda instancia, las penas no están ejecutadas, ni tampoco suspendidas, asimismo que no fueron impuestas por delitos cometidos durante el tiempo de privación de la libertad, sin embargo en cuanto a la naturaleza jurídica de las penas que se pretenden acumular, encuentra esta Sala de Decisión, que las impuestas al condenado fueron proferidas por distintas jurisdicciones, a simple vista los jueces naturales en cada condena son diferentes, la naturaleza de delito y la gravedad de la pena no gozan de identidad, de hecho la autoridad judicial que impuso la pena más gravosa y los delitos por los que se condenó al oficial, son de mayor connotación verbi gratia se trata de delitos que atentan contra el Derecho Internacional Humanitario (homicidio en persona protegida en concurso homogéneo y sucesivo), que no pueden ser de conocimiento de la jurisdicción penal militar, y menos llegar a remplazarlos en sus funciones de jueces de ejecución de penas¹⁸.

Es evidente que la autoridad judicial de primera instancia, desconoció los parámetros normativos y jurisprudenciales en los que puede actuar la jurisdicción penal militar, para en su defecto subrogarse facultades que ni la Constitución ni las leyes le han concedido, como es el de pretender acumular jurídicamente penas de diferentes jurisdicciones, pues si bien es cierto el texto de las leyes son similares en la castrense como en la ordinaria, es claro que ellas rigen única y exclusivamente para los delitos de competencia de cada una de sus jurisdicciones, sin que le sea

¹⁸ Cfr. Folio 2095 C07.

viable a la Juez Penal Militar con facultades de ejecución de penas para dosificar penas impuestas por la jurisdicción penal ordinaria, es decir, en el presente caso, el a quo, de plano descartó y por ende desconoció un aspecto primordial para el reconocimiento de esta institución jurídica como es la naturaleza jurídica de las penas. **(Rad. 115540, 3 de agosto de 2012, M. P. CR. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**



ANTI JURICIDAD MATERIAL

No se requiere de un resultado material, solamente que ponga en peligro el bien jurídico

“... Es por ello, que el juicio valorativo que se le debe realizar a la conducta en concreto, una vez que el hecho encuentra adecuación típica en el supuesto de hecho contenido en la norma penal, es decir, comprobado que el caso conforme a la realidad fáctica es subsumible en el tipo penal previsto en la ley, el siguiente paso, en orden a verificar si el comportamiento bajo estudio engendra responsabilidad penal, es la determinación de la antijuridicidad, es decir, la constatación que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito, que no está especialmente justificado por la concurrencia de alguna de eximentes de tal naturaleza, que habiendo transgredido la norma positiva (principio de legalidad), lesiona de manera efectiva o pone en peligro potencial al bien jurídico que el derecho quería proteger.

Así las cosas, la antijuridicidad debe ser entendida como aquel juicio negativo de valor, objetivo y subjetivo realizado al comportamiento humano concretado, con el cual se determina si la conducta típica pugna o no con el ordenamiento jurídico – aspecto formal, e igualmente, es indispensable establecer si la conducta en concreto representó una amenaza o riesgo real o causó un daño efectivo al bien jurídico tutelado – aspecto material– pues el derecho penal, por imperativo del principio de intervención mínima, no sanciona toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino sólo aquellas que son consecuencia de acciones especialmente intolera- bles.

Bajo tal entendido, debe precisarse que el abandono de puesto es un tipo penal de mera conducta, se trata de un comportamiento cuya ejecución apenas amenaza o pone en peligro el bien jurídico que se ha querido proteger, no obstante, no se puede examinar el servicio como bien jurídico de manera aislada, sino que debe valorarse dentro del contexto general de las misiones encomendadas constitucionalmente a las Fuerzas Militares y de Policía, pues los intereses colectivos que protege la Fuerza Pública son de tal importancia, que el legislador no espera que sean destruidos para sancionar al infractor, sino que los protege incluso de conductas que tengan el poder para afectarlos, menguarlos o colocarlos en peligro, por lo tanto, ha considerado que la sustracción de los deberes funcionales de quienes conforman la institución castrense, disminuye la capacidad de acción de la fuerza y en conse-



cuencia, tal comportamiento es idóneo para amenazar el bien jurídico, sin que se requiera que efectivamente lo haya lesionado...” (Rad. 157132, 15 de febrero de 2013, M. P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).



ATAQUE AL INFERIOR

Mando: Finalidad en la conducción de los elementos logísticos y de apoyo de servicios para el combate del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

“... el señor C3. LF adoleció de una acertada función de Mando para manejar la situación; por lo que resulta oportuno aquilatar que los Suboficiales de las Fuerzas Militares, y particularmente los de las Armas en el Ejército Nacional y los del Cuerpo Logístico en las Fuerzas Militares, como bien lo preceptúan los artículos 18¹⁹ y 22²⁰ del Decreto Ley 1790 de 2000, para el caso de las Armas son todos aquellos formados, entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar con los Oficiales en el Mando y la conducción de los elementos de combate y de apoyo de combate del Ejército; y para el Cuerpo Logístico de las Fuerzas Militares, son todos aquellos egresados de las Escuelas de Formación de Suboficiales, o de cursos regulares que desarrollen las Fuerzas, entrenados y capacitados para actuar con los oficiales en el Mando y la conducción de los elementos logísticos y de apoyo de Servicios para el combate del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Lo anterior significa que el señor C3. ALF, fue formado, entrenado y capacitado para actuar con los Oficiales en el Mando, y que como tal, como líder y Comandante de una Unidad mínima debía actuar con sujeción absoluta al cumplimiento del deber profesional y el decoro que le imponía su condición de Suboficial de las Fuerzas Militares. Entonces si entre otros deberes le asistía el ejemplo, mal podría entonces para corregir un comportamiento indisciplinado de un Subalterno, actuar con el mismo desatino, lanzando voces insultantes o menos aun amenazando con recurrir a las vías de hecho sobre dicho Subalterno...” (Rad. 156268, 22 de marzo de 2013, M. P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).



- 19 Decreto Ley 1790 de 2000 “por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de Carrera del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”, artículo 18 “CLASIFICACIÓN PARTICULAR DE LOS SUBOFICIALES DE LAS ARMAS DEL EJÉRCITO. Son Suboficiales de las armas del Ejército todos aquellos formados, entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar con los oficiales en el Mando y la conducción de los elementos de combate y de apoyo de combate del Ejército”.
- 20 Decreto Ley 1790 de 2000 “por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de Carrera del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”, artículo 22 “SUBOFICIALES DEL CUERPO LOGÍSTICO DE LAS FUERZAS MILITARES. Son Suboficiales del Cuerpo Logístico de las Fuerzas Militares, todos aquellos egresados de las Escuelas de formación de Suboficiales, o de cursos regulares que desarrollen las fuerzas, entrenados y capacitados para actuar con los oficiales en el Mando y la conducción de los elementos logísticos y de apoyo de Servicios para el combate del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea”.

AUTO INHIBITORIO

Carácter excepcional de la medida – obligación de acreditar con certeza las hipótesis que dan lugar al finiquito

“... Sea lo primero en decirse que en procura de lograr la vigencia de un orden justo, imperativo de todas las autoridades de la República, pero particularmente de las jurisdiccionales, los asuntos que sean sometidos a nuestro conocimiento deben por regla general finiquitar con una decisión de mérito, que sea fija y estable, en la que se proyecte y concrete el derecho a la luz del ordenamiento jurídico, y no en una, en la que, como es el caso de la inhibición, se deje en la indefinición la controversia, motivo este que hace de tal acto una excepción a la regla general que nos obliga a prevalecer y materializar el derecho sustancial.

Por tanto, siendo como es la decisión inhibitoria una figura excepcionalísima, en la medida en que niega el acceso a la administración de justicia, en su sentido más amplio, las hipótesis legales que dan lugar a ese finiquito de la etapa procesal, deben aparecer probadas con suficiencia y plenitud, más allá de cualquier duda, tal como así lo ha enseñado la jurisprudencia nacional, veamos:

“En otros términos, la inhibición, aunque es posible en casos extremos, en los cuales se establezca con seguridad que el juez no tiene otra alternativa, no debe ser la forma corriente de culminar los procesos judiciales. Ha de corresponder a una excepción fundada en motivos ciertos que puedan ser corroborados en los que se funde objetiva y plenamente la negativa de resolución sustancial. De lo contrario, es decir, mientras no obedezca a una razón jurídica valedera, constituye una forma de obstruir, por la voluntad del administrador de justicia, el acceso de las personas a ella²¹”. (Subrayado de la Sala).

“Los eventos para que proceda la inhibición en cuanto a la apertura del proceso penal, señalados en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, han de aparecer probados con la suficiencia y plenitud características de una decisión fruto de la certeza procesal cuya firmeza permanece mientras no se desvirtúen probatoriamente “los fundamentos que sirvieron de base” para proferirla, al decir de la norma 353 ibíd.²²” (Subrayado y negrillas nuestras)...” (Rad. 157366, 23 de julio de 2012, M. P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).



CADENA DE CUSTODIA

Debe aplicarse en los procesos penales militares

“... En resumen, la cadena de custodia no es un principio, es un procedimiento de seguridad que de manera general se ejerce sobre los elementos físicos objeto de prueba por parte del funcionario de Policía Judicial, se inicia en el lugar de los hechos

21 Corte Constitucional – Radicado C-666 del 28 de noviembre de 1996 – M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

22 Corte Suprema de Justicia, radicado 2901 del 13 de julio de 1998 – M. P. Dr. Dídimo Páez Velandia.



y desde el momento en que fueron encontrados y recaudados, debidamente identificados, fijados, recolectados, embalados y rotulados, ello en cuanto la naturaleza de los elementos lo permita, como quiera que en relación a los macroelementos, debe aplicarse el procedimiento establecido en el artículo 256 de la Ley 906 de 2004, disposición compatible con el procedimiento de corte inquisitivo de la Ley 600 de 2000.

Bajo el anterior entendido, como la Ley 522 de 1999 no consagra el sistema de procedimiento de cadena de custodia para los elementos físicos objeto de prueba y como quiera que el proceso de seguridad de esos elementos se hace necesario para garantizar la autenticidad de los mismos, se debe recurrir por integración normativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la ley punitiva castrense, a la regulación contenida en la Ley 600 de 2000, –Código de Procedimiento Penal–, y en aquellos aspectos compatibles con el proceso de corte inquisitivo, en cuanto no resquebrajen la estructura del procedimiento prevista en la ley penal militar, a lo regulado en la Ley 906 de 2004”. **(Rad. 156321, 28 de febrero de 2013, M. P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**



CAPTURA

Control de legalidad

“... 7.2. Sobre la competencia exclusiva de la autoridad judicial para ejercer el control de legalidad de una captura: Con la precisión fáctica anterior, y aceptado por los apelantes que fueron dos las personas capturadas y solo se puso a disposición a una de ellas, los impugnantes edifican su argumento defensivo señalando que es viable que la entidad de Policía desarrolle las valoraciones respectivas y en caso de advertir irregularidades en el procedimiento de detención, es correcto que sean los uniformados quienes asuman decisiones sobre la libertad de los mismos.

Ahora bien, se ha de hacer el análisis a tales argumentos comparados con el ordenamiento jurídico para concluir que no es factible que una autoridad distinta a la judicial tenga la competencia para ejercer el control de legalidad de una captura en flagrancia.

Conforme a lo anterior, la Sala de Decisión empezará por fijar que la controversia jurídica gira en torno a determinar si además de la autoridad judicial, la Policía Nacional también tiene competencia para realizar o no el control de legalidad de la captura y consecuente con esta última, disponer la libertad de un retenido. (...).

Para resolver los dos planteamientos defensivos, que buscan bajo su óptica mostrar un comportamiento correcto en el actuar de los policiales, traducido en no haber dejado a disposición de la Fiscalía de Asignaciones a una persona que había sido capturada el día 19 de junio de 2003, la Sala, empezará por referirse a los conceptos de captura en flagrancia y su control de legalidad.

7.2.3. A partir de la concepción que la libertad personal es uno de los principios garantizados en la Carta Política y que éste, de acuerdo al ordenamiento jurídico puede ser limitado formalmente por medio de una orden judicial previa que se ha emitido con las formalidades legales, sin embargo, para esta regla general existe la excepción que constituye la flagrancia.

En otras palabras la Constitución Política dispone que solo una autoridad judicial²³ es la competente para emitir una orden que limite la libertad de las personas, e igualmente, consagró la excepción para restringir la libertad en casos de darse la captura en flagrancia²⁴.

Ahora bien, la restricción a la libertad se da por dos presupuestos de captura, la primera, es la captura como consecuencia de la orden escrita de autoridad judicial competente, y la segunda, la captura en los eventos de flagrancia, para el caso que nos ocupa se habrá de esbozar brevemente esta última.

Según las voces del artículo 346 de la Ley 600 de 2000 vigente para el época (19 de junio de 2003) en que el IT. MPW desarrolló el procedimiento policial en el establecimiento público que terminó con la captura de los señores WRH y CAOS, se dirá que en el texto normativo se dispone cuál es el procedimiento a seguir en el evento de realizar una captura en flagrancia. Y resulta, que la norma incluye expresiones *“conducido inmediatamente”* o *“a más tardar en el término de la distancia”*.

Los contenidos referidos en la norma deben ser interpretados en su tenor literal, es decir, el de inmediatez para que el funcionario judicial ejerza el control de legalidad sobre la captura que se ha presentado, ese elemento de inmediatez, releva cualquier trámite intermedio entre la captura y la puesta a disposición del funcionario judicial, y es este funcionario a quien le corresponde desarrollar la valoración si aquella captura es o no legal y de ser ésta legal, pasar a analizar si los motivos que la originaron constituyen un delito de los que causan la medida de aseguramiento. (...).

De lo anteriormente expuesto ha de concluirse entonces, que la independencia judicial está sustentada en el principio de legalidad y en cuanto al control de la captura en flagrancia, la ley ha dispuesto que ello es una atribución única y exclusiva del funcionario judicial, por ello, manda, que entre el evento de la captura de un ciudadano y el ejercicio judicial del control de legalidad de la misma, sea distanciado sólo por un espacio temporal de inmediatez reduciendo así las posibilidades de un episodio de restricción a la libertad arbitrario o ilegal, al mismo tiempo, que elimina las posibilidades de que otra autoridad pueda intervenir en la valoración de la legalidad de la mencionada captura.

23 Constitución Política de Colombia, art. 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

24 Constitución Política de Colombia, art. 32. El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador.



Planteadas así las cosas, la Sala entiende y comparte lo manifestado por los apelantes cuando afirman que el deber ser es que las autoridades al observar que se están vulnerando derechos restrictivos de la libertad en el evento de resultar una captura arbitraria o ilegal, tales circunstancias deben de corregirse, pero en lo que no se está de acuerdo con los planteamientos defensivos, es que tal enmienda la pueda hacer cualquier funcionario público, en este caso los integrantes de la Policía Nacional, pues se reitera, por vía del postulado de la reserva judicial el principio de legalidad y de independencia judicial sólo los funcionarios judiciales (Fiscalía o Juez de Garantías), son las personas a quienes se les ha atribuido la competencia para asumir tal rol. (...).

De manera que la Sala comparte el argumento expuesto por el Juez de Instancia en el entendido que el control sobre la legalidad de la captura es una atribución exclusiva del funcionario judicial correspondiente, y que adicional a ello, para evitar que una privación de la libertad resulte arbitraria o injusta y prolongada en el tiempo, el ordenamiento jurídico ha previsto con carácter vinculante cual es que la persona capturada en flagrancia debe ser puesta a disposición de la autoridad judicial que hará el control de legalidad de manera “**inmediata**” o dadas las circunstancias bajo la temporalidad que implica el “**término de la distancia**” y bajo estos presupuestos no se encuentra justificación alguna en la vulneración de estos contenidos temporales, pues transcurrieron más de veinte (20) horas, y a partir de tal irregularidad, no se puede construir otra, como lo es el de atribuir el rol judicial para el ejercicio del control de legalidad de la captura a los policiales. (...).

En conclusión independiente de los móviles de altruismo por la protección de los derechos fundamentales de la persona o de los móviles de corregir una supuesta irregularidad, ello no implica per se la atribución de una competencia legal que la ley no le ha entregado a la autoridad policial, en otras palabras, la ley no ha asignado la competencia a las unidades policiales para asumir el ejercicio del control de legalidad de una captura...”. (**Rad. 153735, 31 de julio de 2012, M. P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión**).



CENTINELA

Las funciones de vigilancia y seguridad pueden hacerlo sujeto del delito de peculado culposos

“... y a aquellos los define como “el individuo de la guardia armado y colocado en un sitio, lugar o zonas determinados con funciones definidas de vigilancia y seguridad”²⁵, lo que debe atender –vigilancia y seguridad–, con fidelidad a las consignas generales y las particulares que se le señalen. Las primeras refieren a aquella actitud necesaria que posibilita el cumplimiento de las tareas específicas para el cual fue dispuesto el Puesto en el plan de defensa de la unidad; así pues, están vinculadas con la disposición física y mental permanente del centinela, esto es, el

²⁵ Numeral 46 ibidem.

estar compenetrado plenamente de la importancia del servicio, como se indica en el literal “c” numeral 46 del Reglamento ya mencionado. Las consignas particulares, en cambio, son aquellas tareas específicas encomendadas al Centinela, elaboradas con base al propósito concreto que el plan de seguridad contemple para el Puesto. Por otro lado, tal como se citó entonces en líneas anteriores, el Centinela tiene dos misiones definidas: La vigilancia y la seguridad. La seguridad hace relación a que el lugar, personas o bienes estén fuera de peligro, y a la prevención o conjura de situaciones que atenten contra esos lugares, bienes o personas, como una tarea persuasiva y disuasiva, esto es, realizando las acciones para evitar los peligros, daños o atentados, o en un clima más favorable, distrayendo la atención para que no se presenten.

En cambio vigilancia es el *“cuidado y atención exacta en las cosas que están a cargo de cada uno”*²⁶, de tal forma que se está vigilante cuando se vela o se está atento y despierto con respecto a lo que le haya sido encomendado o haya asumido (bienes, lugares, personas). Esto significa que la vigilancia se concreta en la atención respecto de las cosas, lugares o bienes específicos, mientras que la función de seguridad va más allá en cuanto procura la evitación del peligro, u ocurrido este, las acciones que deba llevar a efecto para conjurarlo. (...).

Entonces: Para poder el Centinela velar por la seguridad, tenía que permanecer atento como se expresa en el numeral 6, y esto a su vez solo se podía materializar mediante la vigilancia, lo que lo vinculaba materialmente con la aeronave, porque las consignas particulares solo podían cumplirse si estaba atento a esa área de responsabilidad, que era el helicóptero. Esto significa que en el caso concreto el Centinela custodiaba la aeronave y bien podía ser sujeto activo de un delito de Peculado culposo, teniendo en cuenta las circunstancias en este caso concreto, porque en otras eventualidades podría resolverse en el sentido de que se trata de un delito contra el patrimonio económico. (...).

Lo que se quiere significar con lo anterior es que en relación con la razón de ser del Centinela, que como se relató atrás, tiene como referente la vigilancia y la seguridad, respecto de los bienes vinculados a sus funciones particulares de un puesto, habría que examinar, en el evento en que ellas taxativamente no contemplan la custodia, si en virtud a las mismas, esto es, por la ejecución material de las mismas, tenga necesariamente la custodia de los bienes, y esto obedece a que pueden presentarse hipótesis en las que el Centinela desconozca esos bienes, por ejemplo porque no tuvo con la suficiente ilustración o no tuvo acceso a su verificación, o si desconocía de su existencia, entre otras eventualidades, lo que no ocurrió en los hechos que fueron materia de investigación en el presente proceso penal, porque no puede negarse que el Centinela MO ingresó al hangar según la propia versión del procesado, tenía que estar atento del helicóptero y a ello están íntimamente atadas las circunstancias en que se produjeron los daños al helicóptero...”. **(Rad. 156547, 4 de febrero de 2013, M. P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**





CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO

La cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal resulta nugatoria cuando se encuentra en firme la cesación de procedimiento por una causal de ausencia de responsabilidad

“... lo anterior, lo que se quiere significar es que la providencia del Juzgado Instructor fue mixta en cuanto se tomaron 3 decisiones disímiles, y una de ellas con la particularidad de ponerle fin al proceso penal, vale decir, la cesación de procedimiento por la existencia de una causal de ausencia de responsabilidad, que no fue recurrida y quedó en firme el día 21 de septiembre de 2012. Lo anterior significa que en tratándose de una decisión que adquirió firmeza, que favorece a los intereses del procesado y que desde el punto de vista material es más benéfica -se fundamenta en una causal de ausencia de responsabilidad- que aquella que pudiere producirse si se considerara la prescripción de la acción penal, resulta incólume, de tal forma que el recurso necesariamente debe ceder a esta decisión que le puso fin al proceso, y no solamente por esto mismo, sino que el principio de preclusión, impediría también que pudiere retrotraerse el proceso penal, en el que por supuesto, también opera el principio del non bis in ídem, pues equivaldría a examinarse nuevamente la actuación a pesar de que ha terminado por una decisión que quedó ejecutoriada en la fecha en que se señaló...” (Rad. 157488, 18 de octubre de 2012, M. P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ).



CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO

Para su proferimiento es necesaria la demostración plena de las causales invocadas en el art. 34 de la Ley 522 de 1999

“... De tal manera, no se tiene certeza si la muerte de JCV fue producto de la reacción de los policiales ante un ataque con arma de fuego por parte de este sujeto y que perfectamente puede encuadrarse en una de las causales del artículo 231 del Código Penal Militar; o como se infiere de la diligencia de necropsia se trató de una reacción precipitada y desbordada de los policiales cuando el hoy occiso **intentó** utilizar la escopeta hechiza que portaba, y en el que se desconoce con certeza si logró o no dispararla; situaciones disímiles que de comprobarse implicarían decisiones jurídicas diferentes.

Es evidente de acuerdo a lo plasmado, que la cesación de procedimiento dictada por el Juez Instructor fue prematura, por cuanto no hay certeza de mediar una casual que pueda motivarla, además, existen dudas que deben esclarecerse y que no permiten dar aplicabilidad a lo normado en el artículo 231 del Código Penal Militar.

En otros términos, se invita al señor Juez Instructor a continuar con el perfeccionamiento de la investigación, a fin de aproximarse a una verdad verdadera, a una justicia y una reparación, atendiendo tan flagrantes contradicciones. Es decir,

que se realice una verdadera investigación integral que permita llegar a la certeza sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos investigados inicialmente por la Fiscalía Delegada Seccional de Riosucio (Caldas), procurando un mejor análisis probatorio y jurídico...”. (Rad. 157464, 20 de noviembre de 2012, M. P. CR. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).



CITACIONES JUDICIALES

Libertad de medios para su concreción

“... la Sala se ve compelida a precisar que el Código Penal Militar en el segmento denominado ACTUACIÓN PROCESAL, previó en su artículo 311 que “En la actuación procesal se podrán utilizar medios científicos y técnicos en general, que la ciencia ofrezca a la investigación y que no atenten contra la dignidad humana ni menoscaben las garantías fundamentales del debido proceso”, y en el canon 328 estableció, en relación con las citaciones que: “FORMA DE LAS CITACIONES. <Ley derogada por la Ley 1407 de 2010. Ver Art. 628 sobre su vigencia> Las citaciones podrán hacerse por los medios y en la forma que el juez considere eficaces, siempre que no se menoscaben los derechos y garantías fundamentales”.

Como se aprecia de las preceptivas antes citadas, en la actuación procesal se permite la utilización de todos los medios que sean posibles y eficaces y que garanticen una administración de justicia pronta y debida, siempre a condición que ellos no afecten los derechos y garantías fundamentales de los intervinientes.

De tal suerte que la citación por medio telefónico que hizo el despacho a NGT y OG no afecta los derechos y garantías fundamentales de los sujetos procesales, porque esa forma a más de ser eficaz, es coherente con los principios de economía y celeridad que son imperativos procesales...” (Rad. 157482, 16 de octubre de 2012, M. P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión, Salvamento de voto, CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ).



CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL Y LIBERTAD CONDICIONAL

Diferencias, se violenta cuando en una misma actuación se tramite simultáneamente una indagación e investigación formal

“... En efecto, comencemos por destacar que fue ambigua la argumentación esbozada por el condenado para reclamar su liberación, como quiera que el marco jurídico por él esgrimido apunta a dos instituciones jurídicas bien distintas y diferenciadas, como son la condena de ejecución condicional, por un lado, y la libertad condicional, por el otro.



Si bien es cierto los dos subrogados penales antes anotados son de naturaleza material, en cuanto que su regulación está contenida en el cuerpo sustantivo del código y se enfilan a la libertad del reo; el primero de ellos, esto es, la condena de ejecución condicional se reconoce y otorga en la sentencia misma, mientras que la segunda, es decir, la libertad condicional, se viabiliza cuando el penado haya descontado, de la pena impuesta, las tres quintas partes. Adicionalmente el motivo que origina uno y otro beneficio es diferente, pues el primero se desprende de la convicción de que el justiciado no requiere tratamiento penitenciario, y, el segundo, en el supuesto de la readaptación social del procesado, así lo ha expresado la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia, veamos:

“En este mismo contexto, cabe decir, que aunque la libertad provisional, la condena de ejecución condicional y la libertad condicional, son instituciones que tienen en común la libertad del procesado, son también marcadas sus diferencias. Recuérdese lo sostenido por esta corporación en pronunciamiento de julio 7 de 1994, M. P. Dr. Dídimo Páez Velandia:

“... mientras la libertad provisional es una institución de carácter procesal, sometida a las reglas del estatuto adjetivo, para los procesados, los subrogados de la condena de ejecución condicional y libertad condicional, que se rigen por el estatuto sustantivo, contemplan para los condenados un modo de cumplir las penas de arresto y de prisión; la excarcelación se otorga en la medida en que no haya una sentencia condenatoria ejecutoriada, en tanto que la suspensión condicional de la pena se reconoce en la sentencia misma, y la libertad condicional cuando haya descontado las dos terceras partes de la pena impuesta; y, en fin, las razones en que se fincan, son diversas, ya que la libertad provisional tiende a neutralizar los efectos nocivos de una detención física, la suspensión condicional de la pena en que el condenado no requiere tratamiento penitenciario, y la libertad condicional en la readaptación social del condenado”²⁷.

Desde ese panorama, mal podría entonces decidirse en relación con el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, pues como quedó referido, se insiste, este instituto se otorga en el momento en que se emite la sentencia, a condición que exista la convicción fundada por el sentenciador de que la privación en el centro penitenciario es innecesaria, entre otras; situación que no aconteció en el caso que nos atañe.

Bajo esa comprensión, el análisis se hará de cara al beneficio jurídico de la libertad condicional, regulado en nuestro Estatuto Militar en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 75. CONCEPTO. El juez concederá la libertad condicional al condenado a la pena de arresto mayor de tres (3) años o a la de prisión que exceda de dos (2), cuando haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la condena, siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social”²⁸.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, radicado 11608 del 29 de mayo de 1996, M. P. Dr. Nelson Pinilla Pinilla.

²⁸ Ley 522 de 1999.

De la preceptiva antes reseñada aparece diáfano que para la concesión del mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad se debe verificar la concurrencia de requisitos objetivos, referidos al cumplimiento parcial de la sanción impuesta, entre otros, y subjetivos, que atañen al buen comportamiento del penado durante su tratamiento penitenciario y los antecedentes de todo orden, que permitan suponer fundadamente al servidor judicial la resocialización de aquel y la convicción que no es necesario el cumplimiento del resto de la pena...” (Rad. 156797, 14 de enero de 2013, M. P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).



DEBIDO PROCESO

Se violenta cuando en una misma actuación se tramita simultáneamente una indagación preliminar y una investigación formal

“... Así, lo ocurrido en este evento es que dentro de una etapa -indagación preliminar-, se está tramitando investigación contra el AG (r) SP, a quien se le vinculó con indagatoria y luego se le resolvió la situación jurídica provisional, decisiones propias, por supuesto, de una etapa instructiva, cuya finalidad es la verificación de la conducta mediante la práctica de las pruebas que permitan evaluar su responsabilidad frente a uno o unos tipos penales. Pero para dar paso al trámite de la etapa instructiva debe agotarse la indagación con alguna de las dos formas señaladas en el artículo 458 de la Ley 522/99, lo que no ha ocurrido porque respecto del PT. RMJ ha ocurrido hasta ahora silencio del Despacho Instructor. (...). En conclusión, los sujetos procesales deben tener claridad acerca de la etapa en la cual se encuentra el proceso penal y cuáles son las diligencias y decisiones que se deben tomar, pues no se les puede confundir si están en una u otra, o como en este caso, en que hay una superposición de la investigación a la indagación. Ya que la foliatura corresponde esencialmente a una indagación preliminar, dentro de la cual se ha sobrepuesto una investigación, algo ajeno a la estructura del proceso, que inicialmente se recordó.

Corolario de lo anterior, se ha presentado una irregularidad que ha afectado el debido proceso, en cuanto no se ha atendido la metodología que el legislador ha dispuesto para el trámite del proceso penal, al interponerse una investigación a la indagación preliminar, cuyas finalidades son distintas, que suponen entre otras cosas, en una la calidad de imputados, frente a la otra de procesados, implicando ello incertidumbre sobre el objeto de la actuación, para los sujetos procesales que deben atender simultáneamente, y fusionadas, la investigación y la indagación, a pesar de que se trata de los mismos hechos materia de verificación, en cuanto atienden iguales circunstancias (tiempo, modo y lugar), de tal forma que hasta ahora no aparece claro el objetivo de la persecución penal que es verificación de la conducta para la imposición de infracción penal a los responsables, y con ello no quiere indicarse que se trate de una simple violación a la instrumentalidad de las formas, si no que ella ha trascendido a la imposibilidad del trámite simultáneo respecto de unos mismos hechos, en una indagación e investigación simultáneas, y tal es la confusión para la defensa técnica por ese menoscabo de la estructura del



proceso, que el mismo defensor de SP ahora implora que por lo menos se le dé a su defendido el mismo trato que a los otros “dos investigados” y se archive el proceso definitivamente. Por lo anterior la Sala en forma oficiosa dispondrá la nulidad de la actuación en relación exclusivamente con la investigación penal...” (Rad. 157525, 4 de febrero de 2013, M. P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).



DELITO CULPOSO

Precisión de la infracción al deber objetivo de cuidado frente a las normas que regulan la actividad y la gobiernan. Armas de fuego

“... El aspecto principal sobre el cual gira la controversia, es si el procesado actuó conforme a una causal eximente de responsabilidad o en su lugar si habrá de confirmarse la sentencia condenatoria por el punible de homicidio culposo; por esta razón se detendrá la Sala en las consideraciones expuestas, en especial sobre las apreciaciones fácticas y jurídicas que sirvieron de fundamento para la decisión y en particular sobre la valoración probatoria que efectuó el a quo y que le permitieron arribar una sentencia condenatoria en contra del Soldado Profesional ACLF.

Es también dicente que la doctrina desplazó criterios de la realización del delito culposo hacia aspectos más objetivos ubicados en la categoría de la tipicidad con la inclusión del concepto de “infracción al deber objetivo de cuidado”, noción acogida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia bajo el entendido que “El delito culposo, por su parte, consiste en que la comisión del punible se encuentra acompañada de la omisión del deber objetivo de cuidado ya sea por negligencia, la imprudencia, la violación de reglamentos o la impericia del agente”²⁹, complementando el alto tribunal que “la violación al deber de cuidado objetivo se evalúa siempre dentro del ámbito situacional determinado, es decir, por medio de un juicio de la conducta humana en el contexto de la relación en el cual se desempeñó el actor, y no en el aislamiento de lo que este hizo o dejó de hacer”³⁰, lo que quiere significarse que cada proceder debe analizarse dentro de las concretas circunstancias que enmarcan la respectiva acción, en un contexto determinado, dentro de un catálogo determinado de deberes, razón por la cual debe el operador judicial remitirse a las fuentes que sirven de directrices para establecer si se configura o no el elemento sometido a examen.

Es importante también la precisión en el sentido que si la infracción al deber de cuidado se concreta en el desconocimiento de la norma de cuidado inherente a actividades en cuyo ámbito se generan riesgos o puestas en peligro de bienes jurídicamente tutelados, es necesario fijar el marco en el cual se realizó la conducta y señalar las normas que le gobernaban, a fin de develar si mediante la conjunción valorativa ex ante y ex post el resultado que se produjo puede ser imputado al com-

29 Corte Suprema de Justicia, radicado C-9476, Sentencia 23 de noviembre de 1995.

30 Corte Suprema de Justicia, radicado 12655, sentencia del 16 de septiembre de 1997.

portamiento del procesado, estableciendo así el Juez en primer lugar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante, teniendo que retrotraerse al momento de la realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico...” (Rad. 157169, 31 de enero de 2013, M. P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).



DELITOS CONTRA EL SERVICIO

Las funciones asignadas al militar o policial contribuyen a diferenciar el punible del centinela del de abandono del puesto

“... Corolario de lo anterior, es evidente que tanto el Juez de Instrucción Penal Militar que resolvió la situación jurídica como la Fiscalía Penal Militar que emitió la Resolución de Acusación e igualmente el Juez de Conocimiento del Departamento de Policía Norte de Santander, omitieron argumentar los elementos objetivos y subjetivos que permitirían afirmar según su criterio que la conducta asumida por el AP. CAF se adecuaba a la descripción típica del punible de abandono del puesto. El único elemento que se resalta es afirmar que el procesado se encontraba durmiendo y que el delito de abandono del puesto dentro de sus conductas alternativas contempla *“se duerma”*.

De las reflexiones realizadas en anterioridad es que esta Sala de Decisión considera que ante los hechos presentados, como es natural se ha de hacer el análisis de las hipótesis presentadas para comprobar o no la existencia de un punible y en tal línea de verificación de los diversos elementos luego de esclarecer cuál es la ley aplicable al caso se aborda el estudio dogmático de la tipicidad donde se ha de precisar si la conducta se adecúa o no a una descripción de la Ley Penal y determinar específicamente a cual, en este estadio si se trata solo de la acción de dormir, esta, está contemplada en dos punibles en el de abandono del puesto, pero también en el del Centinela. Y es este último punible en el que esta Sala de Decisión considera se ha de hacer el juicio de tipicidad.

Se ha de reiterar entonces, que el criterio para efectuar la adecuación típica en los punibles que atentan contra el servicio, no se construye únicamente a partir de la simple denominación del cargo de seguridad y vigilancia, ni como sucedió en el caso sub judice de la simple conducta naturalística materializada en la acción de dormir; sino que, lo relevante son las funciones materialmente asignadas y desarrolladas, al igual que las características del servicio prestado por el policial, las que permiten establecer que se está frente al punible del Centinela y no del delito de abandono del puesto.

Bajo este criterio, se habrá de recordar que para la época de los hechos se encontraba vigente la Resolución 9857 de 1992 por medio de la cual se expidió El



Reglamento de los Servicios de Guarnición para la Policía Nacional, cuerpo jurídico que conceptualiza y enseña qué es una guardia, qué servicios la integran (Comandante de Guardia, Relevante de Guardia, Corneta de Servicio y Centinela), al mismo tiempo se determina cuáles son las funciones a desarrollar por cada uno de ellos. (...).

Con el marco normativo y reglamentario anterior se dirá entonces, que en la Estación de Policía, La Esperanza, del Departamento de Norte de Santander, tal como se constata en el libro de minuta de guardia de la citada Unidad Policial³¹, se designó en los servicios de seguridad para el día viernes 29 de mayo de 2009 al AP. CAF, para que este prestara su servicio de vigilancia y seguridad en el primer turno (de las 01:00 a las 07:00 horas) en la Garita No. 1, y para su misión se le asignó el fusil galil No. 7951. Asimismo, que la vigilancia que desarrollaría el auxiliar de policía CAF tenía la finalidad de protección de las instalaciones policiales de la citada Estación³².

Tal servicio fue vulnerado y consecuente con ello puesta en peligro las personas y bienes que comprendían la Unidad Policial de La Esperanza, pues estos quedaron desamparadas por el lapso de tiempo en que la vigilancia no se ejerció en debida forma como consecuencia de encontrarse dormido³³ el AP. CAF, quien tenía la misión de vigía en la garita 1.

Entonces se habrá de reiterar que al AP. CAF le fue asignada la misión de vigilancia y seguridad de las instalaciones policiales y de las personas que allí se encontraban, labor que desarrollaría desde un punto fijo como lo era la garita No. 1 y para el cumplimiento de tal actividad se le asignó un arma de dotación fusil galil 7951, características estas que al revisar el libro de la minuta de guardia de la Estación de Policía, La Esperanza, en su folio 165 se interpreta que el procesado hace parte de la guardia que tiene la Estación, con las funciones de seguridad y vigilancia, coligiéndose de ello, que lo hace en calidad de centinela.

31 Libro minuta de guardia de la citada Estación Policial a folio 165 se registró el servicio de seguridad para el día viernes 29 de mayo de 2009, el cual fue suscrito por el Comandante de Estación IT. WILLIAM DURÁN QUINTERO, CO. 1, fl. 9, así: "01., (...) 15. AP. CADENA ANDRÉS FELIPE –ARMAMENTO NÚMERO 7951 – 1º GARITA 1, 3 TURNO GARITA 3 (...) registrándose las siguientes consignas:

...
EXTIENDA AL MÁXIMO LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD: PERSONAL – ARMAMENTO E INSTALACIONES.
INFORMAR OPORTUNAMENTE CUALQUIER NOVEDAD QUE SE PRESENTE DURANTE EL SERVICIO.
BUEN TRATO A LA COMUNIDAD
REVISTA A PUNTOS CRÍTICOS
MUNICIÓN DE RESERVA A LA MANO".

32 En el libro de minuta de guardia de la Estación de Policía La Esperanza, CO. 1, fl. 5 y 6 con fecha 29/05/09 a la 01:40 se realizó la siguiente anotación: "A la hora y fecha se deja constancia que al pasarle revista al señor AP. Cadena Andrés Felipe el cual se encuentra de servicio en la garita No. 1 en momento de la revista se encontró durmiendo sobre los Bultos del Bunquer descuidando su seguridad personal y la de las instalaciones donde pernotan (sic). sus compañeros de igual forma el armamento Fusil galil se encontró en el piso de la garita del segundo piso es de anotar que falta compromiso por parte del AP responsabilidad así mismo mostrando Negligencia. Para que obre como prueba el Fusil galil # (sic). y Foto tomadas serán entregadas al señor IT. DQW. SI. PAC". (Negrilla fuera de texto).

33 En el informe presentado por el SI. PAC Jefe de Escuadra, el cual dio génesis a la presente investigación se plasmó: "Respetuosamente me permito informar al señor Intendente W DQO que el día 29/05/09 siendo las 01:40 horas la novedad ocurrida con el señor AP CAF identificado con cedula de ciudadanía número 1014202575, el antes mencionado se encontraba de servicio en la garita número uno (1), al pasarle revista a los puntos de facción se encontró durmiendo acostado sobre los bultos del bunker en el segundo nivel de igual forma encontrando el fusil número 8-1957951 dejándolo a la deriva en el piso del segundo nivel así mismo mostrando negligencia y falta de responsabilidad y compromiso con el servicio **con las funciones asignadas como centinela**, colocando en riesgo la seguridad personal y exponiendo **la seguridad de las instalaciones** donde pernotan (sic). sus compañeros y demás, fue recogido el armamento para que obre como constancia, y cuatro fotos tomadas cuando se encontraba durmiendo, anotación de la novedad en el libro de minuta de guardia folio 069 y 070". CO. 1, fl. 3 (Resaltado para destacar).

De la concreción fáctica anterior, sin lugar a dudas se concluye que el AP. CAF en el momento en que fue sorprendido dormido prestaba el servicio de seguridad y vigilancia en la garita No. 1 de la Estación de Policía, La Esperanza, en el rol de Centinela y que encontrándose desempeñando tal función, faltó a una de sus consignas al decidir entregarse al sueño³⁴...”. (Rad. 157412, M. P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).



DELITOS CULPOSOS

Del homicidio y de las lesiones personales frente a la coautoría en esta categoría de delitos

“... La calificación de la conducta para el procesado TKCIM OC fue por los delitos de Homicidio y Lesiones Personales en su modalidad culposa en coautoría con el IMC TV. Corresponde entonces pronunciarse a la Sala sobre los cuestionamientos que se le hacen a la sentencia respecto de la calificación de la conducta, así como de la coautoría que trató el Juzgado de Primera Instancia y acerca de la responsabilidad penal frente a las causales eximentes de responsabilidad esgrimidas.

Pero también se puede colegir que no se puede predicar en este caso en particular que haya existido una cooperación con división de trabajo, pues primero no existió orden alguna de disparar, por este motivo el IMAR T también vulneró los deberes de cuidado que le eran exigibles.

Este análisis argumentativo nos ubica en el tema jurídico que trató el a quo en su sentencia, el cual no es otro que el de la coautoría, pero observado por esta instancia bajo otra óptica y otro tratamiento diferente al que le dio el Juzgado de Primera Instancia, pues de forma por demás errónea y equivocada le dio el alcance de coautoría impropia y en la doctrina coautoría funcional, dominio del hecho funcional que consagra el inciso 2 del artículo 29 del Código Penal y el artículo 30 de la Ley 1407 de 2010, inciso 2, la cual se presenta cuando concurre una división plural de trabajo, con una decisión común al hecho (acuerdo común) y con un aporte significativo durante la ejecución del mismo. Fácticamente esto no ocurrió como se explicó anteriormente, por consiguiente pensar que esta figura sería la predicable, es un error por cuanto esta presupone la existencia de un plan criminal, propio de los delitos dolosos y precisamente en este evento no ocurrió toda vez que no existió asomo alguno de plan criminal o conductas dirigidas a ese fin.

34 En diligencia de inquirir el procesado AP. AFC, manifestó: “...me levanté al turno normal faltando diez para la una, mi cabo P impartió consignas y nos distribuyó a los puntos de facción y a mí me mando para la garita Nro. 1 y llegue normal, me senté y como a los 40 minutos me empezó a coger el sueño ya que no había dormido lo que tenía que dormir, **efectivamente me recosté en los bultos de la garita Nro. 1** y fue cuando menos me di cuenta que ya me había cogido el sueño y cuando abrí los ojos fue que vi al cabo PI tomándose fotos, entonces en eso me di cuenta que él ya tenía el fusil y lo que él hizo fue bajarse de la garita e irse para la estación, yo me fui detrás de él y él me puso a prestar guardia frente a la estación. (...) PREGUNTADO: Se le pone de presente el informe suscrito por el señor SI. CPA el cual reposa a folio Nro. 3, del cuaderno original, para que manifieste si lo que allí está plasmado es cierto y qué tiene que decir al respecto. CONTESTÓ: Si, es verdad y no tengo que decir nada al respecto”. CO. 1, fl. 34 y ss. (Resaltado para llamar la atención).



Diferente es el tratamiento para los delitos culposos, pues es oportuno aclarar en este momento procesal que si bien en una etapa primigenia se habló de coautoría aditiva por quien funge hoy como ponente, es pertinente aclarar que como bien lo señaló la Honorable Corte Suprema de Justicia en una sentencia hito, en nuestro concepto, dentro de un proceso contra dos médicos condenados por el delito de homicidio culposo, que una es la coautoría propia, también llamada concomitante, paralela, pluriautoría que también refieren tratadistas como Eugenio Zaffaroni, comprendida como aquella en que convergen varios sujetos en la realización de la conducta, pero se considera que cada una de las contribuciones fueron suficientes para producir el resultado típico, dejando como ejemplo, cuando Pedro, Juan y Diego hacen sendos disparos de revólver sobre Juan y le dan muerte, y otra la impropia.

Este tema ha sido tratado tangencialmente por la Honorable Corte Suprema de Justicia, recientemente³⁵, afirmando que en la doctrina, un sector minoritario siempre ha defendido la existencia de una coautoría funcional culposa, postura que desde la última década del siglo pasado ha venido adquiriendo cada vez más fuerza, desde Roxin³⁶ cuando citando a Weisser, señala como punto de partida para establecer una coautoría imprudente *“que los intervinientes estén sometidos objetivamente al mismo deber de cuidado, que cooperen voluntariamente en realizar la acción u omisión descuidada y que cada coautor sea consciente de que a los demás se le dirigen las mismas exigencias de cuidado que a él mismo”*.

Empero, la misma Corte en la decisión en comento expresa que la opinión dominante considera irrelevante hacer esa clase de distinciones cuando el resultado típico es producido por la concurrencia de varias conductas imprudentes, en la medida en que toda persona responde en el delito imprudente.

En la aludida sentencia cuyos hechos se retrotraen a la responsabilidad por el punible de homicidio en la modalidad culposa de los profesionales de la medicina, la Corte aclara *que el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la sentencia condenatoria de los procesados a título de autores, aclarando que en su parte motiva que sí es posible plantear una coparticipación en el delito culposo, en la medida en que el acuerdo de voluntades se predique de la acción que produjo el resultado típico y no del propósito de producirlo, con lo que se quiere significar -aclara el alto Tribunal-, que el riesgo jurídicamente desaprobado fue administrado por más de una persona en el presente asunto y, por lo tanto, este les competía a los procesados*. Esta situación efectivamente fue lo que ocurrió en el presente proceso, donde las conductas estuvieron acompañadas de la omisión del deber de cuidado con las consecuencias ya conocidas.

La justicia alemana ha venido razonando con base en la teoría del riesgo como pilar de la imputación objetiva, en estas hipótesis, que así no se pruebe la relación de causalidad, la sola violación del deber de cuidado por parte de los agentes, es suficiente para imputar a los mismos el resultado correspondiente, porque con su actuar conjunto han creado o elevado el riesgo corrido por el bien jurídico. Como ejemplo

35 Corte Suprema de Justicia, radicado 27.388, noviembre 8 de 2007, M. P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

36 Autoría y dominio del hecho en derecho penal, Marcial Pons, Roxin, Claus, Madrid, 1999, pág. 305 y ss.

*está el caso de los dos tiradores imprudentes que disparan a un lugar público sobre un blanco y dan muerte a un niño, sin poderse determinar quién hizo el disparo*³⁷.

Si bien para tratadistas como Fernando Velásquez en las conductas culposas es autor todo aquel que causa el resultado determinado por la violación del deber de cuidado medio exigible, pues no existe dominio del hecho; en tales formas de actuar no hay autores ni partícipes, sino solo causantes acorde con un concepto unitario de autor. Si en un mismo suceso concurre la imprudencia de varias personas y a cada una de ellas le es imputable objetivamente, de forma total o parcial el resultado producido, ellas serán autoras de su propio delito imprudente; en estas conductas, pues, solo cabe autoría principal y no es posible la coautoría como lo indica Cerezo Mir. Como lo afirma la Corte Suprema de Justicia en la sentencia ya referida, esta figura jurídica que hoy se está invocando en el presente proceso, no es un imposible dogmático a la luz de la nueva legislación penal ordinaria y penal militar desde la teoría de la imputación objetiva...” (Rad. 154799, 6 de agosto de 2012, M. P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).



DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO

Existencia de fallas administrativas en la incorporación al servicio militar

“... Se trata de situaciones de carácter administrativo y de trámite, mas no de carácter sustancial que afecten el debido proceso penal o las garantías fundamentales de que goza el acusado, pues la incorporación al servicio militar del joven se regula en la Ley 48 de 1993 y su incumplimiento genera acciones disciplinarias contra los funcionarios que la infrinjan y probablemente procesos de aplazamiento o desacuartelamiento, pero no ilegalidad o justificación para evadir la justicia penal, más cuando se observa que la incorporación fue voluntaria”³⁸.

Las Fuerzas Militares no obligan a ningún ciudadano a que se incorpore como soldado regular, cuando este sea bachiller, se entiende que tales condiciones las aceptan los jóvenes por vocación de servicio a la patria y por tal razón de antemano saben y conocen que deben renunciar a los beneficios que les otorga la incorporación como soldados bachilleres...” (Rad. 157563, 22 de marzo de 2013, M. P. CR. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).



³⁷ Fernando Velásquez, Derecho Penal, Parte General, Cuarta Edición, 2009, Librería Jurídica Comlibros.

³⁸ Cfr. Folio 31.



DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Bloque de constitucionalidad. Principios y reglas aplicables a casos de conflictos sin carácter internacional

“... Al respecto habrá de precisarse que los principios, reglas y preceptos contenidos en el Derecho Internacional de los Conflictos Armados, tiene plena vigencia y son aplicables dentro del territorio Colombiano al conflicto sin carácter internacional que vive nuestro país, en virtud del denominado bloque de constitucionalidad inferido del artículo 93 Superior y de las leyes 5ª de 1960 Aprobatorias de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949; 171 de 1994 Aprobatoria del Protocolo II de 1977 adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra; y la Ley 32 de 1985 Aprobatoria de la Convención de Viena de 1969, disposiciones que permiten afirmar que en el caso bajo estudio, debe aplicarse como regla de interpretación los Principios del Derecho Internacional Humanitario.

En este punto ha de aclararse que la figura jurídica de origen foráneo conocida como “*bloque de constitucionalidad*”, es una técnica jurídica que permite al Juez Constitucional, en virtud de la existencia de cláusulas de reenvío instituidas en aquellas Constituciones abiertas, como la nuestra, a través de una interpretación armónica con un texto normativo concreto o conjunto de textos normativos, un principio o un conjunto de principios, ampliar el contenido objetivo del texto fundamental, que para el caso del marco constitucional colombiano, por disposición de los artículos 93 y 94 Superiores, está limitado a los derechos, deberes y garantías consagrados en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia.

En ese orden de ideas, desde la sentencia C-225 de 1995 que trata sobre el control automático de constitucionalidad de la Ley 171 de 1994 Aprobatoria del Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, la Corte Constitucional ha precisado que el contenido de tales disposiciones “... *no vulnera la soberanía nacional, ni equivale a un reconocimiento de beligerancia de los grupos insurgentes*”, por tanto, los Tratados Internacionales sobre Derecho Internacional Humanitario, son llamados a ser aplicados en las situaciones del conflicto armado sin carácter internacional, posición que ha sostenido de manera pacífica en posteriores decisiones, entre muchas otras, la C-148 de 2005, C-291 de 2007, C-488 de 2009 y C-615 de 2009, precedentes constitucionales en los que se ha entendido que los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales, al igual que la Convención contra el Genocidio, hacen parte del Bloque de Constitucionalidad.

Dentro del marco precedente, debe tenerse en cuenta que la obligación de abstenerse de utilizar la fuerza o hacer uso de ella como última ratio y en especial la fuerza letal, no hace parte del Derecho Internacional Humanitario o Derecho de la Guerra, por el contrario, la existencia de confrontaciones bélicas, bien sea de carácter internacional (guerra entre Estados) o sin carácter internacional, es decir, confrontaciones armadas entre Fuerzas del Estado y Grupos Insurgentes, es lo que origina la necesidad militar y en consecuencia, justifica la aplicación del Derecho

Internacional de los Conflictos Armados, que de un lado, determina la protección de las víctimas de los conflictos armados y de otro, establece las normas internacionales que rigen la conducción de las hostilidades.

Bajo ese entendido, el único objetivo válido que se debe buscar al planear y ejecutar una operación militar, deberá ser el debilitar el potencial de su adversario para alcanzar una ventaja decisiva de carácter militar, presupuesto del que germina el principio de necesidad militar que justifica el uso de la fuerza letal, la adopción de medidas, la utilización de medios y métodos de violencia permitidos por el derecho convencional y el derecho consuetudinario, indispensables para obtener la única finalidad bélica.

El derecho a emplear la fuerza o violencia en la forma y en el nivel necesario para alcanzar el sometimiento del adversario, debe ejercerse bajo el respeto absoluto de los cuatro principios que representan el mínimo de humanidad, los cuales deben observarse, tanto en los conflictos de carácter internacional como en aquellos que no poseen esa representación, los cuales corresponden en su orden a los principios de Distinción, Proporcionalidad, Limitación y Respeto a las Garantías Fundamentales de las Personas, los tres primeros atañen a la forma como deben conducirse las hostilidades y el último, al respeto del ser humano, víctima del conflicto.

Estos principios por su naturaleza son generales y abstractos, no obstante, de su contenido se derivan reglas específicas que los puntualizan, desarrollan y facilitan su aplicación en términos prácticos, así, según el Principio de Distinción, se debe diferenciar entre quiénes participan directamente en las hostilidades y quiénes no lo hacen, es decir, la población civil, pues su finalidad específica es garantizar el respeto y la protección de la población civil y los bienes de carácter civil, en esa medida solamente pueden dirigirse los ataques contra objetivos militares (bienes y sujetos combatientes).

El Principio de Proporcionalidad tiene como finalidad minimizar los daños colaterales ocasionados a la población civil y a los bienes de carácter civil, que puedan generarse como resultado de una operación militar y en ese sentido, cuando sean, inevitables debe existir un equilibrio entre los perjuicios ocasionados a personas y bienes de carácter civil, respecto de la ventaja militar específica que se pretende obtener. Por su parte, el principio de limitación, no permite la utilización de medios y métodos de guerra que puedan causar daños superfluos o sufrimientos innecesarios en el adversario; y finalmente, el principio de respeto a las Garantías Fundamentales de las Personas, busca garantizar el trato conforme a la dignidad humana y el permitir el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas que no participan en las hostilidades o han dejado de participar, por cualquier causa...”(Rad. 157498, 26 de junio de 2013, M. P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).





DESERCIÓN

Prescripción de la acción penal

“... Advierte esta Sala de Decisión que la petición principal presentada por la Procuradora Judicial, ha sido objeto de debate jurídico en casos similares y en preteritas oportunidades por parte de quienes integramos esta Corporación, en donde una y otra vez se ha expresado la posición mayoritaria la cual a la fecha no ha variado y confluye en afirmar que el término prescriptivo contenido en la nueva ley penal militar resulta imposible aplicar por ahora, en razón a que no se ha implementado el nuevo sistema penal acusatorio y el término que contempla esta figura jurídica es propio del nuevo sistema, además de que no es posible equiparar las actuaciones contempladas en la Ley 522 de 1999 con las que se establecieron para la Ley 1407 de 2010.

Hechas las anteriores precisiones, se insiste nuevamente por la Sala, que no es posible dar aplicabilidad al principio de favorabilidad y que tampoco se está desconociendo el de legalidad frente al instituto jurídico de la prescripción, lo que se pretende con esta decisión es evitar el resquebrajamiento del sistema descrito en la Ley 522 de 1999, pues como se señaló por el Colegiado en decisiones anteriores, no puede equipararse la Resolución de Acusación, actuación que en la Ley 522 de 1999 interrumpe la prescripción, con la formulación de la imputación acto que cumple la misma función en la nueva codificación castrense (Ley 1407 de 2010), al no guardar estas dos piezas procesales semejanza, pues son actuaciones procesales disímiles tanto en su contenido material como en su alcance, por ello, no es válido predicar identidad en sus figuras jurídicas...” (Rad. 157475, 19 de noviembre de 2012, M. P. CR. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).



DESERCIÓN

Rebaja de pena. Improcedencia del cincuenta por ciento en Ley 1058 de 2006. La sala cuarta recoge criterio, la rebaja que procede es de la sexta parte conforme al artículo 508 de la Ley 1407 de 2010

Rebaja de pena. Improcedencia del cincuenta por ciento. El instituto procesal y la rebaja del cincuenta por dispuesta en el 493 de la Ley 1407 de 2010 no es semejante con la orientada en la Ley 1058 de 2006. Su momento procesal comparativo es el juicio en consecuencia la rebaja solo es de la sexta parte. **Se recoge criterio.**

“Consecuente con las citas esbozadas en precedencia, de contera se ha de afirmar que ya esta Corporación había definido que **el auto que fija fecha para la celebración de la audiencia de acusación y aceptación de cargos, dispuesta en la Ley 1058 de 2006, corresponde al momento en que se entiende iniciada la etapa de juicio**, pues es el instante en que el juez recibe la actuación del fiscal con una resolución de acusación ejecutoriada y fija fecha para la celebración de la respectiva audiencia, lo que se surte efectivamente así la ley no lo indique puntualmente

en etapa de juicio, permitiendo vincular la aceptación de hechos y responsabilidad con la sentencia condenatoria que ha de emitir el juez al anunciar el fallo por la aceptación de cargos. Así, cuando se coteja lo aquí señalado con lo dispuesto por la Honorable Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 40655 del 28 de agosto de 2013, indefectiblemente lo que **nos corresponde es recoger el criterio** que hemos trazado en providencias: 157149 y 157150 del 26 de octubre de 2011, 157133 del 9 de noviembre de 2011, 157350 del 30 de julio de 2012, 157460 del 18 de septiembre de 2012 y 157420 del 18 de octubre de 2012, discernimiento que se acopia únicamente en lo atinente a la procedencia de traer la rebaja de pena consagrada en el artículo 493 de la Ley 1407 de 2010, de hasta el cincuenta por ciento de pena imponible, al procedimiento previsto en la Ley 1058 de 2006 y, en consecuencia, entramos a cambiarlo, por las siguientes razones:

La Honorable Corte Suprema de Justicia en el precitado pronunciamiento, con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Salazar Otero, enseñó:

“(…) Por lo mismo, la Corte tras examinar las diversas decisiones que se habían dictado hasta el momento, precisó³⁹:

“Vistos los criterios antagónicos que se han prohiado en torno a la temática en cuestión, debe la Corte en su función hermenéutica de unificación de la jurisprudencia nacional, zanjar la referida disparidad en aras de brindar la seguridad jurídica requerida cuando se trata de administrar justicia.

(…)

Como sustento del segundo aspecto cuestiona que la Fiscalía no haya conversado con el procesado para que en la audiencia de corte marcial se hubiere planteado la posibilidad de un acuerdo para aceptación de cargos, pero en modo alguno se expone cuál sería la trascendencia de ese presunto yerro si de todas maneras el procesado, por haber aceptado su responsabilidad en la comisión del delito, fue favorecido con la rebaja punitiva prevista en el artículo 579 citado, que fue de la sexta parte.

*5. Ahora si el objetivo de la demanda fuera la aplicación de los artículos 493 o 495 del nuevo Código Penal Militar, que comportan respectivamente rebajas punitivas de hasta la mitad o de hasta una tercera parte, cuando en la audiencia de acusación se aceptan los cargos determinados en el correspondiente escrito, o cuando eso sucede entre la audiencia de acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, es patente que el reparo carece de una fundamentación clara y precisa, habida cuenta que no se exhibe una argumentación que acredite la configuración de los elementos que harían viable, por favorabilidad, la aplicación de ciertos efectos previstos en la Ley 1407 de 2010 a casos que se rigieron por el anterior Código Penal Militar, o cuando ni siquiera se determina la equivalencia de los momentos procesales toda vez que, dado el procedimiento especial al que se sometió este caso, **diríase con el***

39 Auto del 7 de marzo de 2012 (Rad. 38401)



ad quem que la aceptación de cargos se produjo al inicio de la audiencia de juicio oral, que allí se denomina audiencia de corte marcial y que por tanto su correspondencia se daría con el supuesto fáctico del artículo 508 de la nueva ley, la cual en todo caso reportaría una disminución punitiva de una sexta parte que por igual fue reconocida en aplicación de la Ley 1058 de 2006 (...) (Negrillas nuestras).

Bajo este entendido, lo dispuesto por la Suprema Corte, en sede de casación penal, conlleva a afirmar que la aceptación de cargos, que se produce en la audiencia prevista para este propósito, se surte en la etapa de juicio; lo que comporta ratificar que la rebaja que procede cuando se armoniza o se propende por la equivalencia de los momentos procesales, para establecer la aplicación del principio de favorabilidad entre la ley 1058 de 2006 y la 1407 de 2010, es la contenida en el artículo 508 de esta última normatividad, que prevé un descuento de una sexta parte.

La fuerza vinculante de pronunciamientos del Alto Tribunal sobre asuntos de estructura procesal sustancial, derechos y garantías, y atendiendo lo indicado referente a “*su función hermenéutica de unificación de la jurisprudencia nacional, zanjar la referida disparidad en aras de brindar la seguridad jurídica requerida cuando se trata de administrar justicia*”, es por lo que, reiteramos, debemos recoger nuestro criterio y variarlo para acatar dichas disposiciones.” Tribunal Superior Militar. (Rad. 157717, 30 de Septiembre de 2013, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).



DESISTIMIENTO PROBATORIO

Por quien peticionó su práctica no afecta las garantías procesales

“... Tampoco escapa de la vista de esta Célula Judicial que la prueba fue pedida por la Fiscalía en su momento, mas no así por la defensa; posteriormente la titular de la acción penal desistió de su práctica, por lo que procede acertada la negativa del a quo, fenómeno este que no es atentatorio a las garantías del procesado, pues, si se observa con detenimiento, las solicitudes probatorias emergen con el fin de robustecer lo expuesto en la resolución de acusación, -en el bajo examen de la Fiscalía-, y de ellos depende cómo han de utilizarse sus pedimentos, por lo que el desistimiento se configura en actividad válida de su estrategia probatoria.

De cara al desistimiento de los pedidos de prueba, ha enseñado la Corte Suprema de Justicia:

“como también es normal que un sujeto procesal desista de una prueba si así lo considera.

Como se trata esencialmente de un proceso de partes, desde esa óptica es razonable que quien ha solicitado la práctica de una prueba desista de ella en el juicio si así lo estima a la hora de definir en la audiencia las pruebas que soportan

su teoría del caso, bien porque ese medio de convicción no alcanza sus expectativas procesales, bien porque de manera inexplicada, asumiendo en todo caso el riesgo que implique la decisión del sujeto procesal, opta por retirar de su expectativa probatoria determinado medio de convicción.

Es claro entonces que un sujeto procesal puede legítimamente desistir de la práctica de una prueba en el juicio, sin que eventualmente y aun respetando el principio de imparcialidad, el juez pueda requerir o pedir explicaciones por las cuales opta la parte por esa determinación; en todo caso, la decisión de retirar la prueba está ligada a la visión insular de sacar adelante la teoría del caso del interviniente respectivo (autónoma de la parte).

La determinación del fiscal en este sentido (desistir de una prueba previamente solicitada) tendrá efectos vinculantes solo en el caso de que se trate de prueba única, pues, en tal evento el fiscal quedará sin teoría del caso y el juicio quedará sin acusador y sin prueba. (Sin perjuicio de la eventual responsabilidad que pueda comprometer al funcionario, en tratándose de retirar pruebas trascendentales de cargo).

No sucede igual cuando existe multiplicidad de opciones probatorias, porque en ese caso el fallo tendrá que fundamentarse en ellas y obviar la prueba desistida, no practicada, en fin, no disponible". (Negrillas y subrayado de la Sala).

Fácil es, entonces, concluir que no queda a la defensa base alguna para insistir en que se lleve a cabo la redención de la escena, no pedida por su parte en el estadio oportuno para ello..." (Rad. 157343, 28 de enero de 2013, M. P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).



DESOBEDIENCIA

La orden de asistir a una formación de rutina no es de las que interesa al tipo penal de desobediencia

"... Así las cosas, respecto al elemento "*orden del servicio*", la emitida al procesado no es de aquellas relevantes para el tipo penal. La orden emitida por el TC. MC fue en el sentido de que el Soldado Regular VP pasara a la formación de recogida, que a su vez es una actividad regular dentro del régimen interno de las unidades militares, que pueden acarrear consecuencias de carácter administrativo y no penal. En ese sentido esta Corporación y Sala se han venido pronunciando en los siguientes términos, como se propuso hacer un catálogo de decisiones en la siguiente providencia con ponencia de quien ahora hace las mismas veces. (...)

Corolario de lo anterior, las instrucciones del Superior, para que el Soldado Regular VP se incorporara a la formación de recogida, si bien le obligaban a atenderlas, no lo hacían sujeto activo del delito por el que fue juzgado, puesto que como se ha anotado, no pertenece a la categoría de órdenes que interesan al delito previsto



por el legislador, y ello sería suficiente para revocar la sentencia de primer grado, como en efecto se hará, atendiéndose solamente parcialmente el recurso del señor defensor, y el concepto del Ministerio Público ante esta instancia, por lo que a continuación se consignará...” (Rad. 157545, 14 de febrero de 2013, M. P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).



DETENCIÓN PREVENTIVA

Con la expedición de la Ley 1407 de 2010, no puede interpretarse que ha quedado derogada la suspensión en el ejercicio de las funciones y atribuciones para materializar la detención preventiva

“... Establece el artículo 531 del Código Penal Militar de 1999, que una vez proferido el auto de detención, el juez solicitará a la respectiva autoridad que suspenda al procesado en el ejercicio de sus funciones y atribuciones. Efectuada la suspensión o transcurridos cinco días desde la fecha en que se hizo la solicitud sin obtenerse respuesta, puede disponerse la captura del procesado.

De conformidad con el Decreto 1790 de 2000, por medio del cual se regulan las normas de carrera del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, la suspensión procede a petición de autoridad judicial y se dispone por medio de resolución ministerial o de su delegado para el caso de los Oficiales y por disposición del respectivo comando de fuerza para los suboficiales⁴⁰. Durante el tiempo de la suspensión, el uniformado recibirá el 50% del sueldo básico.

Como se ve, la suspensión de funciones y atribuciones es una medida administrativa a cargo del Ministro de Defensa o del Comandante de Fuerza, según el caso, quedando limitada la intervención del Juez tan solo a elevar la correspondiente solicitud.

En la Ley 1407 de 2010, no se encuentra una regulación de similar naturaleza, lo que no implica a criterio de esta Sala, que el juez, en este caso el juez penal militar de control de garantías, no pueda solicitar la suspensión de funciones y atribuciones. Frente a ello, se considera que este mecanismo administrativo resulta ineludible una vez el uniformado cesa en sus actividades militares luego de ser privado de la libertad, por lo que debe ser tenido en cuenta por el fiscal penal militar al momento de solicitar la respectiva imposición de medida de aseguramiento y teniendo en cuenta que dentro de las atribuciones consagradas en el artículo 275, se encuentra la de solicitar al juez penal militar de control de garantías las medidas necesarias que aseguren, entre otros, la integridad de la Fuerza Pública, la protección de la comunidad, y en especial las víctimas⁴¹. Consecuencialmente, es deber

⁴⁰ Artículo 95.

⁴¹ En sentencia C-289/12, M. P. Dr. Humberto Sierra Porto, la Corte Constitucional avala la aplicación de la suspensión de funciones, la cual resulta menos lesiva que el retiro, pero idónea para proteger a la institución militar, a la comunidad y a las presuntas víctimas.

del juez correspondiente resolver el asunto sometido a su consideración⁴². Del mismo modo, es obligación del juez que profiera, modifique o revoque una medida de aseguramiento, informar a los Comandos de Fuerza de esta situación, dentro de los cinco días siguientes a la decisión⁴³. Recibida esta información, la autoridad administrativa está en el deber de proceder a la suspensión de funciones y atribuciones, como así lo establece la Directiva Permanente No. 0188 del 12 de junio de 2009, a través de la cual se fijan los procedimientos para la administración de personal en el Ejército Nacional.

Por todo lo anterior, no resulta procedente la solicitud de la defensa, quien a través de memorial solicitó la nulidad del auto que resolvió la situación jurídica porque en su criterio la juez desconoció el principio de favorabilidad cuando ordenó la suspensión de funciones y atribuciones de su cliente con fundamento en la Ley 522 de 1999 y teniendo en cuenta que en la Ley 1407 de 2010 esta figura no existe, con lo que en su parecer se impuso una carga adicional no prevista en la ley.

Y ello, resaltando que la discusión en este momento resulta irrelevante, atendiendo a que el procesado recuperó su libertad y por tanto tuvo que haber sido reestablecido en el ejercicio de sus funciones y atribuciones, siendo por ello un hecho superado que hace perder el objeto de la apelación.

Pero bien, de todas maneras debe decirse, además, que ello tampoco comporta una actuación irregular que obligue a invalidar el auto que resolvió la situación jurídica, pues de encontrarse razonados sus argumentos, la decisión correspondiente sería la de revocar la orden de solicitar la suspensión de las funciones y atribuciones del procesado. Tampoco se encuentra que ello sea atentatorio del principio de favorabilidad, pues como quedó analizado, esta figura se aplica también en la nueva regulación penal militar...” (Rad. 157429, 7 de marzo de 2013, M. P. CR. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión, Salvamento de voto CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ).



DIFERENCIA ENTRE DESOBEDIENCIA Y ABANDONO DEL PUESTO

Precisión dogmática

“... Advierte la Sala conforme la prueba obrante a este momento que la conducta a endilgar no es Desobediencia, generándose un inadecuado proceso de adecuación típica, sino que se está es frente a la presunta comisión del injusto de Abandono del Puesto, lo que conlleva a encontrar la afectación del bien jurídico, por principio de especialidad, del servicio y no la disciplina. Obviamente podría sugerirse que toda conducta delictiva lleva ínsito el desobedecer un deber, pero se olvida que en punto

⁴² Artículo 300, numeral 1 de la Ley 1407 de 2010

⁴³ Artículo 473 CPM/2010.



de la afectación de la disciplina debe verificarse si el probable incumplimiento de la orden se hace de forma consciente y con voluntad final de acción (...).

Debe recordar la Sala que el delito de Abandono del Puesto está concebido para la preservación y efectividad del servicio, lo que demanda, entre otros aspectos, el contar con el potencial humano que lo dinamice en condiciones óptimas, por ello la conducta puede darse en dos circunstancias: estando de servicio o de facción, siendo aquél el género y esta la especie. Esta Sala ha establecido que el concepto puesto no solo es geográfico sino funcional y así lo precisó en proveído que a continuación evocamos:

“... Conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua, “abandonar” significa incumplimiento de obligación legal, no hacer caso de algo, descuido. En cuanto a la expresión “puesto”, ha de concebirse como lugar donde hay soldados apostados para un fin.

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

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

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

Lo anterior nos permite afirmar que lo que busca el Legislador con el delito de Abandono del Puesto no es la protección de un espacio geográfico determinado, entendido este desde la perspectiva ontológica, sino garantizar la prestación de un servicio y el ejercicio de la función. En este sentido, la concepción “puesto” indica el ejercicio de la labor que se orienta a garantizar, en el caso en estudio, el servicio de vigilancia en un lugar determinado en condiciones óptimas de permanencia y eficacia. Su dejación implica no solo la ausencia física del sitio, sino que aún estando en el área determinada se renuncia a acatar el ejercicio de la función; tal entendimiento permite que el bien jurídico cumpla con la finalidad propuesta, como acertadamente lo han asimilado los funcionarios que tuvieron a cargo la actuación (...)”⁴⁴.

En este orden de ideas, el instructor debe orientar la investigación es por la presunta comisión del reato de Abandono del Puesto -artículo 105 del Código Penal Militar- y no Desobediencia, si se tiene en cuenta que la prueba muestra que el Teniente “PL”, para la fecha de los hechos, era el Comandante de la Estación de Puerto Umbría y reconoce que el día de los sucesos indagados se había dispuesto un almuerzo con el personal en las instalaciones de la Estación, de 12:00 a 14:00 horas y sin perjuicio de los servicios, mas no estuvo involucrado en dicha actividad, sino pendiente de los servicios de comandante de guardia, centinelas y requerimientos de la ciudadanía; y que durante toda la tarde estuvo en compañía de su novia, quien le comenta que “había perdido el bebé, es donde tenemos de pronto una pequeña discusión, me dio muy duro por esa noticia, le di para que pagara un expreso y se viniera hacia Mocoa”; dice que se encerró en su habitación con mucha nostalgia, lloró, al analizar lo ocurrido no quiso hablar con nadie. (...).

Así las cosas y como se anunció, la razón está de parte de los impugnantes, al no estar suficientemente argumentado el aludido indicio grave de responsabilidad, no basta con enunciarlo sino que debe estructurarse el hecho indicante, precisar el indicador, señalar en qué regla se funda la conclusión, (ciencia, regla de experiencia, lógica). De igual manera no se justificó adecuadamente la medida de aseguramiento, como se expuso en precedencia, aunándose el efecto que tiene el inadecuado proceso de adecuación típica; lo que nos lleva a inferir, que ante tal panorama se ha de revocar la medida de aseguramiento y disponer la libertad inmediata del procesado...”. (Rad. 157529, 7 de diciembre de 2012, M. P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).



DOSIFICACIÓN PUNITIVA EN EL PECULADO POR APROPIACIÓN

Reintegro de lo apropiado

“... Se entrará a ratificar parcialmente la providencia objeto de impugnación, toda vez que es necesario redosificar la pena en virtud de lo señalado en el artículo 401 del Código Penal, que a sus voces consagra:

“Artículo 401. Circunstancias de atenuación punitiva. **Si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado, corrigiere la aplicación oficial diferente, o reintegrare lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor actualizado con intereses la pena se disminuirá en la mitad.** (...)(Negrilla fuera de texto).

Establecido que hubo reintegro del dinero desde antes de iniciarse la investigación, esto es, al día siguiente del operativo policial del 21 de enero de 2003, tal y como lo depusieron de forma coherente los diversos testigos analizados en precedencia, que dicha devolución acontece cuando aún ni se habían denunciado los hechos y que la apertura de sumario, tuvo lugar el 6 de febrero de 2007, es por



lo que la Sala entrará a dar aplicabilidad al artículo en cita y en consecuencia determina que la pena a imponer corresponde, conforme las voces del artículo 59 de la Ley 1407 de 2010, a:

El juicio de reproche recae en el punible de peculado por apropiación, descripción comportamental prevista en el arto 397 del Código Penal, al que se llega por remisión del canon 195 de la Ley 522 de 1999 o 171 del hoy Digesto Punitivo Castrense -Ley 1407 de 2010-, que prevé una pena de seis (6) a quince (15) años de prisión.

Así que, imbuidos en la dosificación, de acuerdo al artículo 59 de la Ley 1407 de 2010, que deviene en este aspecto en norma favorable, toda vez que esta nueva legislación fija preceptos mucho más técnicos y consecuentemente más justos para individualizar la pena, atendiendo los factores de menor o mayor punibilidad (modelo de los cuatro cuartos) que deben ser argumentados con suficiencia por el juzgador, con “fundamentación explícita”, tanto cualitativa como cuantitativamente, y no como acontecía en la Ley 522 de 1999 que en su arto 65 generaba una discrecionalidad absoluta al juez, conllevando a veces al desborde del principio de legalidad de la pena y del criterio de prevención especial, por exceso o defecto.

Consecuente con lo anterior, se invocarán retroactivamente los cánones 59, 60 y 61 de la Ley 1407 de 2010 para fijar los límites de la pena de privación de libertad, los cuales son de seis (6) a quince (15) años de prisión, pero que en armonía con lo consagrado en el primer inciso del artículo 401 del Código Penal, se ha de precisar como límite de pena imponible de tres (3) a siete años y medio (7.5), o lo que es treinta y seis (36) a noventa (90) meses. Luego, para definir los cuatro cuartos de movilidad es necesario tener en cuenta que entre el máximo y el mínimo de la sanción hay cincuenta y cuatro (54) meses, lo cual significa que cada cuarto es de trece meses punto cinco (13.5). La adecuada operación matemática arroja el siguiente resultado:

Primer cuarto:	de 36 a 49.5 meses. (Cuarto mínimo)
Segundo cuarto:	de 49.5 a 63 meses. (Cuarto medio)
Tercer cuarto:	de 63 a 76.5 meses. (Cuarto medio)
Cuarto cuarto:	de 76.5 a 90 meses. (Cuarto máximo)

Ahora bien, como quiera que respecto de los procesados, SÍ. ® HAAS y PT. WJAP, en la acusación y su sustentación en el juicio de corte marcial, no se presentaron por la Fiscalía, ni fue objeto de discusión, circunstancias específicas de mayor punibilidad y antes por el contrario concurren situaciones de menor punibilidad, como es la carencia de antecedentes y ser padre cabeza de familia, es por lo que la Sala se ubica en el primer cuarto y dentro de él se aplicará la sanción mínima. Consecuente con ello, la redosificación de la pena por imponer será de cuarenta (40) meses de prisión, dado el acreditado fenómeno de la coautoría, los cuales cumplirán los condenados en el Centro de Reclusión para miembros de la Policía Nacional.

En cuanto a la pena pecuniaria tasada, atendiendo a que el salario mínimo legal mensual vigente para la época de los hechos era de trescientos sesenta y nueve mil quinientos pesos (\$369.500), la atenuación expuesta precedentemente la impacta y conlleva igualmente a redosificarla, por lo que la multa se readecua en nueve millones doscientos treinta y siete mil quinientos pesos (\$9.237.500.00) moneda corriente...". (Rad. 157373, 20 de marzo de 2013, M. P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).



ESTUDIO DEL TIPO PENAL HURTO DE ARMAS Y BIENES DE DEFENSA

Diferencia con el delito de fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos

"... Al concitar la estructura dogmática del injusto de hurto con el episodio fáctico objeto de estudio, resulta claro el momento consumativo del hurto, es decir, cuando el Soldado 'S' logra superar la esfera de control del material, no solo al apropiarse del fusil del Soldado 'G', sino al traspasar el control del esquema de seguridad de la Unidad, tanto así que diseña todo un plan de autor para exceder el control de la guardia del Batallón y tras superarla oculta el arma en el bosque, lo que días después demandó la acción de toda la Unidad militar para su búsqueda y la ayuda del propio encartado para ubicar el fusil. Sin duda ello denota que no solo superó la esfera de control, sino que pudo disponer del artefacto como se le antojó. Obsérvese cómo en indagatoria rendida por el SLC, 'S'⁴⁵ es enfático en aceptar que se apropia del fusil y logra esconderlo, cuando expresa: *'Sí, yo escondí el fusil, pero mi intención nunca fue venderlo, sino hacerle una broma al soldado G porque se había quedado dormido abandonando el puesto de centinela, y no creía que esa broma llegara hasta allá, pero cuando me di de cuenta que se había salido de las manos, decidí entregarlo'*; refiere que metió el fusil en unas bolsas, después lo tapó con estiércol de hormiga y hojas. Al interrogársele cómo hizo para transportar el arma hasta el lugar donde la ocultó respondió: *'El soldado estaba dormido y tiene el fusil a un lado, me cambié en camuflado y lo transporté normalmente como si yo fuera de la guardia, y lo lleve hacia el lado de la granja, hacia el peaje, por allá cerca al peaje, y lo dejé escondido junto a una piedra y me regresé para mi aposento'*" (...).

Bajo este entendido, es innegable que la razón está de parte del juzgador primario al encontrar responsable al Soldado "SMJA" como autor responsable del delito de hurto de armas y bienes de defensa, punible que se reputa como perfecto. No acontece lo mismo respecto del reato de fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos, pues no le asistió razón, ni al A quo ni a la Fiscalía Militar, en cuanto a la estructuración del concurso heterogéneo que postulan y a partir de allí generar el incremento punitivo. Para la Sala el injusto de hurto de armas y bienes de defensa es el único delito cometido por el soldado "S",



afirmación consecuente con el principio de legalidad que hemos invocado, por ello la discrepancia e incoherencia que advertimos en la postura del ente acusador y juzgador, de cara a todo lo expuesto en precedencia.

El tipo penal dispuesto en el artículo 168 de la Ley 1407 de 2010 prevé en sus elementos objetivos y subjetivos el apoderamiento y el propósito de provecho, apogemas que no se alcanzan si no se efectúa la apropiación y el porte o desplazamiento de la cosa ajena, lo que insinúa llevarla consigo para apropiarse, situación que no genera *per se* el concurso efectivo de tipos penales que se propone. El verbo rector “apoderarse” sugiere *ex ante* a la consumación, esto es, fase ejecutiva, realizar el apoderamiento, lo que comporta portarlo, desplazarlo para superar la esfera de control, y subsiguientemente producir el provecho o los actos de señor y dueño.

De otra parte, no pueden olvidar las partes ni los funcionarios el principio de especialidad de la norma y en consecuencia al ubicarlos en el artículo 133 de la Ley Penal Militar se ha de tener en cuenta que lo que busca sancionar es el “tráfico” de armas, municiones y explosivos, tutelando así la seguridad de la fuerza pública; para ello los verbos rectores que se conciben permiten realizar la norma penal (en sus expresiones fabricación, tráfico o posesión) son: introducir, sacar, fabricar, transportar, reparar, almacenar, conservar, vender, traficar. Obsérvese que la concepción pluricomportamental forja las diferentes hipótesis en que se puede dar la ilícita fabricación y el tráfico, pero no están diseñadas para comprobar el arrebato o apoderamiento ilegal de un bien que se posee lícitamente (poseedor o tenedor).

Debe tenerse en cuenta que la fabricación, posesión y tráfico son lícitos cuando hay permiso de autoridad competente; lo que se sanciona es realizar tales conductas sin aprobación, por lo que dada la especial condición del bien jurídico tutelado se protege con un delito de mera conducta. No ocurre así con el hurto, que es un injusto de resultado, donde una vez verificado el apoderamiento, en la forma y términos que se ha señalado, el reato se reputa perfecto; siendo efectivamente a partir de ese momento, esto es, cuando se ha agotado el delito de hurto, admisible el concurso de punibles, no antes, menos aún como resultado de un evento *in fac-tum*, propio de expresiones de conexidad consecuencial.

En este orden de ideas, que el soldado se haya apoderado del fusil y que para alcanzar el propósito hubiese tenido que poseerlo, transportarlo y decidir como parte del provecho esconderlo, de manera alguna está estructurando otro delito, pues corresponde a los elementos consustanciales del hurto de armas y bienes de defensa. De otra parte, lo actuado no demostró que una vez reputado perfecto el punible de hurto el Soldado ‘S’ hubiese querido, intentado o ejecutado conducta alguna para traficar con el armamento, lo que nos lleva a ratificar, por prevalencia del principio de especialidad, es que el único reato por el que debió ser acusado el procesado y consecuentemente juzgado y condenado, es el dispuesto en el artículo 168 del Digesto Punitivo Castrense...”. (Rad. 157460, 18 de septiembre de 2012, M. P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).



FACCIÓN

Realización de una actividad o tarea concreta. Puesto: No es solo el espacio físico asignado como facción, sino el ejercicio de la labor orientada a cumplir con la facción

“... Dogmáticamente, el punible de abandono de puesto está determinado como un delito de función, por tanto, solo puede consumarlo quien ostenta la calidad de miembro activo de la fuerza pública, el cual debe estar de *‘facción o de servicio’* y en esa condición realizar cualquiera de las conductas alternativas establecidas en la norma, *‘abandone el puesto por cualquier tiempo, se duerma, se embriague o se ponga bajo los efectos de sustancias estupefacientes’*, es decir, para su materialización no se requiere la ejecución de todos los comportamientos que describen los verbos rectores, solo basta que se incurra en una sola de esas conductas, sin que se requiera que se produzca un resultado material, como quiera que se trata de un delito de mera conducta cuya finalidad es la protección del servicio como bien jurídicamente tutelado.

En relación con el significado del vocablo facción, contenido en el artículo 124 de la Ley 522 de 1999, ha sido suficientemente decantado por la doctrina y la jurisprudencia, debiéndose recordar que, en esencia, es el cumplimiento o realización de una tarea concreta, una actividad, una labor, una función propia del servicio, entendido este como el conjunto de deberes y obligaciones asignados a la fuerza pública para cumplir con la misión constitucional consagrada en los artículos 217 y 218. (...).

Bajo tal entendido, no puede concebirse el *‘puesto’* solamente como el territorio, sitio, espacio físico o jurisdicción geofísica asignado como lugar de facción, donde el uniformado debe cumplir con las funciones propias del servicio; además, implica el ejercicio de la labor orientada a cumplir, en estricto sentido, el servicio de vigilancia en un lugar determinado en condiciones óptimas de permanencia y eficacia que permitan el ejercicio de los derechos y libertades públicas, como la protección de la vida, honra y bienes de esa comunidad, luego su abandono involucra no solo la ausencia física del sitio, sino la abdicación, cesantía, renuncia o separación del ejercicio de las funciones, siendo ese el sentido que permite que el bien jurídico cumpla con la finalidad fijada en la ley, como debidamente lo asimilaron los funcionarios de la primera instancia.

Con el servicio de Policía se busca alcanzar los fines establecidos en el artículo 218 de la Constitución Política, las actividades que deben desarrollar los uniformados durante la prestación del servicio de policía, debe ser ininterrumpida como lo prevé la Ley 62 de 1993 y el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural, por ello el Legislador, con miras a proteger el bien jurídico del servicio, ha previsto como delito la conducta del miembro de la fuerza pública que estando de facción o de servicio abandone el puesto por cualquier tiempo, se duerma, se embriague o se coloque bajo los efectos de estupefacientes, con objeto de alcanzar el fin social encargado a la Institución Policial, efectivizando la actividad propia del servicio, pues la inte-



rrupción, así sea momentánea, genera unos perjuicios directamente en la sociedad, afectando o menguando derechos fundamentales.

En este orden de ideas, el abandono de puesto no puede ser interpretado dentro de un concepto restrictivo, temporal, limitado, o supeditado a interpretaciones de contenido meramente semántico o gramatical, sino que debe ser puntualizado dentro del contexto de la función asignada a la fuerza pública y las repercusiones que la interrupción del servicio, bien sea porque abandona su función, se embriague o se coloque bajo efectos de drogas estupefacientes, trae para la comunidad en materia de vulneración de derechos fundamentales...” (Rad. 157145, 30 de noviembre de 2012, M. P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).



FUERO CARCELARIO

Objetivo y alcance de la norma de garantía

“... En efecto, es innegable que el artículo 27 de la Ley 65 de 1993 constituye una garantía para el personal de la fuerza pública que deba cumplir una medida de detención, inspirada no solo en la necesidad de brindarles protección en su vida e integridad personal, alejándolos de cualquier peligro que se derive de la actividad que a cada uno de ellos corresponde, sino también en la de garantizarles a los sindicatos aforados su derecho a la presunción de inocencia⁴⁶, en la medida en que dichos centros de reclusión están instituidos como categorías especiales para el personal que cumple medidas de detención y no penas de prisión.

No obstante, para adoptar la determinación de intervenir y afectar los derechos antes anotados, consagrados en la preceptiva ya referida, la servidora judicial argumentó que ‘...en aras de garantizar el derecho a la vida e integridad personal del sindicado en razón a la gravedad de los hechos que se investigan y que los mismos generarían malestar en la comunidad militar que se encuentra recluida en el centro carcelario del Cantón Militar de Nápoles (BR-3), se procederá a ordenar que la misma se cumpla en el pabellón de servidores públicos del Centro Carcelario y Penitenciario de Villa Hermosa de Cali (Valle)...’.

De las líneas transcritas refulge evidente que el interés que movió a la funcionaria judicial de disponer la reclusión del soldado profesional en un pabellón especial

46 “43. De la misma manera, con el objeto de garantizar el derecho fundamental de los sindicatos a la presunción de inocencia, los artículos 21 del Código Penitenciario y 400 del Código de Procedimiento Penal determinan que los sindicatos deberán estar separados de los condenados. Las mencionadas normas establecen, respectivamente, que las cárceles son ‘establecimientos de detención preventiva, previstos exclusivamente para retención y vigilancia de sindicatos’ y que ‘ninguna persona podrá ser recluida en establecimiento para cumplimiento de pena, mientras no exista sentencia condenatoria ejecutoriada’. Asimismo, los artículos 506 del Código de Procedimiento Penal y 22 del Código Penitenciario precisan que las penitenciarias están destinadas para alojar exclusivamente a las personas condenadas a penas de privación de la libertad. También la búsqueda de la garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal, así como la consideración especial para determinados grupos que han infringido la ley, han conducido a que tanto en el Código Penitenciario como en el de Procedimiento Penal se establezcan categorías adicionales de separación de los reclusos, tales como el género, la edad, la reincidencia, la calidad de miembro de la fuerza pública o de servidor público, etc.”. Sentencia T-153 de 1998, M. P. DR. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

de una cárcel común fue el de proteger su vida e integridad, bajo el supuesto de que, de recluirse en el centro carcelario del Cantón Militar de Nápoles (BR-3), se le pondría en peligro, en virtud de la naturaleza jurídica del delito por el cual se procede, que según su parecer, generaría malestar entre los demás detenidos.

De lo que se viene de expresar es nítido que no existe una confrontación de derechos como lo entendió y argumentó la servidora judicial para sacrificar los derechos atrás anotados, pues para que exista confrontación de derechos debe haber un encuentro frontal entre el ejercicio de un derecho fundamental en postura disconforme a la de ese ejercicio con el titular de otro derecho fundamental que pretende igualmente ejercerlo; evento que, como se dijo, no acontece en este asunto, pues de lo que aquí se trata es del reconocimiento de una gama de derechos en cabeza de un solo titular, esto es, del detenido AC.

Nótese que el argumento de la juez instructora para disponer la reclusión del soldado en una cárcel común fue el de preservar su vida e integridad personal; sin embargo, ese es precisamente uno de los intereses querido con la norma de garantía que se soslayó, tal como así lo ha reconocido la jurisprudencia nacional, veamos:

“3. Ahora bien, en casos con similares presupuestos fácticos⁴⁷ la Corte Constitucional ha manifestado:

“Los Códigos de Procedimiento Penal y Penitenciario y Carcelario contienen distintas normas destinadas a asegurar la separación de los reclusos por categorías. Ello con el fin de garantizar los derechos a la vida e integridad personal de los reclusos, la presunción de inocencia y la preservación de la identidad cultural —en el caso de los indígenas—. Igualmente, la clasificación de los reclusos contribuye a diseñar programas diferenciados para la resocialización de los condenados.

“La disposición que ordena la separación de los internos por razones de sexo y de edad es acatada. Sin embargo, las que determinan que los miembros de la Fuerza Pública serán reclusos, para efectos de la detención preventiva, en establecimientos especiales es vulnerada en forma manifiesta. Igual ocurre con la separación de los sindicados y los condenados. Como ya se ha señalado, este incumplimiento de la ley entraña una grave amenaza para los derechos a la vida y la integridad personal de los miembros de la Fuerza Pública detenidos. Por eso, la Corte ordenará que estos internos sean trasladados, en un plazo no mayor de tres meses a la notificación de esta sentencia, a establecimientos especiales, tal como lo dispone la ley, independientemente del delito que hayan cometido”⁴⁸. -Negrilla y subrayas fuera de texto-

Atendiendo a los precedentes jurisprudenciales en cita, ha de precisar la Sala que no comparte la argumentación ni la interpretación que de las normas involucradas efectuó el *a quo*, pues basta con acudir al tenor literal de la disposición normativa para encontrar que cuando se trate de miembros de la Fuerza Pública

47 Ver entre otras: C-394-95, T-247-96, T-588-96, T-680-96, T-279-98.

48 Corte Constitucional, T-153 de 1998.



–como en efecto ocurre en el *sub examine*–, estos deben ser reclusos en centros especiales con el objetivo de salvaguardar su vida y alejarlos de cualquier peligro que se derive de su actividad militar”⁴⁹ (Resaltado nuestro).

Desde la anterior óptica para este colegiado la medida adoptada resulta desproporcionada e innecesaria, comoquiera que la preservación de la vida e integridad personal del joven militar puede garantizarse con su reclusión, como lo pretende la defensa, en una unidad táctica de la mencionada guarnición militar, o en su defecto, como lo dispone el artículo 532 de la Ley 522 de 1999, ‘...a falta de estos, en las instalaciones de la unidad a que pertenezcan...’, claro está, disponiéndose en todo caso, una vigilancia especial (auto del 10 de julio de 2008, radicado 29152. M. P. Yesid Ramírez Bastidas). **(Rad. 157530, 13 de diciembre de 2012, M. P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión, Aclaración de voto del Magistrado CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ).**



FUERO MILITAR

Alcance de la relación con el servicio en los delitos militares

“... En el proceso *sub examine* estamos en presencia de un delito 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’*.

Previas estas consideraciones, se hace necesario analizar los hechos en concreto para determinar por qué efectivamente estos son de competencia de la justicia penal militar y por qué guardan estrecha relación con el servicio bajo este concepto en los delitos típicamente militares.

Es necesario remontarnos a la situación fáctica y a la forma como ocurrieron los hechos. Como lo expuso el *a quo* en su momento, el soldado SH para el día 28 de julio de 2008 se encontraba prestando su servicio militar obligatorio en el Batallón de Apoyo y Servicios para el Combate No. 21, fecha para la cual fue designado para prestar el servicio de guardia de prevención según la Orden del Día No. 208 del Comando de la Compañía de Policía Militar y es en cumplimiento de esa tarea que el Cabo Tercero LF, designado también según Orden del Día No. 195 del Comando del Batallón de Apoyo y Servicios para el Combate No. 21 como Cabo Relevante, procede a relevar el turno de las 04:00 horas.

Es así como el Comandante de Guardia, sargento V, efectúa observaciones al personal de soldados que habían prestado indebidamente el servicio de centinela, dirigiéndose el cabo L al soldado S expresándole que entre ellos estaba él, a lo que respondió este último airadamente indicando que lo había prestado bien, y que

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal – Sala de Decisión de Tutelas - radicado 53481 del 26 de abril de 2011, M. P. DR. Julio Enrique Socha Salamanca.

por consiguiente no debía decir eso y ante la forma como responde el soldado al Suboficial, este le ordena dar 20 vueltas alrededor de la guardia, pero el sargento V ordena que se bañen, lo que no permite que continúe dando las vueltas. Posteriormente llega el cabo L al alojamiento, lugar donde se intercambian palabras soeces y ofensivas, para posteriormente pasar a las vías de hecho, con las consecuencias ya conocidas.

Para quienes suscriben la presente providencia, es claro que existen dos órdenes del día que le asignaban unos servicios tanto al C3. L como al soldado S como se desprende de las mismas actuaciones procesales, en especial de la prueba documental y testimonial, por ende es claro que tanto el procesado como el suboficial se encontraban cumpliendo actividades y órdenes del servicio, dispuestas por los respectivos comandantes, relacionadas con una misión atinente a la misión constitucional que se les asigna a las fuerzas militares en su artículo 217, pero además de esta tarea que emana de la Carta, en las mismas órdenes mencionadas precedentemente, se encuentra el marco legal sobre el cual debían cumplir estos servicios.

De esta forma se puede inferir, sin hesitación alguna, que los hechos tuvieron su origen no en la agresión que se presentó como tal, sino desde su inicio cuando el C3. L recrimina al soldado S por la deficiente prestación del servicio de centinela y este de manera airada le responde, generándose un castigo físico consistente en dar 20 vueltas que el soldado no alcanza a cumplir debido a la orden del sargento V en el sentido de pasar a bañarse, que si bien es una actividad administrativa que cumplía el procesado como orden, no fue esta situación la que generó en sí la relación con el servicio, simplemente fue la consecuencia de lo que había ocurrido de manera precedente. Es a la luz de estas situaciones que se hace imperioso analizar lo precedente, lo consecuente y lo subsiguiente al desarrollo fáctico para determinar la existencia de la relación o no con el servicio en tratándose de delitos militares.

Puede afirmarse entonces que fue precisamente en desarrollo de esta actividad cuando se presentaron los hechos que tienen relación con el servicio, entendido como bien lo indican los reglamentos militares y en particular el Reglamento de Servicio de Guarnición, Disposición N°. 010 de 1982 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'*.

Así, el origen se derivó de una actividad del servicio que tenían para ese momento los integrantes del Batallón de Apoyo y Servicios para el Combate N°. 21, al que pertenecían tanto el soldado S como el C3. L, y fue precisamente la recriminación que le hizo el suboficial al soldado sobre la prestación de su servicio lo que generó que este arremetiera verbalmente y por vías de hecho, situación fáctica que generó la imputación y posterior condena por el delito de ataque al superior. Téngase en cuenta además que, cuando el cabo tercero L ingresa al alojamiento a verificar el alistamiento del personal para la diana —también actividad del servicio—, se encuentra con el soldado S y continúan la discusión que ya habían iniciado en el relevo del personal donde se le había hecho la observación por la deficiente presta-



ción del servicio y donde le reiteraba el suboficial el respeto como superior ante los constantes actos de insubordinación. Así las cosas, es claro que existe esa relación con el servicio, pues no se pueden mirar de soslayo las circunstancias que verdaderamente generaron el hecho y el momento como tal, lo que deduce el elemento normativo que exige el tipo penal del ataque al superior.

No cabe duda entonces de 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, de una actividad que cumplían de acuerdo a instrucciones y órdenes impartidas...".(Rad. 157236, 13 de julio de 2012, M. P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).



HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

Requisitos para su configuración

"... El señor Procurador Judicial ante este Colegiado aduce que estamos en presencia de un punible no a título de dolo, sino de carácter preterintencional; y en cuanto a la punibilidad, teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron el 11 de septiembre de 2005, se debe dar aplicación a la Ley 890 de 2004 en su artículo 14, que rige a partir del 1º de enero de 2005 y que aumentó la pena por el delito de homicidio de 17 años 4 meses a 32 años y seis meses.

En cuanto al primer aspecto, es importante señalar que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal profirió una sentencia bastante académica en materia de la estructura del delito y en particular sobre sus elementos⁵⁰, decisión de la cual extractaremos y puntualizaremos los temas de interés para nuestra decisión.

Para el Tribunal de Casación, habiendo dirigido el sujeto la voluntad conscientemente a la concreción de un resultado típico y antijurídico, produce a la postre otro de la misma naturaleza pero diverso y más grave del que directamente quería, fenómeno que de acuerdo a la doctrina se caracteriza, desde el punto de vista objetivo, por la verificación de dos resultados típicos: el primero, hacia el cual se orientó voluntaria y conscientemente la conducta del actor, y el segundo, más grave pero colocado en la misma dirección de aquel, que no fue querido y finalmente se produjo por falta del deber de cuidado que le era exigible al agente en el desarrollo de la conducta antijurídica.

Por contraste de lo que ocurre en la conducta dolosa –dice la Corte–, en la preterintencional no hay coincidencia entre el propósito inicial del agente y el resultado, ya que lo ocasionado es un efecto dañoso superior o más grave, esto es, excesivo en relación con la intención del agente, es decir un resultado ultraintencional.

⁵⁰ Sala de Casación Penal, sentencia del 18 de junio de 2008. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca, radicado 29.000.

En síntesis –concluye esa Corporación–, para la configuración de la conducta punible preterintencional es preciso que se reúnan los siguientes requisitos: a) una acción dolosamente orientada a la producción de un resultado típico; b) verificación de un resultado típico más grave, al que le apuntaba la intención del agente, pero que era previsible por él; c) nexo de causalidad entre el primero y el segundo evento, y d) homogeneidad entre uno y otro resultado o, lo que es igual, identidad del bien jurídico tutelado.

Ahora bien, miremos en el caso en particular con esas directrices por demás explícitas de nuestra Corte, si le asiste razón o no al Ministerio Público ante esta Corporación para afirmar que estamos frente a un homicidio preterintencional.

Con ese marco conceptual podemos decir, al realizar un juicio ex ante, como corresponde al valorar el comportamiento humano que es constitutivo de una conducta típica y antijurídica como en el presente proceso y en particular en la conducta del SI. AC, que el procesado obró con conocimiento pleno y voluntad de que con su actuar lesionaría la integridad física del joven DAO y aun cuando estaba en condiciones de representarse que con su conducta podía poner en riesgo la vida del particular, su intención no era la de causarle la muerte, ese no era el resultado querido, puesto que como lo ha reiterado el mismo procesado y no ha sido desvirtuado procesalmente, su intención era reducirlo, así lo indica que su diligencia de inquirir ‘Yo sí accioné el arma, yo sí le disparé, pero no con la intención de matarlo, sino en el momento fue con la intención de reducirlo...’, posteriormente lo reafirma en la diligencia de inspección judicial ‘...y accioné el arma para así reducirlo, impactando el brazo, para generar el menor daño posible...’ y por eso accionó su arma en el brazo de la víctima, hecho que ha sido avalado por los mismos dictámenes periciales en lo que corresponde al orificio de entrada, y a la trayectoria del proyectil y la consecuencia que fue su muerte, tan cierto es que su intención no estaba encaminada a darle muerte y cobra respaldo probatorio que el mismo A cuando percibió que DA había caído, de inmediato procedió a prestarle los primeros auxilios a través de un torniquete con el cinturón de la misma víctima para evitar su desangre y además de inmediato informó por radio para que se le prestara el apoyo por parte de los demás policiales, aunado a que acompañó al herido para ese momento hasta el centro asistencial, pues si bien esa era su obligación como policial, siempre mostró el interés como persona por la situación de salud de dicho joven.

De esta forma, atendiendo la realidad fáctica, la misma prueba que reposa en la foliatura, es claro que el procesado incurrió en el homicidio de DA, pero en la modalidad preterintencional, y en consecuencia la pena debe individualizarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley 599 de 2000, es decir, disminuida la prevista en el artículo 104 ídem, pero sin el incremento punitivo que aduce el señor Procurador Judicial del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, de una tercera parte a la mitad...”(Rad. 156270, 26 de febrero de 2013, M. P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).





HURTO SIMPLE

Bienes de seguridad del Estado y armas de uso civil

“... Para lo cual, el citado Decreto 2535 de 1993 –por el cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos–, en su artículo 10 clasifica las armas de uso civil, definiéndolas como aquellas que pueden tener y portar los particulares. (...).

Así las cosas, es evidente que la pistola CZ N° BU 239, calibre 9 mm, modelo 75 BD Pólce, es un arma de fuego de uso civil y de defensa personal, destinada a la defensa individual del señor SP. GAM, mas no con destino específico a la seguridad y defensa nacional, como sí sucede contrario sensu con las armas de guerra, clasificadas y definidas en el artículo 8° del Decreto 2535 de 1993.

Nótese cómo la pistola CZ N° BU 239, calibre 9 mm, modelo 75 BD Pólce, por ser un arma de fuego de uso civil y de defensa personal, escapa de la conceptualización de aquellas armas de fuego utilizadas con el objeto de defender la independencia, la soberanía nacional, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica, el ejercicio de los derechos y libertades públicas, el orden constitucional y el mantenimiento y restablecimiento del orden público, como son las armas de guerra de las que deviene como característica fundamental que están empoderadas para el uso letal de la fuerza y su uso es privativo de la fuerza pública.

Por lo tanto, resulta improcedente considerar que la pluricitada pistola CZ N° BU 239, calibre 9 mm, modelo 75 BD Pólce, es de aquellos *‘bienes del Estado destinados a la seguridad y defensa nacional’*, de donde deviene que no es viable imponerle esta limitante reglada en el numeral 2° del artículo 71 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999– como requisito para otorgarle el subrogado de la condena de ejecución condicional...”(Rad. 157363, 28 de noviembre de 2012, M. P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).



IMPEDIMENTO

Amistad íntima entre la funcionaria judicial y la denunciante

“... La causal de impedimento invocada en el presente caso por la Juez de Instrucción está prevista en el artículo 231 numeral 5 de la Ley 1407 de 2010, en los siguientes términos:

«**Que exista amistad íntima** o enemistad grave entre alguna de las partes, **denunciante**, víctima o perjudicado y el funcionario judicial».

Los argumentos expuestos por el *a quo* para sustentar el presente incidente se encuentran motivados y soportados, entendiéndose que se trata de un estado de ánimo de carácter subjetivo, el cual es imposible comprobar; simplemente se trata

de unas razones ciertas y deducibles de la relación de amistad que existe entre la juez y la denunciante, que por ende ponen en riesgo la garantía procesal de la imparcialidad que debe guardarse en desarrollo de una investigación, la cual ha sido considerada por la doctrina procesal no solo como un principio constitucional, sino también un derecho fundamental conexo con el derecho al debido proceso.

Frente a esta causal, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la ‘amistad íntima’ entre alguna de las partes y el funcionario judicial responde a un sentimiento interno, particular y propio de la persona, que se origina en los vínculos estrechos con otra, la cual trasciende más allá de las simples relaciones interpersonales y se identifica con el surgimiento de una comunidad de trato, afecto, comunicación y adhesión a principios de mutua deferencia, apoyo y colaboración⁵¹.

Desde la anterior perspectiva, la Tercera Sala de Decisión encuentra razonable la postura adoptada por la Juez IPM, para sustraerse del conocimiento del presente asunto, pues resulta indudable que existe una relación de amistad íntima entre el *a quo* y la denunciante, de la cual, como se dijo anteriormente, no es obligatorio aportar pruebas para comprobar su existencia, se infiere que existen vínculos de amistad por las razones manifestadas en el auto mediante el cual se declara impedida, ya que se trata de una amistad que trasciende del campo laboral, al familiar y personal de la funcionaria judicial...” (Rad. 157425, 13 de agosto de 2012, M. P. CR. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).



IMPEDIMENTO

No está impedido el Juez Instructor contra quien se adelanta una indagación preliminar como consecuencia de denuncia del procesado

“... Lo anterior significa que hay una actuación, específicamente una indagación preliminar, con ocasión de una denuncia instaurada por el TP ARCINIEGAS contra la Teniente LVNL, por un lado, y unos informes-denuncia llegados al Juzgado 126 de Instrucción Penal Militar, que ocasionan el deber del funcionario de aperturar la actuación que correspondiere. Esto solo permite considerar fácilmente que la causal esgrimida por la Juez Instructora no corresponde con lo que ella misma expone en su auto, porque no está (la Juez Instructora) vinculada legalmente a investigación penal o disciplinaria con ocasión de la denuncia que se haya dirigido en su contra, resaltándose que precisamente la indagación preliminar tiene como objeto verificar una hipótesis de conducta punible, y verificar la hipótesis acerca de los posibles autores o partícipes, y atendiendo a ello no puede admitirse el impedimento...” (Rad. 157607, 14 de marzo de 2013, M. P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).



51 Corte Suprema de Justicia, auto del 28 de abril de 2010.



IMPEDIMENTOS

Principio de taxatividad que los rige impide la aplicación analógica de sus hipótesis

“... Recordemos que el instituto de los impedimentos y recusaciones, a más de ser una garantía que busca asegurar que los procesos los tramiten funcionarios imparciales, está regido por el principio de taxatividad, que impide por contera la aplicación analógica de sus causales, su deducción por similitud o ser objeto de valoraciones subjetivas, dado que, se repite, se trata de reglas de garantía de la independencia judicial y de vigencia del principio de imparcialidad del juez, tal como así lo ha enseñado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, veamos:

2. Las instituciones de los impedimentos y las recusaciones están fijadas constitucional y legalmente para la preservación y defensa del derecho a ser juzgado por funcionarios imparciales, alcanzando la categoría de derecho fundamental porque hace parte del derecho a un proceso con todas las garantías, también previsto en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de New York⁵².

3. En esta materia rige el principio de taxatividad, según el cual solo integra motivo de excusa o de recusación aquel que de manera expresa se señala en la ley, lo que hace exclusión de la analogía, además que a los jueces les está vedado separarse por su propia voluntad de sus funciones jurisdiccionales y a los sujetos procesales no les está permitido escoger a su arbitrio la persona del juez, de manera que las causas que dan lugar a separar del conocimiento de un determinado asunto a un funcionario judicial no pueden deducirse por similitud ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, en tanto se trata de reglas de garantía de la independencia judicial y de vigencia del principio de imparcialidad del juez”⁵³ (destacado nuestro).

Desde esa óptica, mal se haría en reconocer que el *a quo* cuenta con la razón para separarlo del conocimiento de este caso, comoquiera que la causal por él enarbolada y pretendida por la Dra. VEVN no se adecua a la hipótesis prevista en la disposición precedentemente anotada, porque, se repite, la amistad íntima predicada no se da con quien debe tener la condición de parte, denunciante, víctima o perjudicado, ni es posible, en virtud del principio que rige el instituto, darle al oficial M una condición distinta por analogía, similitud o interpretaciones subjetivas, de la que realmente refleja en este asunto la actuación procesal...” (Rad. 157523, 28 de noviembre de 2012, M. P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).



52 Por ejemplo, María del Carmen Calvo Sánchez, «Imparcialidad: abstención y recusación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero», *Responsa iurisperitorum* digesta, volumen II, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, p. 90.

53 Sala de Casación Penal, radicado 32492 del 2 de septiembre de 2009, M. P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas.

INDAGACIÓN PRELIMINAR

Fines

“... El auto inhibitorio solo procede cuando expresamente se da alguna de las causales señaladas en el artículo 458 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999–, esto es, cuando aparezca *‘que el hecho no ha existido o que la conducta es atípica o que la acción penal no puede iniciarse’*; y por ende, contrario sensu, y en virtud del precitado artículo 458, el funcionario se abstendrá de iniciar proceso cuando de las diligencias practicadas apareciere *‘que el hecho no ha existido o que la conducta es atípica o que la acción penal no puede iniciarse’*.”

Ello revela que estando reguladas en el Código Penal Militar las causales que dan lugar a una decisión inhibitoria, mal podría el Juez de Instrucción Penal Militar de un solo plumazo abstenerse de aperturar investigación formal penal sin haber cumplido las finalidades de la indagación preliminar penal, (...).

En tal virtud, la indagación preliminar tiene como propósito el conciliar la atención entre la presunción de inocencia y los intereses de la comunidad entregados al poder público con facultad punitiva, que si bien evita la apertura abusiva de procesos penales, cuando los elementos por lo menos objetivos del cuestionamiento delictuoso no se hacen latentes; también su sentido avocatorio apunta exclusivamente a definir la existencia fáctica del suceso, su presencia normativa en el ámbito de la tipicidad, la identidad o individualización de presuntos autores o partícipes y, en algunos eventos, la pertinencia del ejercicio de la acción penal, conforme a las voces del artículo 451 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999–, por lo que debe ajustarse inexorablemente a los presupuestos del Debido Proceso, como se ha dicho en precedencia...” **(Rad. 157364. 30 de octubre de 2012, M. P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).**



INDUCCIÓN AL SUICIDIO

Es eminentemente doloso

“... En este asunto, de cara a la impugnación, fundamentalmente emergen dos problemas jurídicos por resolver, esto es, si el procesado ejecutó conducta constitutiva del punible de inducción o ayuda al suicidio (art. 107 del C.P.), y si la forma de imputación subjetiva corresponde a la culpa o al dolo.(...).”

Puestas así las cosas, queda claro que el oficial BH le entregó su arma de fuego personal al SLR. MY, amén de que en el instante lo invitó a suicidarse con la misma, lo cual constituyó una ayuda material efectiva para el logro del propósito que subyacía en la mente del SLR. MY. Por lo tanto, el aludido proceder desde el punto de vista objetivo se adecuaba a la descripción comportamental que recoge el artículo 107 del Código Penal (inducción o ayuda al suicidio). (...).



Hecha la anterior precisión, como se dijo atrás, el tema siguiente por dilucidar es lo relacionado con la forma de imputación subjetiva, es decir, si debe hacerse a título de dolo o culpa. En aras de escudriñar la intención que acompañó al procesado en el momento de la realización de la conducta punible, son importantes las circunstancias externas antecedentes, concomitantes y posteriores que rodearon el hecho, las cuales deben valorarse con sumo cuidado en cada caso particular y concreto, pues constituyen criterios de especial trascendencia para tal fin, por tratarse de un aspecto esencialmente psicológico no objetivable.

En este orden de ideas, y con tal propósito, en especial la reacción y las manifestaciones posteriores al hecho por parte del MY. BH contienen notas esclarecedoras del ligamen psicológico entre la acción y el resultado, de donde se infiere que no lo acompañó el dolo directo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo (intelectual o cognitivo) y el querer realizarlos (volitivo); tampoco es predicable el dolo eventual, porque no se representó⁵⁴, ni aceptó como probable⁵⁵, que el soldado M.Y. se suicidaría, por cuanto estaba convencido de que la pistola que le entregó se encontraba descargada, sin proyectiles, ello refulge, de una parte, por la inmensa sorpresa que le generó ver que dicha arma fue disparada (...).

Ahora, no se deja de soslayo la gravedad del suceso, habida cuenta de que el procesado tenía conocimiento previo de la firme e inminente intención del soldado de autoeliminarse, por lo que resulta inexcusable, ilógica, irracional y fuera del sentido común la actitud de entregarle su arma de fuego personal, una pistola Pietro Beretta, sin revisarla previamente retándolo a dispararse, omitiendo las normas del decálogo de seguridad con las armas de fuego⁵⁶ del cual era conocedor por su formación, trayectoria y experiencia de más de 16 años en la institución como Oficial de las armas, conducta imprudente que sin duda fue el origen del resultado típico, por manera que no puede adjudicársele llevar adelante un plan de acción que contemplara la posibilidad de que el soldado se suicidaría, resultado dañoso que su mente no albergó por la convicción que tenía de que el arma estaba descargada. Como el delito por el que se procede no admite la modalidad culposa, no es posible endilgarle responsabilidad penal..." **(Rad. 157423, 24 de octubre de 2012, M. P. TC. (r) JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**



54 Artículo 22 Ley 599 de 2000. "Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar".

55 Artículo 4º Ley 522 de 1999. "Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta al menos como posible".

56 "Siempre que maneje un arma, hágalo como si estuviere cargada (...) siempre mantenga su arma descargada..."

INSUBORDINACIÓN Y ABANDONO DEL PUESTO

La falta de investigación Integral solo se afecta cuando se dejan de practicar pruebas de trascendencia que favorecen al procesado

“... Debe recordar el ilustre Defensor que esta solo puede darse por afectada cuando se dejan de practicar pruebas que con trascendencia favorecen al procesado, de donde tenemos que los testimonios que militan en el plenario, aunque en su totalidad provienen de los militares –Oficial, Suboficiales y Soldados– son concurrentes y coincidentes en sus deponencias, cuando informan la forma alta-nera y desobligada en que los procesados responden al requerimiento –orden– de regresar a la base donde se encontraba acantonada la tropa, en cumplimiento a la tarea operacional a ellos asignada en desarrollo de la Misión Constitucional encomendada a las Fuerzas Militares.

A pesar de no haberse escuchado en diligencia Testimonial a miembros de la población civil y a alguno de los miembros efectivos de la Estación de Policía de Guaranda (Departamento de Sucre), se observa que son los mismos procesados quienes aceptan haberse evadido del área de vivac, cada uno con un propósito diferente, pero que tampoco cumplieron y en contravía a lo ordenado por sus Comandantes, proceden a libar bebidas embriagantes y al ser requeridos para que regresen a la base militar se rehúsan a volver, presentando hechos bochornosos para la tropa, esto es, realizar disparos con sus armas de dotación, y además confrontar a sus compañeros y superiores que los fueron a buscar, faltándoles al respeto y haciendo caso omiso a la orden impartida. (...).

De ahí, que el Defensor no puede entrar a desfigurar la riqueza probatoria de los testimonios que militan en el plenario, disfrazándolos sin sostén argumentativo de testimonios parcializados; que si bien son susceptibles de estimación con apreciable valor en la reconstrucción de los hechos como se anotó, también es cierto que los testimonios que ofrece el instructivo, no solo poseen la contundencia de ser directos sino además concurrentes y coincidentes, de donde dimana su credibilidad o poder suasorio, y deriva en grado de certeza el pleno valor probatorio que impacta la presunción de inocencia que le asiste al procesado, de donde refulge que los argumentos vertidos por la defensa con los que sin sostén alguno cuestiona las pruebas de cargo contra su apadrinado, no están llamados a prosperar...” (Rad. 152013, 28 de septiembre de 2012, M. P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).



LA DISCIPLINA

Bien jurídico que protege el punible de amenazas

“... Argumento que resalta que la integridad del Oficial estuvo a salvo porque el soldado nunca le apuntó, no dirigió el fusil en contra del subteniente y que tampoco



se estableció que el soldado haya sido el autor del disparo, circunstancias que no pusieron en peligro la vida del oficial, y es en este erróneo esquema argumentativo que se confunde que el bien jurídico que protege el punible de amenazas no es la vida e integridad personal, sino, se reitera, el bien jurídico tutelado es el de la disciplina.(...).

Frente a tal proposición es preciso brindar un contexto, los militares involucrados tanto el subteniente para la época de los hechos JCDA como el SLR. EQE sucumbieron en una discusión que rompió la relación de compañerismo, subordinación y cortesía militar, al mismo tiempo que no guardaron el dominio de sí mismos, lo que implica la afectación de las condiciones personales y de ética militar que deben guardar en su actuar los hombres en armas.

Ahora bien, de la descripción fáctica descrita en anterioridad, se ha de puntualizar en el último episodio, es decir, cuando el SLR. EQE tomó un fusil, lo cargó y lo desaseguró para proceder a ir en búsqueda del ST. JCDA persona con quien previamente había tenido el altercado consecuencia de las recriminaciones que le había hecho al conscripto por haberse retardado al permiso y haber ingerido bebidas alcohólicas.

El procesado en búsqueda de aquel oficial (móvil de la conducta) se ubicó en la puerta de salida de la dependencia del COT donde se encontraba el subteniente, luego, en contexto, si se puede afirmar que el procesado exteriorizó actividades físicas que imprimían un mensaje de desacato a los roles que gobiernan la interacción entre superiores y subalternos, es decir, que los criterios de mandar entre las atribuciones del superior y obedecer entre los deberes del subalterno se pusieron en peligro cuando el aquí procesado introdujo a esa relación jerárquica del mando un gesto o símbolo de fuerza (tomar el fusil, desasegurarlo y cargarlo) con el mensaje que por esta vía podría desconocer de hecho las decisiones que su superior ST. JCDA llegare a adoptar. (...).

Precisado lo anteriormente expuesto, se puede afirmar entonces que aquellos símbolos y gestos expresados por el SLR. EQE si enviaron el mensaje de poner en peligro la disciplina al resto de la comunidad militar, nótese cómo el SLR. HLJO⁵⁷ observó las circunstancias e ingresó al COT para advertir como novedad las conductas que estaba desarrollando el procesado SLR. EQE y consecuente con tal advertencia es que el ST. JCDA sale de aquella dependencia y junto con otros militares tomaron la iniciativa y desarmaron al SLR. EQE, que dicho sea de paso en tal forcejeo el fusil fue accionado en su disparador y se produjo la detonación. Es decir, que los militares que en aquel episodio fáctico intervinieron y presenciaron el mismo, evidenciaron una situación de anormalidad en los roles que el hombre militar debe adoptar ya sea dentro del deber de obediencia del subalterno o el deber de mando en su

57 Declaración SLR. HLJ Óscar, fl. 25, “Yo estaba en sala de televisión y yo vi que el soldado E pasó por la puerta con el fusil y estaba de civil, y se paró en la puerta del COT y yo estaba en la puerta sentado detrás de mi teniente que estaba sentado en una silla hablando por celular y yo vi que el fusil estaba cargado porque no tenía cartucho por la vida, yo fui y le dije al dragoneante R que E tenía el fusil cargado, entonces R salió del COT a hablar con E Y MAS DETRÁS SALIÓ MI TENIENTE detrás de R y cuando yo salí mi teniente estaba agarrado con E con R y le quitamos el proveedor y le quitamos el fusil a, entonces mi teniente cogió a E y lo tenía del cuello...”

rol de superior. Se reitera entonces, que tal conducta se califica simplemente como una amenaza a la disciplina.(...).

Ha de recordarse que precisamente como está previsto el punible de amenazas en la Ley 522 de 1999, es un tipo penal subordinado al punible de ataque y que para su consumación no requiere las vías de hecho, solo la amenaza, por estas y otras razones es que el punible se califica en la doctrina como un delito de peligro. (...).

Dentro de dicho contexto de la estructura del Estado que se ha referido en anterioridad, resulta entonces la Fuerza Militar como una institución que posee el monopolio de las armas en busca de asegurar de manera física la soberanía del Estado, que esa Fuerza Militar debe tener una regulación especial dada su delicada misión de administrar las armas del Estado, por ello, desde el derecho penal, el legislador plasmó la disciplina como un bien jurídico a proteger bajo el entendido que dicha protección garantiza la existencia de la Fuerza Militar, no se trata de un bien jurídico que protege intereses particulares, sino que por el contrario busca la protección de bienes colectivos como la preservación y existencia⁵⁸ de la Fuerza Pública por vía de la cohesión que genera la disciplina y a su vez la protección de todos los intereses de los asociados al tener una Fuerza Pública controlada y al servicio de los fines esenciales del Estado.

Igualmente, al proteger el bien jurídico de la disciplina se busca reprochar aquellas conductas que procuren disolver la intención de lucha, diluir la cohesión, o aquellas que ponen en peligro las relaciones jerárquicas surgidas entre quien ejerce el mando dentro de sus atribuciones como superior y la obediencia dentro de los deberes del subalterno; protección encaminada a preservar la eficacia de la Fuerza Pública como interés de toda la sociedad.

En otras palabras, solo aquel grupo de hombres armados al servicio del Estado para garantizar la soberanía y el cumplimiento de sus fines, podrá ser reconocido como el Ejército legítimo si utiliza la disciplina como norma que regula los derechos, deberes y obligaciones que se le imponen al hombre que asume el estatus de militar o policial. (...).

En otras palabras, la Institución Castrense ha considerado que los militares han de guiar su comportamiento bajo los valores⁵⁹ de espíritu militar, firmeza de carácter, sentido de responsabilidad, valor, compañerismo, obediencia y subordinación, pero fundamentalmente el respeto mutuo entre superiores y subalternos es una obligación de todos los integrantes de las Fuerzas Militares, criterios estos que entre otros construyen la cohesión entre sus miembros la cual constituye un presupuesto para que la disciplina se convierta en la condición esencial para la existencia de la Fuerza Militar. Adicionalmente, es mandatorio para los miembros de la Fuerza

58 Ley 836 de julio 16 de 2003, CAPÍTULO II. NORMAS MILITARES DE CONDUCTA. ARTÍCULO 17. LA DISCIPLINA. La disciplina, condición esencial para la existencia de toda fuerza militar, consiste en mandar y obedecer dentro de las atribuciones del superior y las obligaciones y deberes del subalterno; contrarresta los efectos disolventes de la lucha, crea íntima cohesión y permite al superior exigir y obtener del subalterno que las órdenes sean ejecutadas con exactitud y sin vacilación. Implica la observancia de las normas y órdenes que consagra el deber profesional.

59 Reglamento de Régimen Disciplinario, Ley 836 de 2003, Art. 24.



Militar el mantener la disciplina bajo el cumplimiento de sus deberes y obligaciones conforme al grado y cargo que desempeñan.

Bajo este contexto aquella realidad fáctica desarrollada por el procesado tienen potencialidad de daño frente a los criterios que construyen el factor de cohesión como elemento esencial de la disciplina pues su actuar rompió esos principios de respeto, compañerismo y subordinación lo que generó indiscutiblemente una puesta en peligro de la disciplina traducida en que el procesado SLR. EQE desbordó sus derechos y deberes para poner en entredicho la autoridad de aquel oficial que le ejercía el mando de manera directa dada su condición de Comandante del Escuadrón “CÓNDOR” del Grupo de Caballería Mecanizado N°. 13 “General RAMÓN ARTURO RINCÓN QUIÑONES”, en otras palabras, esos procesos sociales que la comunidad militar desarrolla en pro de mantener la cohesión de sus hombres fueron puestos en peligro concretamente con el acontecer fáctico desarrollado por el procesado SLR. EQE. (...).

Sobre la antijuridicidad igualmente, se ha de afirmar que siendo el bien jurídico el objeto que protege el derecho penal, este mismo se constituye en el contexto de interpretación, es decir, que analizada la tipicidad del punible de amenazas ella se debe hacer en contexto si vulnera la disciplina y tal como se anotó en precedencia la conducta del SLR. EQE de acudir a las armas de fuego para hacer prevalecer su criterio y desconocer los mandatos de su superior, implica indudablemente el rompimiento de los cimientos de la disciplina castrense como son los pilares de la cohesión y de la obediencia. (...).

En consecuencia, la conducta del procesado además de contrariar formalmente los Reglamentos que regulan las relaciones entre los militares, puso en peligro la disciplina de las Fuerzas Militares específicamente la disciplina del Escuadrón “CÓNDOR” del Grupo de Caballería Mecanizado N°. 13 “General RAMÓN ARTURO RINCÓN QUIÑONES” acantonado en la Base Militar de Cuernavaca de Pacho (Cundinamarca).

Se reitera entonces que la realidad fáctica desarrollada a partir de la conducta desplegada por el SLR. EQE aquel 3 de septiembre de 2007, rompió todas las normas y órdenes de régimen interno y en especial las que gobiernan el comportamiento de los militares que integraban aquel Escuadrón “CÓNDOR” del Grupo de Caballería Mecanizado N°. 13 “General RAMÓN ARTURO RINCÓN QUIÑONES”, vulnerando la disciplina que debe gobernar la Fuerza Militar, con esa conducta del SLR. EQE puso en peligro el bien jurídico de la disciplina, pues concretamente las relaciones de cohesión, subordinación, obediencia y mando entre superior y subalterno quedaron fuera de contexto y supeditados al comportamiento unilateral del procesado.

Consecuente con lo anterior, la Sala de Decisión no comparte el argumento esgrimido por la señora Juez de Instancia cuando manifestó que aquella realidad fáctica no constituyó delito de amenazas, y no es viable reiterando que los elementos de un delito de peligro sí están dados en la conducta esgrimida por el procesado

como lo son la existencia de la realidad fáctica y la potencialidad o virtualidad de peligro frente al bien jurídico tutelado, reiterando que es el de la disciplina y no el de la vida e integridad personal como lo pretendió argumentar el a quo en su sentencia absolutoria...” (Rad. 157452, 31 de mayo de 2013, M. P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).



LAS ACTIVIDADES DE INTELIGENCIA

Las actividades de inteligencia militar son lícitas cuando se actúa para los fines constitucionales que justifican la existencia de la Fuerza Pública

“... Frente a tal propuesta argumentativa esta Sala de Decisión habrá de concretar el problema jurídico bajo el entendido de determinar si las actividades de inteligencia que realizan las Fuerzas Militares en desarrollo de sus fines constitucionales son o no actividades legítimas. (...).

Sin hacer mayores esfuerzos jurídicos, se ha de señalar, que en la Constitución Política se han asignado los fines de la Fuerza Pública y en cuanto se refiere a las Fuerzas Militares su finalidad la constituye la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional, enunciados estos, que se han de materializar desarrollando distintas actividades entre ellas la de inteligencia, la que se ha de entender con una naturaleza preventiva y reservada.

En igual sentido se ha de razonar que la información obtenida por esas labores de inteligencia buscan determinar elementos sobre la existencia o preparación de un ilícito y que si tal información debe ser divulgada, ella solo ha de hacerse frente a las autoridades judiciales, lo que implica entonces una reserva en la información y un respeto a los derechos fundamentales.

De manera, que se puede concluir que los organismos de inteligencia militar pueden ejercer actividades para recolectar información en búsqueda de lograr el cumplimiento de los fines asignados en la Carta Política que en últimas no son otros que prevenir acciones que afecten el orden constitucional, lo que implica una actividad lícita, pero por el contrario, esta actividad se desdibuja y cae en irregularidades cuando el manejo de la información obtenida no está demarcado dentro de la reserva y se da a conocer a terceras personas generando la probabilidad de vulnerar derechos fundamentales como lo son la intimidad, el buen nombre y la honra.(...).

Lo anterior nos permite señalar entonces, que a las Fuerzas Militares se le han asignado unas funciones en la Carta Política, y que para lograrlo, se han de diseñar distintas actividades, una de ellas, las maniobras de inteligencia, las cuales buscan asegurar el orden público, preservar las instituciones; y que dentro de ese manejo



de la información se debe preservar el principio de la reserva. Luego entonces, si es una actividad que encuentra respaldo en la Constitución Política no resulta ilícito su ejercicio.

La ilicitud o irregularidad de las actividades de inteligencia se estructuran a partir de la vulneración a la reserva de las mismas cuando sus contenidos se han dado a conocer a entidades o personas distintas a las judiciales y este episodio no es el evidenciado en el caso sub júdice.

Bajo los conceptos anteriores, se dirá que no le asiste razón a la memorialista cuando afirma que se ha de continuar la indagación preliminar porque se puede pensar que sí hubo un seguimiento de inteligencia, argumento que no ha de prosperar, pues la actividad de inteligencia por sí sola no constituye delito tal como se explicó en precedencia. Esta afirmación en el hipotético evento que se llegue a demostrar que se desarrollaron actividades de inteligencia frente al CT. GDWD. (...).

Por último ha de reiterarse entonces, que el objeto de la investigación penal no es determinar si se realizaron o no actividades de inteligencia, pues tal como se expresó, estas actividades son lícitas acorde a los contenidos de la Constitución Política de 1991, que es lo que pretende la apelante cuando busca que se continúe la investigación, determinar si existió o no una actividad de inteligencia militar. Lo relevante y motivo de continuar la indagación preliminar, es que tal actividad de inteligencia se calificara de irregular y la irregularidad en principio se predicaría si la información no hubiere sido manejada con reserva en el evento que esta se pudiera, pero de acuerdo al acervo probatorio, en el momento procesal actual no se puede evidenciar siquiera qué actividad o información alguna exista sobre el quejoso...” (Rad. 157383, 31 de julio de 2012, M. P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).



LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR

En el proceso penal de la Ley 522/99 los denunciantes (víctima-perjudicado) no están legitimados para impugnar el auto que resuelve la situación jurídica provisional, a menos que se hayan constituido en parte civil

“... En su calidad de denunciante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la providencia del 12 de octubre de 2012 proferida por el Juez 171 de Instrucción Penal Militar, en la que se resolvió la situación jurídica provisional. (...). Así las cosas, es claro que quienes interpusieron el recurso de reposición y en subsidio apelación lo hacen en calidad de perjudicadas, categoría que hace relación a “...*todos los que han sufrido un daño, así no sea patrimonial*”, a propósito diferente a la condición de víctima, pues esta es “... *la persona respecto de la cual se materializa la conducta típica*”⁶⁰. Precisamente por lo anterior, por tratarse de

un recurso formulado por quienes no tienen la calidad de sujeto procesal por un lado, y tampoco se han hecho representar en debida forma por un profesional del derecho, por el otro, es que no puede resolverse el recurso, en este momento, ya que las recurrentes no están legitimadas para ello, pues la señora ORQ solamente le otorgó poder a la doctora KER⁶¹, sin haberse producido hasta el momento la presentación de la demanda para constitución de parte civil. Algo similar debe decirse del memorial que suscribió el señor HEL, dirigido al Juzgado 171 de Instrucción Penal Militar en el que se alcanza a leer su ánimo de interponer recurso de reposición contra la providencia del 13 de noviembre de 2012, esto es, en la que se resolvió el inicial recurso de reposición formulado por las señoras AOA y ORQ, desconociéndose la fecha en que fue recibida en el despacho instructor, pues en su condición de víctima, bien puede constituirse en parte civil dentro del presente proceso penal que se tramita contra el PT. MR. Sobre la legitimación para actuar como perjudicado o víctima en el proceso penal, que se rige por la Ley 522/99 es relevante citar el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional.

“Por todo lo anterior, considera la Corte que si alguien ha sido víctima o perjudicado por un hecho investigado por la justicia penal militar, tiene derecho a acceder al proceso penal. La manera de tener este acceso a la justicia, cuando se trata de la madre del muerto, es constituyéndose, si ella lo desea, y en el momento oportuno, como parte civil dentro del proceso penal correspondiente. Esta sería una vía adecuada para desarrollar el derecho establecido en el artículo 229 de la Constitución...”⁶². (Rad. 157969, 21 de febrero de 2013, M. P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).



LESIONES PERSONALES

Diferencia entre mecanismo contundente y biodinámico – No imposición de penas accesorias en aplicación del artículo 51 de la Ley 1407 de 2010 por favorabilidad

“... Respecto a la duda que tiene la defensa y la representante del Ministerio Público, en punto a si la fractura del miembro superior izquierdo, fue ocasionada directa e intencionalmente por el SI. RM, en el momento en que este le habría torcido a SJ bruscamente el brazo para colocarle las esposas, o si fue producto de alguno de los golpes cuando el policial lo lanzó al suelo para someterlo por la fuerza, incertidumbre que para ellos emerge, debido a que el mecanismo causal fue “contundente” según el dictamen de medicina legal, se hace necesario precisar lo siguiente:

En el segundo y último reconocimiento de medicina legal visible a folio 145 del cuaderno original, en su conclusión puntualizan que la lesión fue producto de mecanismo causal “contundente”, y este vocablo, es definido por el Reglamento

61 Folio 217.

62 Sentencia T-275-94.



Técnico para el Abordaje Integral de Lesiones en Clínica Forense, Código: DG-M-RT-01-V01, Versión 01, octubre de 2010, del Instituto Nacional de Medicina Legal, así:

“Mecanismo Contundente: El mecanismo de lesión se produce por la fuerza, la velocidad que se aplique y la masa del elemento. Lo producen objetos romos”. (Subrayado fuera de texto).

La Real Academia de la Lengua Española define el término “contundente” como un instrumento o acto que produce contusión⁶³; entendiéndose esta como “*la colisión entre un cuerpo romo llamado contundente (la potencia) y el cuerpo humano (la resistencia)*”⁶⁴.

De otra parte, el Reglamento citado, al clasificar los agentes y mecanismos traumáticos, señala, entre otros, la **torsión** como un mecanismo biodinámico, en los siguientes términos:

“Mecanismo Biodinámico (aceleración-desaceleración, torsión, entre otros): Biodinámica es el estudio de cómo la energía, el movimiento y otras fuerzas afectan los organismos vivos. Así pues, en estos casos las lesiones son la alteración resultante de la aplicación de una fuerza sobre el organismo; es decir, el cambio relativo en las dimensiones o forma de una estructura del cuerpo sometida a un esfuerzo. En estos casos la fuerza o combinación de fuerzas, puede actuar de diversas maneras: (...).

“Rotación: aplicación de fuerzas rotacionales sobre el eje del cuerpo o la extremidad, los cuales pueden estar fijos o girar en sentido contrario a la fuerza que se aplica (por ejemplo, ruptura del ligamento cruzado anterior de la rodilla)”.

Por lo anterior, consideramos que si la lesión sufrida por AHSJ en el miembro superior izquierdo hubiese sido consecuencia de torsión, así lo habría manifestado el dictamen médico legal (mecanismo biodinámico), pero lo que se observa, es que dicho perito, tanto en el primer reconocimiento del 7 de febrero de 2005⁶⁵ como en el último, del 6 de febrero de 2007⁶⁶, concluyó que el mecanismo causal fue contundente, y como dice la doctrina, acorde con el Reglamento en mención:

“Contusión se denomina a la lesión provocada por choque o aplastamiento contra un cuerpo duro, no cortante. El mecanismo varía: simple presión o aplastamiento, bajo un cuerpo pesado (techo, vehículo, etc.), o entre dos cuerpos duros en movimiento acercándose; choque o percusión, de un objeto arrojado o caído o manejado directamente por mano criminal o del cuerpo mismo de la víctima al caer contra el piso o lanzarse contra una pared” (Subrayado fuera de texto)⁶⁷. (...).

63 <http://lema.rae.es/drae/?val=contundente>.

64 C. Simonin. Medicina legal judicial. Editorial JIMS S.A. Barcelona, 1982.

65 Folio 114 ídem.

66 Folio 145 ídem.

67 N. Rojas. Medicina Legal. Editorial El Ateneo. Buenos Aires, 1971.

Aunque las penas accesorias de separación absoluta de la fuerza pública e interdicción de derechos y funciones públicas no fueron objeto de censura por el apelante, esta colegiatura castrense como superior funcional, atendiendo la observación de la señora Procuradora Judicial, no puede dejar de soslayo el postulado constitucional de favorabilidad, toda vez que los hechos ocurrieron en vigencia de la Ley 522 de 1999, y el fallo condenatorio se emitió el 28 de mayo de 2012, cuando ya había entrado en vigor la Ley 1407 de 2010, nuevo Código Penal Militar, lo cual ocurrió el 17 de agosto de 2010, y este tránsito de legislaciones, impone aplicar el artículo 51 de esta última ley, por ser más benigno para el procesado, pues eliminó las citadas penas accesorias en aquellos delitos en que la sanción impuesta no sea superior a dos (2) años de prisión, como sucede en este caso, en que la pena de prisión no superó dicho guarismo, razón por la cual se revocará el numeral segundo de la parte resolutive de la providencia en mención...” (Rad. 157044, 8 de agosto de 2012, M. P. TC. (r) JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).



LIBERTAD PROBATORIA

Frente a la convicción sobre los elementos constitutivos del hecho punible

“... Para esta Célula Judicial tal postura no resulta de recibo, en la medida en que desconoce abiertamente principios de corte procesal en materia probatoria, tal como el consagrado en el canon 402⁶⁸ del CPM, referido a la libertad de pruebas, y también las directrices que la Corte Suprema de Justicia ha irradiado en torno al mencionado principio imperante en nuestro ordenamiento jurídico, según el cual el funcionario judicial podrá lograr el convencimiento de los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad o inocencia del procesado con cualquiera de los medios de convicción regulados en nuestro ordenamiento jurídico, siempre que estos sean legales y respeten los derechos fundamentales.

Esto es lo que la Jurisprudencia Nacional sobre el tema ha enseñado:

“3.2. Principio de libertad probatoria. Reiteración de jurisprudencia.

Los dos sistemas de enjuiciamiento penal que coexisten actualmente en Colombia –Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004– se fundan en el sistema de persuasión racional en el que funge como regla rectora de carácter general el principio de la libertad probatoria.

Este postulado está expresamente consagrado en los artículos 237 de la Ley 600 de 2000 y 373 de la Ley 906 de 2004, los que son de este tenor:

68 “ARTÍCULO 402. LIBERTAD DE PRUEBA. <Ley derogada por la Ley 1407 de 2010. Ver Art. 628 sobre su vigencia> Los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad o inocencia del procesado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba previstos en este código”.



“ARTÍCULO 237. LIBERTAD PROBATORIA. Los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial, respetando siempre los derechos fundamentales”.

“ARTÍCULO 373. LIBERTAD. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”.

Esto significa que con pretensión de generalidad en materia penal se puede emplear cualquier medio probatorio de los autorizados en el estatuto procedimental para acreditar los hechos y circunstancias atinentes al objeto de la investigación y juzgamiento, sin más límites que los de respetar la legalidad en la producción e incorporación del elemento de persuasión al proceso, con expresa precaución de garantizar la vigencia de los derechos esenciales del ciudadano y satisfacer los atributos propios de la prueba en términos de relevancia, estos son, la pertinencia, la conducencia y la utilidad del medio de convicción frente al objeto de prueba.

Lo dicho en precedencia determina que la apreciación conjunta de los medios de convicción se haga por el juez de conocimiento de forma autónoma conforme a las reglas de la sana crítica. Solo por excepción, el legislador ha impuesto ciertas tarifas legales, como ocurre en el sistema procesal del 2000 con la imposibilidad de conferirles mérito a los informes de policía judicial que solo pueden ser utilizados por el sentenciador como criterio auxiliar o con la prueba de referencia en el esquema ritual del 2004, la que no puede servir de fundamento único del fallo.

En ese orden de ideas, si la regla general es que no hay restricción alguna para que cualquier medio de prueba que cumpla parámetros de relevancia y legalidad sea empleado para probar determinado hecho, no es viable para el juzgador exigir que las circunstancias que tengan alguna ascendencia en cierto aspecto técnico —dígase por ejemplo, la medicina, la ingeniería, la física, la química, etc.— sean probadas exclusivamente con prueba igualmente técnica o forense, pues una concepción tal, sucumbe a la finalidad intrínseca de la prueba en el derecho penal, cual es la de llevar al juzgador al conocimiento de los hechos por cualquier medio, siempre que sea legal y respete los derechos fundamentales.

Con lo expuesto, jamás se puede llegar a pensar siquiera que la Corte avala algún tipo de menosprecio frente al poder suasorio indiscutible de la prueba técnica, la que en más de los casos logra aportar trascendentales elementos de juicio al sentenciador para llegar al esclarecimiento de los hechos. No, lo que la Sala quiere significar es que no porque algún aspecto técnico resulte probado por otro medio de prueba no pericial, es viable restarle mérito o excluirlo de valoración.

Bajo este criterio legal se matricula la Sala, que en anterior oportunidad –aludiendo al sistema de procesamiento penal con tendencia acusatoria que actualmente rige en Colombia, pero que es enteramente aplicable al régimen rituado por la Ley 600 de 2000– sostuvo lo que hoy se reitera:

“No se discute ahora que en Colombia prima desde antaño, por contraposición a la llamada “tarifa legal”, el principio de libertad probatoria, por cuya consecuencia, como lo consagra el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, regulatoria del asunto: “Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”.

Bajo esta concepción legal, que desde luego sigue las pautas acogidas en nuestro sistema penal desde años atrás, es claro que ni los sujetos procesales están atados por determinado medio para hacer valer sus pretensiones, ni el funcionario judicial puede exigir de una específica actividad probatoria para fundar su decisión, en el entendido, huelga resaltar, que al conocimiento necesario para llegar al convencimiento de lo ocurrido y consecuente participación del acusado, se puede llegar por múltiples caminos, siempre que ellos se traduzcan, como exige la ley, en prueba legal, regular y oportunamente aportada al proceso.

Así mismo, si la parte ha presentado prueba pertinente y conducente encaminada a verificar el objeto central del debate o uno de los accesorios interesantes al mismo, es obligación del funcionario judicial examinarlos para verificar la credibilidad que comportan, sin que sea de su resorte, porque la ley no lo permite dada la consagración del sistema de libertad probatoria por contraposición al de tarifa legal, omitir su examen o dotarlos de una especie de “capitis diminutio” solo porque no se compadecen con el tipo de prueba que él estima única o necesaria para el caso concreto.

Al efecto, cuando el funcionario judicial exige que determinado hecho o circunstancia, únicamente pueda ser probado, valga el ejemplo, con medios científicos o técnicos, sin que la ley expresamente lo reclame así, está pasando por alto ese principio fundante y a la vez imponiendo a la parte una carga ajena a su deber probatorio.

Desde luego, no desconoce la Sala que en ciertos eventos resulta más contundente o efectivo determinado medio, dada su capacidad suasoria. Pero, se repite, de allí no se sigue que ese sea el único recurso legal para demostrar el hecho, o que, allegados otros medios pertinentes y conducentes, ellos no sean suficientes por sí mismos para producir el efecto de convicción buscado por la parte.

En todos los casos, como por lo demás perentoriamente lo exige la ley, es obligatorio verificar el alcance demostrativo de cada medio en particular y luego articularlo con el conjunto de pruebas, para de esta forma, en seguimiento de los postulados que signan la sana crítica, llegar a la decisión que resuelve el conflicto.



Y, desde luego, si el funcionario estima que determinado medio presentado por la parte para sustentar su teoría del caso, no es suficiente o carece de credibilidad, así tiene que señalarlo en la motivación, refiriéndose en concreto a esa prueba, so pena de incurrir en el falso juicio de existencia por omisión que faculta la controversia en el escenario de la casación.

Respecto del tópico de la Libertad probatoria hoy imperante en nuestro sistema penal, esto dijo la Corte⁶⁹:

“3. En el supuesto que ocupa la atención de la Corte, el reparo del censor está sustentado en el argumento consistente en que en el trámite no obra prueba científica que determine, en su criterio, en grado de certeza, que el cadáver hallado correspondía al de Robert de Jesús.

Frente al reproche planteado por el casacionista, en primer término vale recordar que de acuerdo con sistema de apreciación de la prueba que rige nuestro sistema procesal, resulta claro y evidente que impera el principio de libertad probatoria que consagra el artículo 237 de la Ley 600 de 2000, postulado que debe examinarse desde una doble perspectiva, a saber: que a los sujetos procesales o intervinientes para probar sus hechos o pretensiones no se les debe exigir un determinado medio de prueba, sino que gozan de su entera discrecionalidad, solo limitado por la Constitución Política y la ley.

Y, de la misma manera, la libertad probatoria también está referida respecto al funcionario judicial, en tanto en que puede formar su convencimiento con cualquier medio de convicción, solo limitado por la Constitución y la ley y, por supuesto, por las reglas que informan la sana crítica.

En tales condiciones, la Corte advierte que dentro de la libertad probatoria a que se ha hecho referencia, el sentenciador de segundo grado formó su convencimiento en que el cadáver hallado en la fosa común se trataba de Robert de Jesús Berrío con base en el testimonio que rindió su padre, quien fue la persona que lo halló y lo reconoció, luego de una intensa búsqueda.

Por manera que no le asiste la razón al casacionista cuando informa que en este evento no se puede predicar, en grado de certeza, la identidad del citado cadáver, situación que lo lleva a manifestar que existe confusión frente a tal aspecto, en la medida en que el sentenciador de segundo grado encontró eficacia demostrativa de tal asunto con base en el testimonio del padre y del hermano de la víctima”.⁷⁰

De la directriz que se viene de exponer se tiene entonces que la libertad probatoria cumple una doble función, de un lado, garantizar a los intervinientes en el proceso que los hechos y pretensiones los puedan probar con cualquier medio de

69 Sentencia del 24 de octubre de 2007, radicado 21.577.

70 Sentencia del 27 de marzo de 2009, radicación 31.103.

convicción, siempre que estos, como ya se anotó, respeten la Constitución y la ley; y del otro, que el servidor judicial pueda también formar su convencimiento en el asunto sometido a su conocimiento, con cualquier elemento probatorio, bajo la misma condición o limitación que tienen los intervinientes, respetando claro está, las reglas que sobre apreciación⁷¹ de las pruebas le impone la Ley...” (Rad. 157390, 4 de julio de 2012, M. P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión, Salvamento de voto CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ).



MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Diferencias entre revocatoria y sustitución de la medida de aseguramiento

“...El apelante solicita la revocatoria de la medida de aseguramiento al mismo tiempo que invoca la sustitución de la medida, para abordar dicho planteamiento en primer lugar habrá de recordarse algunas diferencias que existen entre estos dos institutos, pues mientras que en la revocatoria se analizan los requisitos que dieron fundamento a la medida, es decir, si se mantienen o no, en la sustitución, se da por hecho que los requisitos para imponer la medida continúan vigentes.

En otras palabras, en la revocatoria, se valoran los elementos probatorios tendientes a demostrar o no una posible responsabilidad penal del sindicado (en la valoración del indicio), mientras que en la sustitución de la medida de aseguramiento, este juicio de valoración no se da, pues se considera que el indicio de responsabilidad se encuentra estructurado. (...).

Sin lugar a discusión, el criterio jurisprudencial recogido en la Sentencia C-774 de julio de 2001, establece que se puede revocar la medida de aseguramiento siempre que exista prueba que desvirtúe los requisitos legales que dieron origen a su imposición. Ha de señalarse, que el contexto de esta decisión constitucional se da dentro del ordenamiento jurídico de la Ley 600 de 2000, en su artículo 363 que habla de la revocatoria de la medida de aseguramiento, allí, se contemplaba que se revocará la citada medida cuando sobrevinieren pruebas que la desvirtúen, esta decisión señaló que también se había de considerar para su revocatoria la estructuración de los fines de la misma. (...).

De lo anterior podemos colegir como primera conclusión, que no existe duda respecto a que la imposición de la medida de aseguramiento obedece a unos requisitos formales y materiales, pero también, a la estructuración de unos fines, y si alguno de los tres presupuestos no se estructura, no es viable la imposición de la medida de aseguramiento; y en el evento en que surja nueva prueba que desvirtúe la medida ya impuesta, habrá de revocarse.

71 Artículo 401 Ibídem.



Frente al otro criterio jurisprudencial en que se apoya el apelante, ha de señalarse la presente precisión:

Que se trata de criterios sobre necesidad de la pena y frente a ello habrá de decirse, que hay en el ordenamiento penal ordinario i) penas principales, y ii) penas sustitutivas, dentro de i) las principales tenemos a) la privativa de la libertad de prisión, y b) la pecuniaria de multa; y dentro de ii) las sustitutivas se encuentran la a) prisión domiciliaria, y b) el arresto.

El criterio jurisprudencial contenido en el radicado No. 31963 de la Corte Suprema de Justicia que invoca el apelante, fija criterios para acceder a la sustitución de la pena privativa de la libertad por la de prisión domiciliaria cuando el procesado tenga la condición de padre o madre cabeza de familia.

La Sala considera que este argumento no está llamado a prosperar, no por entrar a realizar la valoración de si el sindicado ostenta o no la condición de ser padre cabeza de familia, sino porque en el Código Penal Militar no existe la pena sustitutiva de prisión domiciliaria, como tampoco existe como medida de aseguramiento la detención preventiva en la residencia del sindicado, razón por la cual no es viable aplicar la figura contemplada en la Ley 906 de 2004, la cual menciona que cuando se trate de una detención preventiva en establecimiento carcelario, esta se puede sustituir por la del lugar de residencia tal como se encuentra regulado en el artículo 314 de la citada ley.

Considera esta Sala de Decisión que el apelante invoca el argumento de la sustitución de la medida de aseguramiento tal como se desarrolla en el proceso penal ordinario y para ello invoca *“que dada la sistematización, integración y complementariedad del ordenamiento jurídico y los principios que rigen el mismo, es viable aplicar las reglas contenidas en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), cuando esta sea favorable para los intereses del imputado por lo que tener en cuenta estas reglas no sería contrario a las estipulaciones del artículo 522 del Código Penal Militar”*⁷².

Este argumento de integración normativa no está llamado a prosperar dado el principio de especialidad que gobierna la Legislación Penal Militar que implica una regulación normativa autónoma; adicional a ello, no existe un vacío legal alguno frente a la regulación de las medidas de aseguramiento que implique buscar el Código Ordinario...”. **(Rad. 157477, 5 de octubre de 2012, M. P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**



⁷² Recurso de apelación, fl. 151.

NULIDAD

Carga procesal de quien la alega

“... Aunado a ello, también hay que reiterar que quien pregone la existencia de una causal de nulidad, no solo tiene la carga de demostrar la ocurrencia de la incorrección, sino que también debe probar inexorablemente que dicha irregularidad afecta de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o socava las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento; que la única forma de corregirla es la nulidad, y que no se ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se violente el derecho de defensa, entre otras, todo lo cual se desprende de los principios que orientan la declaratoria de las nulidades⁷³.

Cabe destacar que la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 26 de noviembre de 2003, sobre este tema refirió:

“no hay nulidad sin perjuicio y sin la probabilidad del correlativo beneficio para el nulificante. Más allá del otrora carácter puramente formalista del derecho, para que exista nulidad se requiere la producción de daño a una parte o sujeto procesal. Se exige, así, de un lado, la causación de agravio con la actuación; y, del otro, la posibilidad de éxito a que pueda conducir la declaración de nulidad. Dicho de otra forma, se debe demostrar que el vicio procesal ha creado un perjuicio y que la sanción de nulidad generará una ventaja⁷⁴.

En el caso que hoy se estudia vemos que el recurrente sólo anunció una eventual nulidad procesal en caso de no accederse a la práctica de la prueba, pero no explicitó de qué manera se afectarían, con tal pretermisión, en forma real y cierta las garantías de su defendido o las bases fundamentales del juzgamiento, y menos aún, que la única forma de corregirla sea a través de la censura de las diligencias del expediente, lo que como ya se ha indicado es una carga suya indeclinable, que al no ser cumplida conlleva el fracaso de su pretensión, amén que tampoco se avizora la necesidad de una intervención oficiosa sobre tal punto...” **(Rad. 157343, 28 de enero de 2013, M. P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).**



NULIDAD

La falta de precisión de los cargos en el acto de vinculación del sindicado, generan nulidad

“... En síntesis, al utilizar como forma de vinculación al proceso el mecanismo supletorio de declaración de persona ausente, se evidencia, que allí no se expresaron los hechos por los cuales se estaba vinculando al uniformado, como tampoco el probable punible, limitando o vulnerando la garantía procesal de las formas propias

73 Artículo 392 de la Ley 522 de 1999.

74 Corte Suprema de Justicia, sentencia del 26 de noviembre de 2003, radicación 11135.



del juicio y consecuente con ella la garantía del ejercicio al derecho de contradicción y de defensa que le asiste al procesado.

En otras palabras, la irregularidad que aquí se plantea tiene su génesis en no haber enunciado los hechos al SI. (R) ACO en el acto procesal de vinculación y ante tal ausencia los sujetos procesales, inclusive el Ministerio Público no han podido pronunciarse sobre tal evento, distinto y que no es el motivo de esta decisión que la calificación jurídica provisional que se haya emitido después del acto de vinculación consistente en la declaratoria de persona ausente pueda por vía del principio de progresividad del proceso ser variada esa calificación provisional, ya sea por prueba sobreviniente o por una mejor comprensión jurídica en la calificación; por tanto, se reitera, no es la concreción de los cargos que tiene el Fiscal al momento de acusar lo que aquí se predica como irregular, sino que lo relevante y que vulnera las garantías procesales de las formas propias del juicio y del derecho de defensa, es que se haya acusado y condenado por unos hechos de pérdida de evidencias por los cuales nunca fue vinculado a la causa penal el procesado SI. (R) ACO...". **(Rad. 156764, 31 de agosto de 2012. M. P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**



NULIDAD

Su declaratoria no afecta los recursos presentados

“... Es pertinente rememorar, en situaciones concretas, como la ofrecida en el panorama que dibuja el proceso sub examine que una cosa son las actuaciones procesales y otra los memoriales presentados por las partes intervinientes. Cuando se decreta nulidad total o parcial de la actuación solo se afectan los pronunciamientos hechos por el operador judicial y en algunas oportunidades las pruebas practicadas que dependen de la actuación viciada, lo que significa que las solicitudes, recursos y memoriales que presentan algunas de las partes no se ven afectados por dicha nulidad, tal como lo entendió la apelante.

Cabe anotar en forma muy clara, para evitar confusiones, que la nulidad se decreta para invalidar y reponer lo actuado, lo que realizó el operador judicial y que está viciado, ¿pero cómo reponer por parte del funcionario judicial un recurso que presentó la defensa contra el auto que quedó invalidado? La respuesta a este interrogante a juicio de la Sala es que no se considera afectado.

Razón tuvo el *a quo* cuando afirmó que en este momento procesal no se han resuelto los recursos presentados y sustentados por el defensor contra la Resolución de Acusación⁷⁵, toda vez que la nulidad decretada mediante auto del 18 de enero de 2011 afectaba las actuaciones procesales a partir del folio 689 en donde estaba la constancia de ejecutoria de la resolución de acusación, lo que de ninguna forma podía afectar el memorial del recurso interpuesto por el Abogado del Capitán HSG.

⁷⁵ Folios 708 al 711 del CO 3.

Si en la primera ocasión ya referida de nulidad la fiscalía debió reponer la actuación resolviendo correctamente la solicitud de adición y/o complementación de la Resolución de Acusación y así lo hizo, debió seguidamente darle trámite a la solicitud realizada por la defensa contra la pieza acusatoria...” (Rad. 153320, 29 de octubre de 2012, M. P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).



NULIDAD

Variación de la calificación jurídica en el juicio no procede

“... Esta Sala de Decisión ha de rechazar de plano esta pretensión del apelante, toda vez que en el Procedimiento Penal Militar contenido en el Código Penal Militar –Ley 522 de 1999–, dentro de su estructura procedimental no se contempla la posibilidad de variar la calificación del mérito del sumario en la etapa de juicio, cuando en criterio del Juez Militar de Instancia ha de ajustarse la misma, en virtud a que la imputación jurídica hecha en la Resolución de Acusación no guarda correspondencia con lo acreditado probatoriamente, situación que impide la emisión de sentencia de mérito por una conducta de mayor entidad ante un eventual juicio de responsabilidad; a diferencia de cómo sí lo prevé el Código de Procedimiento Penal Ordinario –Ley 600 de 2000–. (...).

De ahí, que este acto procesal –Resolución de Acusación– “fija las reglas de juego para el juicio y delimita el terreno dentro del cual debe desarrollarse el debate: Concreta las personas contra las cuales se dirigen los cargos, precisa los hechos y circunstancias constitutivos de la imputación fáctica, y señala los delitos y normas que integran la imputación jurídica. Las precisiones e imputaciones que aquí se hagan constituyen ley del proceso y se erigen en frontera inquebrantable para todos los sujetos procesales, y también para el Juez. Esta es la regla. Cualquier variación o modificación, requiere el cumplimiento de un procedimiento especial, en los términos señalados en la ley y la jurisprudencia. (Rad. 157328, 25 de noviembre de 2012, M. P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).



NULIDAD DEL SENTIDO DEL FALLO

Es viable la variación del sentido del fallo para el procedimiento especial consagrado en la Ley 1058 de 2006, ya que el Juez puede volver a revisar y valorar la prueba, antes de proferir la sentencia

Conforme lo expresado en la providencia trascrita, tenemos que el sentido del fallo contenido en la Ley 906 de 2004 no se asimila al que preceptúa el procedimiento especial que consagra la Ley 1058 de 2006, lo que nos motiva a afirmar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia existente sobre tal materia no



puede ser tomada para ser aplicada indistintamente en esta jurisdicción penal militar en punto al procedimiento especial, como si se tratara de figuras similares, a la que tampoco se puede llegar por vía de integración, pues su naturaleza es diferente como quedó evidenciado, aunque guarden algunas características comunes. (...).

En el procedimiento especial contenido en la Ley 1058 de 2006, donde rige el principio de permanencia de la prueba, es decir, la practicada en la etapa de investigación, con la que se llegare a practicar en el juicio, resultan ser el soporte de la sentencia, le permiten al juzgador volver sobre el expediente, revisarlo, confrontarlo, analizarlo antes de redactar la sentencia, y como la decisión a tomar no ha resultado de esa inmediación con la prueba, sino de la existente recopilada por otro funcionario, el de instrucción penal militar, puede existir la posibilidad que aun cuando haya llegado a la audiencia pública con un concepto previo sobre la responsabilidad de quien se juzga y que en ese sentido haya sido el sentido del fallo, al revisar nuevamente la prueba y en un mejor entendimiento de la misma, considere que el fallo deba ser en otro sentido que el anunciado, cuando adicionalmente tenemos que en ese procedimiento especial no existe un término adicional para anunciar el sentido del fallo una vez agotadas las intervenciones de las partes, lo que nos indica que el funcionario de conocimiento no tiene la oportunidad de revisar lo actuado frente a las alegaciones sino hasta cuando se dispone a elaborar la sentencia.

Esto nos está indicando que no estamos frente a la misma situación de hecho referida en la providencia de la Corte Suprema de Justicia cuyo radicado es el 36333 traída por los recurrentes,⁷⁶ toda vez que esta se ha producido al interior de un proceso acusatorio donde en presencia del fallador es producida la prueba e incorporada al juicio en forma pública y oral, mediante un debate desarrollado de manera continua donde la inmediación y concentración son fundamentales, mientras le posibilitan el conocimiento directo de los hechos, a partir de los cuales le corresponde decidir, aspectos que no son de la naturaleza del procedimiento especial como se ha explicado.

Es así entonces, que la declaratoria de nulidad del sentido del fallo en el hipotético caso del juez que al encontrarse en el proceso de redacción de la sentencia llega al convencimiento que el fallo debe ser distinto al anunciado, si resulta admisible en un procedimiento regido por el principio de la permanencia de la prueba, máxime cuando en ocasiones no se practica ninguna prueba en la vista pública, siendo procedente declarar la nulidad de lo actuado a partir de ese momento procesal para reponer la actuación con el anuncio correcto...". (**Rad. 157267, 25 de junio de 2013, M. P. MY (r) MARYCEL PLAZA ARTURO, Tercera Sala de Decisión**).



NULIDAD – DERECHO DE DEFENSA Y DEBIDO PROCESO

La ausencia de motivación de la resolución de situación jurídica genera nulidad

“... Precisamente el artículo 522 del Código Penal Militar cita las medidas de aseguramiento y establece que ellas se aplicarán “cuando contra el procesado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso”. Lo que implica que el funcionario de instrucción no se debe limitar exclusivamente a establecer la autoría de la conducta punible para proferir la medida de aseguramiento, pues cuando se habla de prueba de responsabilidad ello implica realizar juicios de valor de los medios probatorios en lo que respecta tanto a la autoría o participación, como en lo que referido a la antijuridicidad y la culpabilidad e incluso sobre la posibilidad de causales de exclusión de responsabilidad.

Si bien es cierto la situación jurídica es una calificación de carácter provisional, ella debe tener un contenido argumentativo jurídico y quizás diáfano, pero que permita posteriormente estructurar el cargo que se irá a formular en la resolución de acusación, a efectos que el procesado lo pueda desde ya vislumbrar, y así realizar un buen ejercicio de defensa. En otros términos, revestir de garantías a los sujetos procesales dentro de las cuales se encuentra la obligación de motivar todas las decisiones judiciales.

En similares términos, ha sido criterio reiterado por la mayoría de las Salas de Decisión de esta Corporación⁷⁷, que la falta de motivación del auto que resuelve la situación jurídica, necesariamente genera vulneración al debido proceso, y que tal yerro solo puede ser corregido por vía de la declaratoria de nulidad...”. (**Rad. 157634, 10 de mayo de 2013, M.P. CR. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión**).



NULIDAD DE LA SENTENCIA

Carencia de sustentación por falta de valoración y análisis de las pruebas

“... Efectuado el estudio de la providencia recurrida, se destaca que esta carece de motivación, toda vez que no se hizo examen alguno en relación con los presupuestos que establece la ley para proferir sentencia, específicamente en materia de

⁷⁷ Ver Tribunal Superior Militar radicados Primera Sala de Decisión, 155637 M. P. CR. Ismael Enrique López Criollo, 26 de febrero de 2010. 157422 M. P. CR. Ismael Enrique López Criollo, 30 de enero de 2013. Radicados Segunda Sala de Decisión, 157042, Cr. Fabio Enrique Araque Vargas, 06 de julio de 2011. 157291, M. P. CR. Fabio Enrique Araque Vargas, 28 de junio de 2012. 157268, M. P. MY (R) José Liborio Morales Chinome, 28 de junio de 2012. 157290, M. P. MY (r) José Liborio Morales Chinome, 26 de julio de 2012. Radicados Tercera Sala de Decisión, 157354, M. P. CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, 24 de septiembre de 2012 (Salvamento de Voto). 157237 M. P. CN (R) Carlos A. Dulce Pereira, 19 de julio de 2012. 156654, M. P. MY(R) Marycel Plaza Arturo, 11 de septiembre de 2012. 157224, MY(r) Marycel Plaza Arturo, 10 de febrero de 2012. Radicados Cuarta Sala de Decisión, 156247, M. P. CO. Camilo Andrés Suárez Aldana, 29 de junio de 2010.



valoración probatoria puesto que el *a quo* solo se dedica a relacionar las pruebas que reposan en el sumario sin ser apreciadas y valoradas por el fallador conforme a la sana crítica.

Se reitera que el *a quo* no tuvo en cuenta que el operador judicial tiene la obligación y más que esto, el deber de hacer un examen sobre las pruebas y darle a su vez la valoración adecuada para efecto de argumentar la decisión a tomar, la cual debe estar sin lugar a dudas, debidamente soportada y motivada.

Si se aprecia con determinación la decisión, se logra observar que en el acápite de sus consideraciones jurídicas el Fallador en relación a las pruebas solo se limita y manifiesta que *“la Ley Penal Militar en su artículo 396 dispone que para dictar sentencia condenatoria es requisito sine qua non la existencia de prueba conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del reo”* de lo que de bulto se deduce que en ningún momento entró a valorar la prueba, únicamente se dispone a realizar la adecuación típica a lo largo de la parte motiva de la sentencia, y a establecer el cumplimiento de los elementos del delito llegando a la conclusión de la responsabilidad penal por el punible de homicidio en su modalidad culposa.

Así las cosas, al sustraerse el Juez en la providencia recurrida del cumplimiento de los presupuestos sustanciales y formales que contempla la ley, la consecuencia no será otra que la nulidad de la sentencia por afectación al debido proceso y a las garantías que tiene el procesado en relación a su derecho a la defensa, razón y consecuencia, jurídica para que se reponga la actuación, acatando así los principios constitucionales y legales que desconoció de tajo el funcionario judicial.

Lo cierto es que la decisión judicial debe estar fundada con lo probado e imputado, tomando los contenidos probatorios para así remitirse a la dogmática jurídica penal dentro de la lógica y la valoración, en aras de que el procesado tenga certeza sobre las razones y fundamentos por lo que se le juzga, puesto que debe advertir que lo que se hace es un juicio sobre los hechos y el derecho...” (Rad. 157508, 25 de abril de 2013, M.P. C.N. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).



NULIDAD POR INDEBIDA CALIFICACIÓN ENTRE ABANDONO DEL PUESTO Y DELITO DEL CENTINELA

“... Bajo estas premisas, es comprensible para la Sala que si se acusa por abandono del puesto, correspondiendo al hecho realmente la tipicidad bajo la denominación del delito del centinela, se está calificando mal la conducta y, por tanto, incurriendo en causal de nulidad por ofensa al debido proceso. Ciertamente es que corresponde al fiscal penal militar al momento de calificar el mérito del sumario,

realizar una adecuada y precisa tipificación del comportamiento, de acuerdo con los elementos probatorios de que disponga. Si incurre en un error cambiando la denominación jurídica, emerge claro que se está atentando contra el debido proceso, pues no se ajustan los hechos al derecho, recordando que en nuestro sistema procesal de la justicia penal militar no es posible corregir o variar la calificación jurídica frente a cuyo evento el único camino posible es la declaratoria de nulidad para encausar la calificación, de tal manera que el procesado responda solo por la violación jurídica causada con su conducta.

Acorde con lo razonado en precedencia, y como quiera que los elementos de juicio condensados en esta providencia proyectan su valor hacia la demostración de una errada calificación jurídica, lo que determina la variación de la misma, la Sala invalidará la actuación procesal, a partir de la resolución de acusación, quedando comprendida la sentencia, sin que ello signifique una trasgresión al principio de *non reformatio in pejus*, pues este supone la validez del proceso...” (Rad. 157565, 22 de mayo de 2013, M. P. CR. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).



NULIDAD POR INDEBIDA CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA

Cuando se tiene el conocimiento y la intención de causar el resultado, la conducta debe ser calificada bajo la modalidad dolosa y no culposa

“... Pues bien, confrontado el episodio fáctico con la prueba obrante, resulta equivocado y contrario a la estructura del delito, concebir que un comportamiento que se realiza con conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal y con voluntad de acción final, se conciba como culposos, partiendo de que este se identifica por la producción de un resultado típico, no querido pero que era previsible y evitable si el sujeto agente hubiese obrado observando el deber de cuidado; es decir, el agente actúa con voluntad pero no con intencionalidad. Precisamente este último factor es el que no emerge de manera diáfana, partiendo de que el propósito del ahora procesado era el de atacar, frente a una supuesta amenaza que percibió y por ello efectuó varios disparos, para lo cual adoptó una postura que refleja el ánimo y la intención de hacer uso de su arma y de dar en el blanco de cualquier persona que por el lugar donde provenían los ruidos se encontrara, teniendo el conocimiento acerca del carácter letal de su arma de fuego. Y precisamente la Fiscalía Penal Militar, aunque de una manera confusa y hasta contradictoria en su posición, derivó un posible registro a fuego, que debe ser escrutado con mayor rigor.

Con todo, atendiendo el aspecto volitivo, la realización del injusto debe corresponder a un proceso causal distinto del concebido por el autor; por ello cuando el sujeto agente procede con determinado conocimiento y voluntad y el proceso causal alcanza el resultado querido, como en el caso concreto, se ha de estar en la hipótesis del dolo y no de la culpa.



En consecuencia, la discusión debe girar en torno a la posible existencia de un dolo eventual o de una conducta eminentemente dolosa, aspecto que debe ser contrastado con el posible error de prohibición, y dentro de él, si este es vencible o invencible...” (Rad. 155221, 28 de febrero de 2013, M. P. CR. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).



PARTE CIVIL EN EL PROCESO PENAL MILITAR DE LA LEY 522 DE 1999

Para su reconocimiento es necesario que medie un poder, una demanda y un auto que la admita

“... Aunque inicialmente su participación se encontraba restringida dentro del proceso penal militar, con la declaratoria de inexequibilidad parcial del artículo 107 del Código Penal Militar de 1999⁷⁸, la Corte Constitucional desarrolló una amplia teoría jurisprudencial alrededor de la figura de la parte civil, permitiendo que esta tenga un acceso pleno al proceso penal militar, no solo para obtener una reparación económica, sino también para satisfacer sus derechos a la verdad y a la justicia. Así, la parte civil puede intervenir con la única finalidad de buscar la verdad y la justicia, sin que se les pueda exigir la demostración de un daño patrimonial o una pretensión de esta naturaleza. En virtud de ello, la parte civil como sujeto procesal dentro del esquema de la Ley 522 de 1999, puede intervenir tanto durante la investigación preliminar como dentro del proceso penal, encontrándose por ello facultada para intervenir en la formación y aducción de pruebas, así como para interponer los recursos contra aquellas decisiones que puedan afectar sus derechos a la verdad y a la justicia.

A partir de esta concepción, la parte civil actúa en un plano de igualdad frente a los otros sujetos procesales. Sin embargo, dentro del esquema procesal previsto en la Ley 522 de 1999, su intervención debe estar sujeta al trámite y a los requisitos exigidos por los artículos 305 a 310, teniendo así la víctima el deber legal de proceder por medio de un abogado, quien debe presentar una demanda de constitución de parte civil⁷⁹, frente a la cual debe existir un pronunciamiento judicial sobre su admisión o inadmisión. Admitida la demanda, la parte civil tendrá todas las facultades anteriormente descritas. Debe advertirse en todo caso, que desde el inicio de la indagación preliminar, el perjudicado o la víctima tienen el derecho de acceder al expediente, sin que previamente se les pueda exigir la presentación de una demanda⁸⁰.

Resulta pertinente reiterar a efectos de evitar confusiones en los funcionarios de la primera instancia, que bajo el trámite de la Ley 522 de 1999, la parte civil está en la obligación de presentar una demanda de constitución de parte civil a través de

78 Corte Constitucional, sentencia C-1149 de 2011, M. P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

79 Ver Corte Suprema de Justicia, auto del 29 de junio de 2005, M. P. Dra. Marina Pulido de Barón, Expediente 22987.

80 Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2002., M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa y Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

la cual exprese el daño concreto, real y específico sufrido y el interés que le asiste (derecho a la verdad, a la justicia o la reparación), imposición que no se encuentra consagrada en el sistema procesal de la Ley 1407 de 2010, lo que se justifica debido a la naturaleza acusatoria y oral de dicho procedimiento⁸¹.” (Rad. 157429, 7 de marzo de 2013, M. P. CR. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO. Primera Sala de Decisión, Salvamento de voto CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ).



PECULADO CULPOSO

Concepto y alcance de la vulneración del bien jurídico

“... No está por demás agregar en punto de la efectiva vulneración del bien jurídico tutelado a través del tipo penal de peculado culposo, que como se ha visto, al parecer actualizó el procesado a través de su conducta, que este no solo comprende el patrimonio económico, sino que también lo constituyen la lealtad, probidad, fidelidad del funcionario hacia la administración, así como la debida organización, estructura y correcta dinámica de esta⁸², tema sobre el cual abundante ha sido la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, veamos:

“... no se restringe, como suele entenderse, a los intereses económicos o a la salvaguarda del erario; tampoco se orienta hacia la protección de la integridad de los órganos administrativos ni de la relación jerarquizada de poder entre ellos; lo que se protege es la correcta función pública de administrar, como medio para avanzar hacia el logro de los fines especiales del Estado. Correlativamente, se sanciona la falta de celo y de cuidado que exhibe el funcionario en el ejercicio de un cargo público, cuando dicho empleo lleva ínsita una relación jurídica con los bienes del Estado o de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, y precisamente, por causa de su negligencia se extravían, pierden o dañan⁸³”.

Desde esa óptica es palmario que no le existe razón al letrado cuando asegura que no hubo vulneración al bien jurídico tutelado con el tipo penal comentado, por el hecho que existe un seguro que reparará el daño ocasionado, pues como se destacó la lesión al bien jurídico se ofrece por la falta de celo y de cuidado que exhibe el funcionario en el ejercicio de un cargo público y que da lugar a un resultado dañoso, como el que aquí con suficiencia está probado con la pérdida de los dineros públicos...” (Rad. 157217, 28 de septiembre de 2012, M. P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).



81 Ver Corte Constitucional, providencia C-423 de 2006, M. P. Dr. Humberto Sierra Porto. En esta providencia se hace una diferencia sobre la figura de la parte civil entre los sistemas de la Ley 600 de 200 y 906 de 2004, afirmándose que en el sistema penal acusatorio la parte civil desaparece.

82 Cfr., Corte Suprema de Justicia, sentencia de febrero 16 de 2005, radicado No. 20494.

83 Corte Suprema de Justicia, Auto del 18 de julio de 2001, radicación 17089. Citado en el fallo 18029, del 5 de noviembre de 2008.



PECULADO CULPOSO

El pago del elemento extraviado no hace perder la entidad criminal de la conducta. Responsabilidad penal en el cuidado y tenencia de armas de fuego de propiedad de la Fuerza Pública

“... En punto del ataque frontal contra dicha decisión, el defensor plantea que como su prohijado resarcíó de manera íntegra el valor del arma, no se ha producido una afectación real al bien jurídico tutelado de la administración de justicia, por lo que bajo el principio del derecho penal como de *ultima ratio*, no es necesaria la intervención punitiva del Estado, debiéndose absolver al procesado.

Es evidente que el procesado ciertamente pagó el valor de los elementos perdidos, a instancias del proceso administrativo de responsabilidad fiscal, que por tal razón concluyó anticipadamente con una decisión inhibitoria. Sin embargo, tal pago no hace desaparecer la entidad criminal de la conducta reprochada, si se tiene en cuenta que el peculado culposo es un delito que protege el bien jurídico de la administración pública, dentro del que debe comprenderse no solo la protección a los bienes estatales, sino también la protección de la función pública que puede verse afectada por conductas que atenten contra la lealtad, probidad, fidelidad del funcionario hacia la administración, así como la debida organización, estructura y correcta dinámica de esta⁸⁴.

Así entonces, lo que el tipo penal pretende exigir, es precisamente que los servidores públicos que administran o custodian bienes a cargo del Estado, tengan la diligencia y cuidado necesarios a fin de impedir que ellos se pierdan, extravíen o dañen. Este es el sentido teleológico de la previsión normativa, que reprocha penalmente el descuido o la falta de diligencia frente a los bienes puestos bajo su cuidado y responsabilidad.

Con mayor razón, cuando dichos bienes consisten en elementos de uso restringido o privativo, como lo son las armas de fuego. No puede olvidarse que el Estado tiene el monopolio de las armas, acorde con lo dispuesto en el artículo 223 de la Constitución Política y por ello se penaliza su porte ilegal como un tipo de peligro, justamente por el riesgo que dichos instrumentos representan para los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal. Examen de responsabilidad que debe soportar un mayor rigor, cuando se trata de armas de propiedad del Estado que han sido destinadas para la seguridad pública, frente a las cuales se exige un mayor compromiso y cuidado en su custodia y manejo, evitando que caigan en manos inescrupulosas con las cuales contrariamente puedan constituir una grave amenaza para la vida e integridad de los ciudadanos o para el patrimonio o la pacífica convivencia.

Entonces, para la Sala en este caso el tipo penal toma una especial relevancia y consideración, pues el reproche fundado en la imposición de una pena, tiende

84 Ver Corte Suprema de Justicia, sentencia de febrero 16 de 2005, radicado 20.494.

bajo los efectos de la prevención general y especial, a obligar a que se extremen las medidas de cuidado que se deben adoptar para preservar este tipo de bienes.

Es por lo anterior, que tampoco puede aceptarse la tesis del derecho penal fragmentario, pues como quedó explicitado, una conducta descuidada como la ejercida por el procesado, merece el reproche penal impuesto en primera instancia y avalado por esta Sala de Decisión...” (Rad. 157500, 28 de mayo de 2013, M. P. CR. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).



PECULADO POR APROPIACIÓN

Disponibilidad del bien

“... Es suficiente la capacidad para disponer de los bienes por interpuesta persona y como quiera que esto aparece como consecuencia directa de la función jurídica desempeñada por los agentes delictuales CM y RG, en su calidad de Director del Hospital y Director Administrativo tenían la disponibilidad de los bienes por parte suya, es allí donde evidentemente lo que se les incrimina es el fraude cometido por razón de los deberes propios que deban de desarrollar, fijémonos cómo es que aparece firmada el acta 055 por el Jefe del Departamento de Administración HONAC y el Director del Hospital Naval, entre otros tantos, donde dan cuenta de que se desarrolló y se realizó la mencionada obra, ello fue lo que constituyó la creación del mencionado contrato para su cancelación y obvio que está firmado por el Director del Instituto de las Fuerzas Militares, igual cosa sucedió con el contrato 054, quien también firma el Jefe del Departamento de Administración y el Director del Hospital y con base, vuelve y repite la Fiscalía, en ello es que se realizan los mencionados contratos.

Fíjese entonces, cómo estos dos agentes sí tienen la disponibilidad jurídica y bajo esas falsedades en documento público y que a la postre hoy se encuentran prescritas es que se hace el desembolso de los dineros de \$19.800.000 y de \$9.900.000 respectivamente, para los contratistas PC y GH, esa vinculación de actividades tanto del Director del Hospital como la del Director Administrativo que fungían como tal, es lo que conlleva a lo que hemos afirmado que tenían disponibilidad jurídica de los bienes del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, y es que existe también y así lo afirman dentro de la investigación disciplinaria y en su indagatoria los sindicatos, que manifiestan que el 17 de agosto del 95 se recibieron el oficio 068 del Subdirector Administrativo del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, en el que los autoriza para que reúnan las cuentas por prestación de servicios o elementos para el cumplimiento de la misión del hospital y se envíen a la Dirección del mencionado Instituto para su cancelación con los aportes correspondientes.

Lo que quiere decir que se les estaba dando la orden de que continuaran con su misión de administrar cuidadosamente los bienes del Estado, e insiste el Despacho que allí donde implícitamente se habla de la disponibilidad jurídica no de otra



forma podrían seguir actuando los mencionados oficiales, o para que el cargo se pregunta la Fiscalía, que ellos eran los que ejecutaban el presupuesto, ellos eran los que administraban los bienes y al haberse violado la Ley 80 del 93 quedaban inmersos también en el delito de Celebración Indebida de Contratos. (...)

Cierto es, y se repite, que el CN. CM, para el momento de la suscripción de los contratos no era ya el ordenador del gasto, pero existía entre este y el objeto material del delito, es decir los dineros apropiados por terceros, una **“relación especial de disponibilidad”**, dado por las expresiones “administración y custodia” que hace referencia el tipo penal, así entonces era deber del Director en calidad de máxima autoridad administrativa del Hospital, velar por la pertinencia de las obras a realizar y los dineros que por ellas se debían pagar y tan es así que con su firma “legalizó y patentó” que las obras se habían realizado, y con ello dio vía libre al pago de los dineros que finalmente fueron defraudados al erario público. **(Rad. 147773, 17 de diciembre de 2012, M. P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).**



PECULADO POR APROPIACIÓN Y FALSEDAD EN DOCUMENTO PÚBLICO

Tasación de la pena en concurso de delitos

“... A raíz de la observación de la apelante, en el sentido de que el *a quo* omitió hacer las rebajas pertinentes a la pena pecuniaria de \$5.535.351.83.00, en lo que tiene razón, pues se advierte que se equivocó en la tasación de la misma, porque tampoco le aplicó el aumento que en términos porcentuales equivale al 45.4% por el concurso delictual existente⁸⁵, yerro este que no puede corregir esta instancia en virtud del principio *non reformatio in pejus*, al tener la procesada la condición de apelante única⁸⁶.

En este orden de ideas, el valor de la pena pecuniaria de \$5.535.351.83, señalada para el delito más grave, debe rebajarse en una tercera parte por reintegro del dinero apropiado⁸⁷ (art. 401 C. P.), esto es, en \$1.845.117.00 que arroja el valor de \$3.690.234.00, y esta suma por confesión⁸⁸ se reduce en 1/6 parte, que equivale a \$615.039.00 arrojando un gran total definitivo de \$3.075.195.00, de multa, que como pena principal la enjuiciada debe pagar, y que es diferente al valor por concepto de reparación del daño causado al Estado, en cuanto este se impone como consecuencia del hecho punible, fuente de la obligación de cubrirlos según el artículo 1494 del Código Civil.

85 Sobre el tema ver sentencia del 27 de septiembre de 2013, radicado 37.322 M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.

86 Artículo 208 Ley 522 de 1999.

87 El cual se hizo antes de dictarse sentencia de segunda instancia, en la Corte Marcial, donde la enjuiciada hizo entrega al a quo del comprobante de pago No. 146884888, por la suma de \$5.535.351.00, que según el sello de la caja registradora del Banco Agrario se hizo el 30 de enero de 2013.

88 Artículo 446 Ley 522 de 1999.

Aunque el orden como se hizo el aumento de la pena permitido por el artículo 32 de la Ley 1407 de 2010, por el delito concursal de falsedad ideológica en documento público, no fue objeto de reclamo por la recurrente, la Sala advierte, que el *a quo*, adicionó 30 meses a los 66 meses de prisión fijados como pena para el delito más grave, sin haber primero efectuado la rebaja de una tercera parte (Art. 401 C. P.). por restitución de la suma oficial apropiada; razón por la cual, es deber constitucional y legal de esta Colegiatura Castrense corregir ese yerro, para garantizar la legalidad de la pena, y en consecuencia como el fallador primario a la SV (r) R.C.B.N. le individualizó la pena principal de prisión por el delito de peculado por apropiación en 66 meses, sobre esta cantidad debe realizarse primero el descuento de una tercera parte (Art. 401, inciso 2° C. P.), lo cual da como resultado 44 meses de prisión.

Con fundamento en la cantidad indicada debe aplicarse el aumento por el punible concurrente de falsedad ideológica en documento público⁸⁹, para cuyo efecto, se atiende el porcentaje establecido por el *a quo* de 45.4%, que equivale a 19 meses y 3 días, que adicionados al anterior resultado da un subtotal de 63 meses y 3 días, a su vez este guarismo se reduce en una sexta parte por confesión (artículo 446 Ley 522 de 1999), esto es, en 10 meses y 16 días, lo que arroja la cantidad definitiva de **CINCUENTA Y DOS (52) MESES Y TRECE (13) DÍAS DE PRISIÓN**, que es la pena privativa de la libertad que ha de cumplir la enjuiciada; en igual término quedará reducida la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas...” (Rad. 157605, 02 de abril de 2013, M. P. TC. (r) JACQUELINE RUBIO BARREIRA, Cuarta 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 en días 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 cómo contraría a la ley la conducta que quiere realizar, y voluntariamente la ejecuta.

89 En este sentido confrontar sentencia del 22 de febrero de 2012, radicado 35572, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.



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 RR 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 LT, 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. PC, 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 desertión: “... *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. (r) JACQUELINE RUBIO BARRERA. Cuarta Sala de Decisión).



PECULADO POR USO

Se estructura cuando el miembro de la Fuerza Pública de manera indebida hace uso de su arma de dotación, gastando munición que hace parte de su dotación

“... En efecto, luego de una revisión minuciosa de la actuación, la Sala constata en total acuerdo con el Ministerio Público *ad quem*, que no es aceptable atribuir un peculado sobre bienes de dotación, como así fue calificada la conducta desplegada por el Soldado Regular MADA, puesto que de acuerdo con las circunstancias que rodearon el hecho objeto de juzgamiento, aflora un contexto diferente que debe



ser analizado con mayor rigor a la hora de determinar la calificación jurídica de la conducta.

Obsérvese que el hecho que se discute gira en torno del consumo indebido e injustificado de 35 cartuchos calibre 5.56 mm, que pertenecían a la dotación del citado Soldado Regular. De ese consumo, no puede inferirse una apropiación, ni un aprovechamiento, elementos que exigidos para la estructuración del tipo penal hasta ahora imputado, pues en todo caso, esa munición aunque le fue entregada para su custodia y conservación, estaba destinada para su uso y consumo de acuerdo con la necesidad establecida para el cumplimiento de la orden de operaciones 028 “Farol”⁹⁰.

Y aunque efectivamente se trata de un bien fungible, pues con su primer uso la munición queda inservible, no existiendo por ello la posibilidad de reintegro o devolución, sí debe expresarse que no se debe mirar esa munición de manera aislada, sino en su conjunto con el fusil del cual se dispararon los 35 cartuchos. Es por ello que se debe partir de otra hipótesis relacionada con un posible peculado por uso, considerando que el reproche debe estar enfocado no en la afectación al patrimonio estatal, pues realmente el valor económico de los cartuchos gastados es exiguo, sino en la falta de respeto y de escrúpulo por parte del soldado procesado en el manejo de los elementos y bienes que le fueron entregados en calidad de dotación.

Podría asimilarse la presente situación fáctica, a aquel evento en el cual un servidor público utiliza de manera indebida un vehículo oficial para su provecho personal, situación que configura un peculado por uso, pero nunca un peculado por apropiación con relación al combustible gastado durante dicho uso indebido.

Pues de igual forma, en el presente asunto, luego de consumir la munición a su cargo, el soldado soltó el fusil, lo que refleja no la intención de hacerse dueño de dicha munición, sino de usarla de manera injustificada y contraria a los reglamentos y las órdenes de sus superiores.

Se encuentra así, que hay un error en la calificación jurídica contenida en la resolución de acusación y no advertida por el Juez de Primera Instancia, frente a lo cual no existe en esta instancia fórmula procesal que permita enmendar el error o variar dicha calificación jurídica, sin afectar el principio de congruencia y por ende, el debido proceso, al igual que los derechos de defensa y contradicción, pues frente a una nueva calificación el acusado no tendría la oportunidad de ejercerlos. Así las cosas, la irregularidad adquiere la naturaleza de sustancial y por tanto no puede superarse por vía diferente a la aplicación del artículo 388, numeral 2º del Código Penal Militar de 1999, que impone invalidar la actuación procesal...”. **(Rad. 157597, 21 de marzo de 2013, M. P. CR. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**



90 Ver folios 88 y ss.

PECULADO POR USO

Concepto y alcance del uso indebido

“Rememoremos que el delito de peculado por uso se tipifica cuando el servidor público usa indebidamente o permite que otro use los bienes cuya administración o custodia se le han confiado, de suerte que el uso indebido consiste en dar a los bienes que el agente custodia una aplicación ilícita, en provecho propio o de terceros (no con fines oficiales)⁹¹; la utilización ilegal del bien sin su menoscabo material o funcional basta para la configuración del ilícito, como quiera que es suficiente el choque con el normal funcionamiento de la administración pública⁹²...” (Rad. 157021, 31 de julio de 2012, M. P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión, Salvamento de voto, Magistrado TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO).



PECULADO POR USO INDEBIDO

Estructura de los delitos contra la Administración Pública – Testimonio de oídas – Favorabilidad en la pena de prisión

“... En cuanto a este tópico, reclama el recurrente vertical que la conducta endilgada a su prohijado respecto del punible de Peculado por Uso es Atípica, ya que el *“arma de dotación es de obligatorio porte para un miembro activo de la institución castrense, máxime cuando este se encontraba cumpliendo una orden de su superior jerárquico”*⁹³, además porque las declaraciones de los señores AMZA y DGF presentan falencias.

Siendo esa la tesitura del reproche conviene recordarle al opugnador jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia acerca del Peculado por Uso, que ilustra que este punible no depende del menoscabo o deterioro de los bienes, sino de la contradicción con el normal funcionamiento de la administración pública. (...).

En el caso *sub examine* el uso indebido de su arma de dotación –Fusil Galil Nº 972000941– y del vehículo Toyota 4.5 verde carpado de placa GLJ-501, se da cuando el señor SS. (r) XXX detiene el automotor en que se movilizaban el señor DGF y su compañera la señora AMZA, al adelantarlos y cerrarlos con el automotor –Toyota 4.5 verde carpado de placa GLJ-501– asignado en custodia al Ejército Nacional y puesto a disposición de la Misión Táctica Nº 01 de la Orden de Operaciones Soberanía emitida el 1-ENERO-2006 por el Comando del Batallón de Infantería Nº 31 “Rifles”, que ejecutaban los Comandantes de Pelotones de las Compañías Danta, Felino y Gacela, procediendo a intimidar los mencionados ciudadanos con su arma de fuego de largo alcance de dotación y vistiendo prendas de civil, para ponderarse de una suma de dinero –\$6’000.000,00–.

91 Comentarios al Código Penal colombiano, Antonio Vicente Arenas, Tomo II, parte especial, Quinta Edición, pág. 45.

92 Corte Suprema de Justicia, Sentencia Única Instancia, radicado 17.703, 2 de septiembre de 2002, M. P. Édgar Lombana Trujillo.

93 Cuaderno original Nº 3, folio 686.



En tal virtud, es evidente que el señor SS. (r) XXXX en los hechos decantados, faltó a la probidad y moralidad que debía a la Administración Pública como militar en servicio activo, al indebidamente usar su arma de dotación –Fusil Galil N° 972000941– dándole una utilización ilegal, contradiciendo con ello el normal funcionamiento de la administración pública por la falta de escrupulosidad en el cuidado del bien encomendado en virtud de la función oficial, cuya arbitraria destinación al provecho particular provocó desconfianza contra el servicio público y afectó la imagen, la transparencia y la respetabilidad de la administración pública...” (Rad. 152680, 26 de septiembre de 2012, M. P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).



PERTINENCIA Y UTILIDAD DE LAS PRUEBAS

Su solicitud de práctica debe señalar con claridad la violación al derecho de defensa

“... Bajo la anterior línea de pensamiento, desde ya la Sala anuncia que confirmará parcialmente el auto impugnado, toda vez que carece de sustentación y justificación, en particular porque falta al deber de suficiencia en su argumentación, para justificar la necesidad que el *ad quem* revoque la decisión de primer grado y ordene la práctica de las pruebas negadas a la defensa, al tiempo que desconoce la obligación de sustentar la conducencia, pertinencia y utilidad del testimonio del suboficial encomendado de cumplir con las remisiones a la UPJ y de la práctica de una inspección judicial; falencias que finalmente dan al traste con sus pretensiones, como enseguida se verá.

En primera medida la diligencia de inspección al lugar de los hechos para establecer la ubicación exacta de cada uno de los testigos, la visibilidad y la capacidad de percepción de la esposa de la víctima, quien para el momento del suceso se había caído al piso como consecuencia del altercado que se presentó con el esposo; realmente carece de fundamento y en forma acertada fue negada por el *a quo*, ya que del estudio del proceso surge nítido que no hubo testigos diferentes a los procesados y a la víctima en el lugar de los hechos, entonces nada nuevo podría aportar a la investigación la práctica de esta diligencia. Bien que se atienda la versión del señor HJS o que se acuda a la de los sindicados, volveríamos a la misma contradicción sobre las circunstancias en que se desarrolló el procedimiento policial y el origen de las lesiones personales causadas a la víctima, luego bajo estas condiciones, saber exactamente la distancia o la iluminación del sector y la capacidad de observación de los presentes en el lugar resulta estéril o inútil.

Surge necesario recordar que en la tarea de reconstruir los hechos materia de investigación el juez aprecia las pruebas de manera libre y conjunta, para llegar al conocimiento que le permita establecer cómo se ejecutó la conducta punible y quiénes son sus autores y así determinar el grado de responsabilidad atribuible a

cada uno de ellos⁹⁴, por tal razón se considera que la Juez de Instancia atendiendo precisamente esa facultad que le permite atender solo las pruebas que conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos que son materia de investigación, negó la práctica de esta inspección judicial...” (Rad. 157393, 9 de octubre de 2012, M. P. CR. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).



PRÁCTICA DE PRUEBA

Su legalidad depende del respeto por el debido proceso

“... Ahora bien, el debido proceso debe interpretarse de forma conjunta y sistemática a todas las disposiciones de la legislación penal militar, siendo esa garantía positivizada en nuestro Estatuto Adjetivo militar, en su canon 196 así: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas de cada juicio”. (Resaltado es nuestro).

Lo que queremos significar, como bien lo anota el Representante de la Sociedad ante esta Célula Judicial es, que aunque los derechos de las víctimas son más amplios y su connotación debe ser especialmente atendida, no pueden desconocerse las formalidades legales del juicio, las cuales garantizan un debido proceso para todos los intervinientes.

Al respecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“Debe reiterar la Sala que las disposiciones procesales señalan de manera puntual los principios que orientan la práctica de pruebas en el proceso penal, todos ellos tendientes a establecer un equilibrio entre el poder punitivo del Estado representado en el funcionario judicial, el respeto del principio de presunción de inocencia y el ejercicio indeclinable del derecho de defensa, los que tienen como finalidad última la realización de los fines de la justicia, la búsqueda de la verdad y el restablecimiento del ordenamiento jurídico mediante la imposición de una sanción o declaración de inocencia”⁹⁵.

También, la Corte Constitucional en sentencia T-694 se pronunció al respecto de los derechos de las víctimas y dijo:

“De otra parte, resulta relevante recordar que los derechos de participación y de acceso a la administración de justicia, le confieren a la parte civil en el proceso penal una serie de derechos y obligaciones similares, en principio, a los que ostentan los restantes sujetos procesales. En consecuencia, debe entenderse que desde el momento en el cual una persona es reconocida como “parte civil”, adquiere el derecho a participar activamente en todas las diligencias que se realicen, lo cual

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, radicado 16136, M. P. Dr. Jorge Córdoba Poveda.

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia, M. P. Dr. Javier Zapata Ortiz, radicado 25.824.



implica, entre otras cosas, el derecho a solicitar las pruebas que considere conducentes para el esclarecimiento de la verdad o para demostrar la responsabilidad del sindicado, así como el derecho a recurrir las decisiones que afecten sus intereses” (resaltado nuestro).

Pronunciamiento que es acorde al artículo 309 del CPM que dice: “Facultades de la parte civil. Admitida la demanda de parte civil, esta quedará facultada para solicitar la práctica de pruebas orientadas a demostrar la existencia del hecho punible, la identidad de los autores o partícipes, y su responsabilidad. (...)” (resaltado nuestro). Es decir, la facultad de la parte civil se circunscribe a la posibilidad de solicitar la práctica de las pruebas, asumiendo la carga de demostrar su conducencia, pertinencia y utilidad, a fin de lograr un equilibrio procesal entre las partes.

Es entonces evidente que la parte civil tiene plenos derechos a participar activamente en el proceso, pero, como también, al igual que los demás intervinientes, sometida al régimen legal vigente, en este caso el de la Ley 522 de 1999.

En ese orden de ideas, resulta oportuno aclarar que este código es templado en punto de la forma en que ha de llevarse a cabo la actividad probatoria y en especial la que concierne a pruebas periciales. Veamos: “(...)

Art. 397. “Petición de pruebas y términos para decidir. Las partes podrán pedir la práctica de las pruebas que estimen conducentes, y el juez resolverá lo que sea del caso dentro de los dos (2) días siguientes” (...).

Art. 408. “Asesores especializados. El juez podrá solicitar, de entidades oficiales, la designación de expertos en determinada ciencia o técnica, cuando quiera que la naturaleza de los hechos que se investigan requiera la ilustración de tales expertos”. (...).

CAPÍTULO III

Prueba pericial

Art. 413. “Procedencia. Cuando la investigación de un hecho requiera conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes o exija avalúos, el juez decretará la prueba pericial”.

Art. 412. “Prestación de servicios de peritos. Cuando sea solicitado judicialmente el servicio de peritos, se prestará por los expertos de la Policía Judicial de la Policía Nacional, del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial, Medicina Legal y demás funcionarios de la administración pública que no tengan interés en el proceso”.

Art. 415. “Nombramiento especial de peritos. Cuando no sea posible utilizar el servicio de peritos previsto en el artículo anterior, el juez designará al perito o peritos que deban intervenir, de las listas de auxiliares de la justicia elaboradas para la actuación en los procesos civiles (...)”.

De las anteriores citas se desprende que es el funcionario judicial quien está en la potestad de decretar las pruebas y que las partes tienen la facultad de solicitar las que consideren pertinentes. Por ello, para tener como prueba un dictamen pericial, debe haber sido ordenado por el Juez, ya sea a petición de parte o de oficio, de acuerdo con la normativa castrense.

Aunado a lo anterior, el arto 394 establece que: “Ninguna prueba podrá ser apreciada sin que haya sido ordenada, admitida o producida de acuerdo con las formalidades legales” (resaltado nuestro).

Entonces, si dicha experticia se admite como prueba en el *sub judice*, sería ilegal, puesto que no fue producida de acuerdo a los parámetros establecidos para su producción ni por los sujetos legitimados para ello. La Corte Suprema de Justicia ha manifestado que: “La prueba ilegal o prueba irregular que extiende sus alcances hacia los “actos de investigación” y “actos probatorios” propiamente dichos, es aquella: En cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley⁹⁶. (Auto del 10 de julio de 2008, radicado 29.152, M. P. Yesid Ramírez Bastidas)...” (Rad. 157396, 13 de diciembre de 2012, M. P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).



PRECEDENTE JUDICIAL

El principio de transparencia obliga a examinar el precedente con miras a propender por la igualdad y la seguridad jurídica

“... Inicialmente y sirviéndonos del principio de transparencia que cobija el instituto de precedente judicial, tanto vertical como horizontal, es necesario dar cuenta, así como se hizo en el recurso formulado por el Fiscal Penal Militar, que en la Corporación median pronunciamientos de otras Salas, no coincidentes en su totalidad, con el reciente de esta Sala del 25 de junio de 2012 y que será nuevamente expuesto en el desarrollo de esta providencia⁹⁷.

Lo dicho en el párrafo anterior está fincado en el ejercicio que debe hacerse respecto de las decisiones precedentes, pues debe llamar la atención el deber de consistencia en las decisiones judiciales, lo que corresponde no solo a los jueces y tribunales sobre sus propias providencias (precedente horizontal), sino a los falladores de instancia en relación con las decisiones de sus superiores jerárquicos (precedente vertical), como se acotó por la Corte Constitucional en la sentencia T-292/2006.

⁹⁶ MANUEL MIRANDA ESTRAMPES, El concepto..., ob. cit., p. 47.

⁹⁷ Tribunal Superior Militar, radicado 157349, M. P. CN. (R) Jorge Iván Oviedo Pérez.



Es que a los Tribunales también les compete una labor de construcción de un entramado de antecedentes jurisprudenciales con el propósito de asegurar el principio de igualdad entre los ciudadanos, y la seguridad jurídica, como se predicó en la sentencia T-571-2007, en la que también se hizo la siguiente referencia (...).

...el artículo 579 prevé que luego de instalada la audiencia de Corte Marcial y de ilustrar al procesado sobre sus derechos a guardar silencio y no autoincriminarse, será preguntado por su decisión de culpabilidad o no, de tal forma si se produce lo primero, el Juez procede a anunciar el sentido del fallo, debiendo proferir la sentencia dentro de los dos días siguientes. Es cierto que no se contempla ninguna actuación distinta a que el Juez indique el sentido del fallo, pero debe entenderse que si esta es la decisión que sigue y que dentro de ella el Juez necesariamente, independientemente de la valoración de los presupuestos para proferirse condena, y de acatar la aceptación de cargos, debe ocuparse de la dosificación de la pena, los subrogados penales, rebajas de la pena por circunstancias específicas o generales, las rebajas por trabajo o estudio, el reconocimiento que el tiempo haya permanecido en detención preventiva, el lugar y los plazos para el cumplimiento de la pena, la condena en perjuicio, entre otros, temas independientes a la declaratoria de condena, se hace relevante que el Juez pueda escuchar a los sujetos procesales para que puedan presentar las solicitudes o hacer las consideraciones que el Juez pueda tener en cuenta sobre tales temas, porque la audiencia de Corte Marcial, así se produzca aceptación de cargos es un debate democrático, en el que los sujetos procesales pueden dar a conocer al Juez sus pretensiones y en nada resulta incompatible que se puedan referir a esos asuntos, además porque es precisamente la oportunidad en que deben expresarse..." (Rad. 157399, 30 de agosto de 2012, M. P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).



PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EN EL INJUSTO DE PREVARICATO POR OMISIÓN

Criterios de diferenciación

"... Debe precisar la Sala que la verificación del término de prescripción de la acción en materia penal militar demanda por parte del intérprete el entendimiento sobre la voluntad del Legislador al fijar criterios diferentes para establecer dicho término a partir de la naturaleza del injusto, esto es, uno es el lapso de extinción dispuesto en los incisos uno y dos del artículo 83 de la Ley 522 de 1999 y otro el consagrado en el párrafo ídem. Aquel definido exclusivamente para punibles típicamente militares y este para los eventos de la realización por parte del miembro de la Fuerza Pública de delito común en relación directa con el servicio.

No puede olvidarse que el punible de Prevaricato por omisión busca proteger en sentido general, la administración pública, la que es dinamizada por un servidor, para el caso miembro de la Fuerza Pública, quien para el ejercicio de su función

tiene la administración y custodia de bienes y recursos, delito común al que se accede conforme lo establece los artículos 195 de la Ley 522 de 1999 y 171 de la Ley 1407 de 2010. En consecuencia, al tratarse de delito común el comportamiento endilgado al procesado TC. (R)GA, pero eventualmente cometido en ejercicio de la función, resulta acertada la postura del Instructor al dar aplicación al parágrafo del arto 83 precitado, no solo por la naturaleza del punible sino por la calidad de servidor público del encartado.

Debe recordar la Colegiatura que el canon 83 de aquella codificación, señala:

“TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20). Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.

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

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

Para efectos del acápite anterior, señala el inciso sexto del artículo 83 del Código Penal, aplicable al caso en estudio, en atención a la fecha en que ocurren los hechos, que cuando la conducta sea realizada por un servidor público en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.

Se atribuye al señor TC. (R) GAAL la presunta comisión, en ejercicio de su función, del injusto de prevaricato por omisión, el cual prevé pena de prisión de dos (2) a cinco (5) años, límites a los que se les ha de efectuar el aumento de sanción dispuesto por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, quedando como parámetros de pena imponible de treinta y dos (32) a noventa (90) meses de prisión; término este sobre el que se efectúa el referido incremento de una tercera parte, tal adición conlleva a determinar un límite máximo de pena imponible de ciento veinte (120) meses, o lo que es diez (10) años. Así las cosas, es claro que la acción penal, para el caso del mencionado oficial retirado, no ha prescrito, pues no ha transcurrido dicho tiempo para que opere el aludido fenómeno, por lo que se desestima la solicitud de su Defensor.

Respecto del argumento esbozado por el libelista relacionado a la imposibilidad de aplicar el precitado incremento, es oportuno expresar que resulta equivocada su tesis, pues se olvida que tales límites son expresión del manejo de la política criminal del Estado, la que deviene en consecuente con la libertad de configuración legislativa, sin que con ello se socave el principio del *non bis in idem*. Para ahondar en razones, resulta oportuno evocar lo señalado por la Corte Constitucional sobre este asunto:



“(...) 4. Los demandantes sostienen que al aumentar la norma demandada el término de prescripción de la acción penal en relación con las conductas punibles realizadas por los servidores públicos en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, o con su participación, vulnera el principio non bis in ídem como elemento integrante del debido proceso (Art. 29 C. Pol. y normas de Derecho Internacional).

Consideran que el legislador impone penas agravadas a los servidores públicos que incurrir en esas conductas, en virtud de esa calidad o condición, y que **al aumentar en una tercera parte el término de prescripción de la acción penal**, el cual se computa tomando como base la pena correspondiente a las mismas, les agrava nuevamente su situación, quebrantando el citado principio, por tomar en cuenta doblemente en su contra una misma circunstancia o elemento del tipo penal.

5. La prescripción es una de las causales de extinción de la acción penal, esto es, de la potestad punitiva del Estado, para investigar, juzgar y sancionar los delitos, por su falta de ejercicio en un determinado tiempo establecido por el legislador. En consecuencia, es una institución jurídica que delimita en el tiempo dicha potestad.

Su fundamento principal es la necesidad de seguridad jurídica, tanto desde el punto de vista social como desde el punto de vista individual de los presuntos autores y cómplices de los delitos, y son fundamentos adicionales la pérdida de interés de la sociedad en la sanción de los mismos y la dificultad de recaudar pruebas para determinar su comisión y la identidad de aquellos sujetos cuando ha transcurrido un determinado tiempo. La doctrina también sostiene que se trata de una sanción al Estado por su inactividad en la persecución de los delitos, como es su deber.

Se trata de una medida de política criminal del Estado, en ejercicio de la potestad de configuración normativa que le asiste al legislador para su diseño. En el cómputo de su término se toma generalmente como referencia el monto de la pena correspondiente al delito, como lo hace la norma demandada.

En el ordenamiento penal colombiano la prescripción se interrumpe con la formulación de la imputación. Producida la interrupción, el término prescriptivo comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del término inicial (Art. 86 Ley 599 de 2000, modificado por el Art. 6º de la Ley 890 de 2004).

6. Como es lógico, la extinción de la acción penal en virtud de la prescripción, al tiempo que delimita la potestad sancionadora del Estado, es un beneficio para el sindicado de la comisión de una conducta punible, en cuanto le confiere la seguridad de que no habrá en el futuro investigación, juzgamiento y sanción en su contra por causa de tal conducta.

Sobre esta base, jurídicamente no es válido afirmar que el aumento del tiempo para alcanzar dicho beneficio configure una pena, que sería adicional por la comisión de una misma conducta punible, conforme al concepto propio de pena en el campo del Derecho Penal, entendida como la reacción del Estado ante la realización de conductas que lesionan o ponen en peligro en forma grave bienes jurídicos fun-

damentales de la sociedad, y que genera el sacrificio de derechos de su destinatario, principalmente la libertad personal. Menos aún es válido afirmar, por la falta de todo sentido, que ese aumento configure una nueva investigación o un nuevo juzgamiento que pueda conducir a la imposición de una nueva pena por una misma conducta.

Por consiguiente, de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales sobre el contenido y los efectos del principio non bis in ídem, antes expuestos, es claro que al aumentar la expresión demandada el término de prescripción de la acción penal respecto de las conductas punibles realizadas por los servidores públicos en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, o con su participación, en una tercera parte, no quebranta dicho principio, que prohíbe imponer a una persona más de una sanción por los mismos hechos y por la misma causa o fundamento jurídico, es decir, por los mismos hechos y por la lesión o puesta en peligro de un mismo bien jurídico, o adelantar una nueva investigación o un nuevo juicio con esa finalidad...” (Rad. 154929, 02 de abril de 2013, M. P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).



PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Su aplicación en la dogmática penal

“... Frente a tales presupuestos que esbozó el Ministerio Público ante la Primera Instancia, esta Sala de Decisión no los comparte, en primer lugar, dentro del contexto de una situación de conflicto armado sin carácter internacional para acuñar el concepto de la participación directa en las hostilidades no se puede estructurar solamente a partir del criterio espacial, pues se ha de recordar que las hostilidades son aquellos actos de combate ejercidos contra un adversario a efectos de aniquilar su resistencia, y que ellos, no se producen en un lugar estático y en un momento único, sino que implican movimientos, avances, retrocesos e incluso las hostilidades cubren tanto los actos preparativos del combate como los del retorno al mismo⁹⁸. De manera que en situación de conflicto armado las tropas se movilizan de acuerdo a su táctica, se distribuyen por unidades y no se pueden deslindar los eventos entre un pelotón y otro, pues de aceptarlo, se estarían descontextualizando los hechos, porque en una operación militar es uno solo el concepto de maniobra.

De otro lado, en términos del Derecho Internacional de los Conflictos Armados con plena aplicación en nuestro Estado colombiano a partir del precepto Constitucional del Artículo 93 y de las leyes aprobatorias de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 –(Ley 5ª de 1960)– del Protocolo II de 1977 adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra –(Ley 171 de 1994)– y, naturalmente, la Ley 32 de 1985 aprobatoria de la Convención de Viena de 1969, permiten para el caso *sub judice* afirmar



la aplicación como regla de interpretación de los Principios del Derecho Internacional Humanitario en la situación de conflicto armado colombiano, y en ese orden de ideas, la proporcionalidad en el uso de la fuerza no se concibe como una ecuación en cuanto a los medios (número de hombres y de armas), sino que tal ecuación se construye en cuanto a los resultados obtenidos, es decir, que se considera el uso de la fuerza proporcional cuando tomando las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o al menos reducir todo lo posible el daño que incidentalmente pudiera causarse a personas o bienes protegidos, estos no sean desproporcionados en relación con la ventaja militar definida y pretendida.

Igualmente, frente al argumento planteado por la Representante de la Sociedad ante la Primera Instancia, quien manifiesta que esa relación desproporcional de cuatro soldados frente a un individuo en el ataque, bajo la lupa del Derecho Internacional Humanitario naturalmente aplicable en situación de conflicto armado, ninguna de las partes en conflicto está obligada a poner en riesgo a sus hombres, luego, si la táctica de combate así lo dispone conforme al Manual Operacional, no se puede presentar un argumento aislado de una simple relación cuantitativa para a partir de allí construir si el uso de la fuerza letal era o no correcto. (...).

Igualmente, la simple ecuación numérica de quienes intervienen no es suficiente para legitimar o deslegitimar el uso de la fuerza marcial, pues tal calificación obedece a una redefinición de lo que implican los principios de proporcionalidad, necesidad militar, ventaja militar, distinción y limitación, principios que han sido expresados en el Derecho Internacional Humanitario. (...).

Esta Sala de Decisión precisará que conforme al acervo probatorio obrante en el momento actual existe la posibilidad de que los hechos que causaron la muerte a aquella persona “N. N.” el día 18 de julio de 2008 estuvieron inmersos en un contexto de conflicto armado sin carácter internacional y que las operaciones, maniobras y técnicas de combate irregular que desplegaron los militares posiblemente se realizaron conforme con la doctrina operacional de la conducción de hostilidades, y bajo tales postulados en grado de posibilidad resulta como lo ha definido la Corte Constitucional que la muerte de un miembro de un grupo subversivo por parte de miembros de la Fuerza Pública resultaría atípica.

En consecuencia, si la responsabilidad penal es la resultante de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, dará lugar a predicar la irresponsabilidad en grado de posibilidad ante la existencia de una atipicidad, la que es generada como se anotó en anterioridad por las situaciones de conflicto armado...” **(Rad. 157374, 30 de agosto de 2012, M.P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**



PROCEDIMIENTO INTERDICCIÓN MARÍTIMA

La inhabilitación de la embarcación utilizando armas de fuego constituye coautoría

“... Sobre lo inmediatamente anterior debe tenerse en cuenta que el agotamiento del nivel del procedimiento para la interceptación de la embarcación particular, consistía en ocasionarle daños a los motores fuera de borda, y ello solamente se produciría previa orden del Comandante, de tal forma que la labor de los artilleros, más la orden del Comandante, previa reflexión por parte de este acerca de las circunstancias que mediaban en esos momentos, era una tarea que le competía estrictamente al Comandante y artilleros; es decir, el Comandante estaba vinculado estrecha y necesariamente con el propósito de inhabilitación de los motores, por lo que la emisión de la orden, más el accionamiento de las armas de fuego con dirección a ese objetivo (inhabilitación de los motores fuera de borda), eran una sola tarea, porque en tratándose de esta clase de operaciones de la Unidad de Guardacostas, compleja por razón de la organización, jerarquía y roles en la tripulación, se impide segmentar la tarea propuesta. Es que no se habría producido el uso de las armas de fuego sin la orden del Comandante, porque este, como es sustancialmente genuino en las cuestiones militares, participaba emitiendo la orden. Con esto se quiere decir que en el nivel de inhabilitación de los motores de la NAJINA intervino al lado de los artilleros, el Comandante y su orden, que hacía parte de esa tarea que se llevó a efecto con una elevación relevante del riesgo como ya se anotó, de tal forma que no es posible escindir la orden del Comandante, pues esta misma integraba esa tarea. Así en conclusión, no es que el Comandante deba responder por la conducta de los subalternos, sino que se trató de una labor cumplida por los tres miembros de la Unidad de Guardacostas...” (Rad. 154855, 25 de abril de 2013, M. P. CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).



PRUEBA PERICIAL – IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD

Nulidad o absolución por falta de investigación integral, imposibilidad de práctica de pruebas

“... Sea lo primero en indicar que le asiste razón a la doctora JIGA, Procuradora Judicial 136 Penal II, en tanto que las irregularidades consignadas en el concepto rendido ante esta instancia no son las únicas que se observan en la presente investigación que afectan el debido proceso y derecho a la defensa, lo que conduciría efectivamente a una declaratoria de nulidad a partir del auto que dispuso el cierre de la investigación a fin de retrotraerla a la etapa instructiva, arrojando como consecuencia que en fecha próxima prescribe la acción penal teniendo en cuenta que la fecha de los hechos fue el 10 de diciembre de 2010.



A pesar de que el expediente refleja la ausencia por más de cinco días consecutivos sin autorización alguna, no es menos cierto que en la presente investigación los operadores judiciales no establecieron la imputabilidad o inimputabilidad del SLR. BTJA, lo cual tenía relevancia y era determinante en materia de la responsabilidad penal.

Empero, lo que llama particularmente la atención del Colegiado es el concepto del 30 de marzo de 2011 emitido por la psicóloga de la Unidad Militar doctora CAM quien consignó “... Durante la entrevista se aplicó la prueba CAQ que permitió medir el perfil psicológico, arrojando como resultado indicadores clínicos significativos que desencadenan un **posible estado depresivo manifestándose en casi toda las escalas altas...**”; lo cual ameritaba una valoración especializada por parte del Instituto de Medicina Legal, a fin de establecer la imputabilidad o inimputabilidad para el momento de los hechos y así determinar la responsabilidad penal.

En efecto, el fallador primario debió ordenar un experticio legal por parte de psiquiatría del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con el único fin de que se le practicara un examen al joven JABT y despejar interrogantes, con un corto cuestionario:

1. Se debía determinar la imputabilidad o inimputabilidad del procesado, si para la fecha de los hechos tenía la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo a su comprensión por inmadurez psicológica o trastorno mental.
2. Establecer si presentaba perturbación de sus funciones psíquicas (intelectiva, volitiva o afectiva), si la patología clínica de estado depresivo lo inhabilitaba para prestar el servicio militar.

De otra parte, debemos hacer un llamado de atención a la Fiscalía 19 Penal Militar ante Brigada quien debió devolver en su momento el sumario al instructor, toda vez que no existía prueba suficiente para calificar, como también al Juzgado Séptimo de Instancia de Brigada ante la evidente inobservancia de hacer uso de los medios de prueba que tiene en la etapa de juicio, pues no obstante de tener el deber de realizar control de legalidad y poder decretar pruebas en la audiencia pública no dispuso diligencia alguna tendiente a esclarecer la ocurrencia de los hechos, a la imputabilidad o inimputabilidad del soldado regular JABT, limitándose única y exclusivamente a tener en cuenta el escaso material probatorio incorporado al paginario, dejando a un lado su obligación de practicar pruebas pertinentes, conducentes y útiles para la demostración del ilícito y responsabilidad penal o no del procesado, más aún, en cumplimiento a los fines de una investigación integral.

Las irregularidades procesales, la falta de investigación integral, además de la duda insalvable que refule en este estadio procesal, parecería ser que el resultado sería acudir a una medida extrema como es la declaratoria de nulidad a partir del auto que dispuso el cierre de la investigación conllevaría indefectiblemente a la extinción de la acción penal por prescripción a escasos días, al desaparecer del mundo jurídico la resolución de acusación, empero resulta por demás benéfico para el

procesado en razón a que no se le ha probado su responsabilidad penal y que prima la presunción de inocencia la cual debe prevalecer, absolviendo pues como se dijo, se advierten dudas que a esta altura son imposibles de resolver en atención a que el joven JABT reside en la Vereda Majo en Garzón (Huila) y no reclamó en la oficina de correo la citación que se le enviara para la audiencia pública de corte marcial, razón por la cual lo procedente será revocar la decisión del Juzgado Séptimo de Brigada para en su lugar absolver al soldado regular JABT del punible de Deserción, de acuerdo a lo anteriormente expuesto.

La decisión que hoy toma la Sala se reafirma en el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que se ha venido sosteniendo en forma pacífica, que la tensión que pueda llegar a presentarse entre las alternativas de declarar una nulidad por vicios que afectan exclusivamente los derechos del procesado, y la de eximirlo de responsabilidad, debe resolverse a favor de la que le reporte mayor significación sustancial, que no es otra que el derecho a la absolución, como finalidad suprema perseguida por la garantía fundamental de defensa. Sobre el particular ha dicho:

“(…) Si el derecho de defensa tiene como fin brindar al sujeto pasivo de la acción penal herramientas jurídicas para oponerse a la pretensión punitiva estatal y buscar, de esta forma y por regla general, desvirtuar las pruebas de cargo y, por consiguiente, obtener la declaración judicial de su inocencia, ninguna razón tiene invalidar la actuación con el único objetivo de garantizar el adecuado ejercicio del derecho de defensa cuando las pruebas recaudadas imponen el proferimiento de una absolución. En este caso, la mejor garantía de protección del derecho de defensa es la adopción en este momento de la decisión favorable a los intereses del acusado (...)”⁹⁹.

“... El reconocimiento de la absolución como expresión máxima de la garantía del derecho de defensa del procesado y su elevación a objeto de protección prevalente, implica que frente a varios planteamientos de la defensa, debe preferirse el que propone la absolución, por encima de los que plantean nulidades que solo afectan garantías de quien las propone, es decir, de vicios que no aparejan vulneración simultánea de derechos de las otras partes o comprometan situaciones de interés general...”¹⁰⁰ (Rad. 157382, 30 de octubre de 2012, M.P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).



PRUEBA TRASLADADA

La falta de notificación no genera nulidad

“... Con lo decantado en precedencia, es diáfano que no le asiste razón alguna a la señora Defensora, cuando sustentada en el desconocimiento de la Prueba Tras-

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia, radicado 28693, junio 10 de 2008 y radicado 27816, junio 17 de 2009.

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia, radicado 30.948 del 5 de mayo de 2010, M. P. José Leonidas Bustos Martínez.



ladada reclama la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el Debido Proceso y violan el Derecho de Defensa, pues como refule del diligenciamiento el Juzgado 38 de Instrucción Penal Militar, efectivamente realizó las ritualidades contempladas en la Codificación Castrense para incorporar como Prueba Traslada a la investigación Penal, la prueba testimonial que militaba en la Investigación Disciplinaria que por estos mismos hechos se adelantara en el ámbito disciplinario.

De otro lado cabe recordar, que la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-760 de 2001 declaró inexecutable la frase “la prueba trasladada”, cuando atendiendo demanda de inconstitucionalidad del Código de Procedimiento Penal -Ley 600 de 2000-, en lo pertinente a su artículo 176 –Providencias que deben Notificarse...” (Rad. 157491, 25 de octubre de 2012, M.P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).



PRUEBAS EN LA INSTRUCCIÓN

El no decreto y práctica no viola el debido proceso. Conducencia – Pertinencia – Utilidad

“... Como se ha reiterado en precedente de esta Corporación, siendo Magistrado Ponente quien ahora funge como tal¹⁰¹, el alcance del decreto y práctica de pruebas concibe a la prueba como el medio objetivo por excelencia utilizado para que procesalmente se llegue a la verdad, por lo que su eficiencia será mayor en la medida que sea clara y plena; de ahí que las pruebas solicitadas deben ser procedentes, o sea, deben tener viabilidad de decreto y práctica, puesto que han aportar elementos de convicción para diseñar el marco fáctico y jurídico que a posteriori demarque la imputación vertida en la acusación, o por el contrario, para dar paso a la Cesación de Procedimiento, y en últimas porque todo sistema legal probatorio debe tener como finalidad llevar la certeza al operador jurídico. (...).

En efecto, es necesario precisar que la solicitud de práctica de pruebas en la etapa de instrucción debe girar en torno a desvirtuar los cargos endilgados al sindicado en la resolución de la Situación Jurídica o a reducir el compromiso penal del encartado que en la misma se ha construido en grado de convicción de posibilidad, de donde se tiene que esta pieza procesal delimita la práctica o no de pruebas en la instrucción para facultar o no el Cierre de Investigación, materializando así el derecho de controvertir las pruebas y las tesis que edifican la imputación fáctica y jurídica que en forma provisional se hacen en la resolución de la situación con miras a cimentar o no la acusación.(...)

Por lo tanto, la Sala de Decisión le puntualiza al ilustre Defensor, que en momento alguno se ha cercenado el Derecho de Defensa técnica ni material, toda vez que a lo largo de la actuación, se han respetado las Garantías Procesales y Judiciales; además que la negativa de las pruebas deprecadas en la etapa de instrucción en el marco jurídico antes delineado, no transgrede el principio universal del Debido

101 Tribunal Superior Militar, Segunda Sala de Decisión, radicado 156069 del 27 de julio de 2010, M. P. CR. María Paulina Leguizamón Zárate.

Proceso en toda la extensión de su contenido...” (Rad. 157553, 26 de abril de 2013, M. P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).



QUERRELLA

Requisito de procedibilidad para el delito de calumnia

“... De conformidad con los anteriores razonamientos, resulta innegable que el afectado soldado profesional PV nunca formuló la solicitud para que el Estado pudiera adelantar la presente acción penal, es decir que no agotó el requisito exigido por la ley y que regula la institución de la querella, porque si bien es cierto presentó un informe en donde narró los hechos sucedidos el día 3 de mayo de 2009 y en el cual indicó que al parecer fue víctima de unas imputaciones falsas por parte del procesado soldado regular NV, este informe lo presentó en cumplimiento de una orden que fue emitida por el señor mayor TRH Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón de Policía Militar No. 3 para la época de los hechos.

De lo anterior se desprende que el afectado presentó un informe al Comandante del Batallón, pero en ningún momento lo hizo en forma voluntaria o porque su interés hubiera sido que se investigara al soldado NV penalmente, y aunque bien pudo haberse subsanado esta irregularidad procesal dentro de los seis (6) meses siguiente a la fecha de los hechos, solo hasta el 11 de marzo de 2010, es decir diez (10) meses después, se acercó al Juzgado 12 de Instrucción Penal Militar a ratificarse del informe inicial, pero para esa fecha ya la acción había caducado, entendiéndose en esa oportunidad que su interés sí era que se investigara al soldado NV como así lo expresó en su declaración: «si como yo fui la persona que pasó el informe, yo me siento que él me denunció falsamente y quiero que se investigue a ese soldado NV por calumnia, hay testigos y todo de lo que él dijo y de que eso es falso».

En tal sentido, si el querellante no cumplió el requisito exigido por la ley para que la acción penal produzca efectos jurídicos y faculte al Estado para adelantar la correspondiente investigación, no queda otro camino en esta instancia judicial que declarar la caducidad de la acción y por ende cesar todo procedimiento en favor del procesado...” (Rad. 157419, 30 de octubre de 2012, M. P. CR. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).



REBAJA DE PENA POR CONFESIÓN Y ACEPTACIÓN DE CARGOS

No es posible conceder estos dos beneficios en una misma sentencia condenatoria

“... Lo anterior si bien va en contravía de la tesis jurídica que había venido reconociendo esta Sala de Decisión, se hace necesario mutar tal postura y negar el



beneficio, en razón al reciente cambio jurisprudencial que ha realizado el máximo órgano de la Jurisdicción¹⁰², ya que en virtud de la inviabilidad e incompatibilidad jurídica que trae la aceptación de los dos institutos que se desarrollan en disímiles etapas procesales y cuyas consecuencias jurídicas son diferentes, se hace imposible la concurrencia de las dos rebajas en una misma pena.

Visto lo anterior y ante la fuerza vinculante de la jurisprudencia, no puede resolverse el presente caso bajo la aplicación del criterio judicial que venía sosteniendo esta Sala de Decisión, ya que se trata de un supuesto fáctico similar que la Corte Suprema de Justicia está resolviendo de otra manera, pues de reconocerse la reducción de pena por confesión (Art. 446 Ley 522/1999) y adicional la rebaja de una sexta parte por aceptación de cargos (Art. 579 mod. Ley 1058/2006), se estaría trasgrediendo garantías fundamentales como el derecho a la igualdad y el principio de confianza legítima, lo anterior sin desconocer que aunque los precedentes jurisprudenciales son vinculantes, no obligan de manera absoluta...” (Rad. 157601, 3 de mayo de 2013, M.P. CR. PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).



RECURSO DE APELACIÓN

Concepto, alcance y carga procesal de quien lo interpone

“... En efecto, comencemos por rememorar que el recurso de apelación, a más de ser realidad viva del derecho a acceder a la segunda instancia, es ni más ni menos que un instrumento procesal a través del cual el superior funcional jurisdiccional ejerce un control de juridicidad y de acierto respecto de las decisiones que han emitido sus inferiores funcionales, y por tanto no puede ser concebido como un mecanismo por medio del cual se intenta lograr un nuevo juicio fáctico y jurídico con prescindencia de lo que el *a quo* ya ha resuelto, así lo ha enseñado la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, veamos:

“... atendiendo el carácter progresivo que nuestro sistema ostenta, la apelación, como una de las formas de acceder a la segunda instancia, no ha sido instituida a manera de un nuevo juicio fáctico y jurídico con prescindencia de lo ya resuelto por el *a quo*, sino como instrumento de control de juridicidad y acierto de las decisiones adoptadas por los funcionarios de primer grado, limitada, por tanto, a revisar los aspectos sobre los que la parte que a dicho mecanismo acude manifiesta inconformidad. (Resaltado nuestro).

Y si bien esta inconformidad en últimas recae sobre el sentido de la decisión adoptada por la primera instancia, esto en modo alguno indica que en todos los casos la impugnación verse sobre la totalidad de los aspectos contenidos en ella, pues, como párrafos arriba se ha dejado expuesto, es la sustentación del recurso la que impone el límite al funcionario de alzada. Entenderlo de manera diversa

102 Corte Suprema de Justicia, radicado 34853 del 1° de febrero de 2012.

conllevaría reconocer que la exigencia de interponer oportunamente el recurso y sustentarlo frente a los motivos de disenso, constituye apenas la apertura de una vía de acceso sin limitación ninguna para el funcionario de segundo grado, lo cual repugna a la idea de proceso reglado y contradictorio”¹⁰³.

Vistas así las cosas es nítido que si el recurso de apelación se entiende también como un mecanismo de control y acierto de las decisiones de los inferiores, es por tanto carga procesal ineludible de quien acude al recurso vertical, explicitar de manera concreta, en la sustentación, los motivos por los cuales no comparte los hechos o el derecho, o aun, las valoraciones probatorias, que hizo el juez de la primera instancia, para que sea entonces el superior funcional de quien profirió la decisión censurada quien, sobre ese límite de valoración y análisis, entre a resolver lo que corresponda en derecho, bien sea, revocando la decisión, modificándola o confirmándola, según corresponda. En este sentido lo ha irradiado la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia, miremos:

“Advertido lo anterior se tiene que de conformidad con la preceptiva del artículo 27 de la Ley 81 de 1993 (194 de la Ley 600 de 2000), la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia constituye una carga procesal para el impugnante, de ineludible cumplimiento si aspira a conseguir que el superior funcional de quien la profirió conozca los motivos de su inconformidad a fin de que la modifique, aclare o revoque. No a conclusión distinta puede llegarse de la consecuencia procesal prevista por la ley para cuando dicha carga se incumple, que no es otra que la declaratoria de deserción del recurso.

“La sustentación debe traducirse en la manifestación de las razones fácticas, jurídicas o probatorias, sobre las cuales se funda la discrepancia con la decisión impugnada, sin que ello implique que tal intervención deba verificarse de una determinada manera, en tanto que lo que se ofrece trascendental es que al funcionario que debe resolver el recurso le sean señalados en concreto los motivos de disenso, que a la postre son los que delimitan su órbita funcional (artículo 24 de la Ley 81 de 1993).

Lo anterior es así, porque los preceptos procesales no establecen una específica forma de impugnación, de donde resulta razonable concluir que puede tenerse como adecuada sustentación aquella mediante la cual explícitamente se refutan los fundamentos de la providencia atacada, con indicación de las motivaciones o conclusiones que se consideran equivocadas, o a partir de la postulación de un criterio diverso del allí contenido, para el cual se reclama prevalencia a través del recurso interpuesto”^{104”}, ¹⁰⁵.

Y, en el mismo sentido también lo ha expresado la Jurisprudencia del Consejo de Estado:

103 Corte Suprema de Justicia, del 2 de mayo de 2002, radicación 15262 – M. P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll.

104 Cfr. Corte Suprema de Justicia, del 22 de mayo de 2003. Radicación 20756.

105 Sentencia del 3 de julio de 2003, radicación 14026 – M. P. Dra. Marina Pulido de Barón.



“En relación con la sustentación del recurso de apelación esta Corporación ha precisado lo siguiente.

“... Si bastara al recurrente afirmar en todos los casos, al impugnar una decisión judicial, que se atiene a lo afirmado y sostenido en el curso de la instancia, sobraría en absoluto la exigencia perentoria contenida en el inciso segundo del artículo 212 del C. C. A.

La necesidad de que el recurrente aporte argumentos en contra de que los fundamentos del fallo apelado, **los cuales constituyen la base de estudio de la decisión de segundo grado**, es reafirmada por el inciso subsiguiente, al sancionar con la deserción del recurso, la omisión del requisito en estudio (las negrillas y subrayas fuera de texto).

Al no haber expuesto el recurrente las razones que motivaron su disconformidad con las motivaciones y conclusiones de la sentencia que puso fin a la primera instancia, no le es permitido al *ad quem* hacer un nuevo estudio de fondo acerca de las pretensiones incoadas, sin incurrir en palmario quebranto de la norma procedimental que exige la debida sustentación del recurso de apelación” (Sentencia de 6 de junio de 1987, expediente número 338, actor: Fernando Sarmiento Cifuentes. Consejero ponente, doctor Samuel Buitrago Hurtado).

“... Tal exigencia implica, que el recurrente en el escrito de sustentación señala el ámbito o marco procesal a que debe circunscribirse el juez *ad quem* para decidir el recurso.

La competencia de este, queda pues limitada a confrontar la providencia recurrida con los motivos de inconformidad aducidos por el recurrente. No puede, por consiguiente, el juez de segundo grado analizar la providencia recurrida en aspectos diferentes a los controvertidos en el escrito de sustentación del recurso...” (Sentencia de 17 de julio de 1992, Expediente número 1951. Actor: Óscar Conde Ortiz, Consejero ponente, doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz). (Destacado nuestro).

“... De acuerdo con la jurisprudencia “... el deber de sustentar este recurso (se refiere al de apelación) consiste precisar claramente en dar o explicar por escrito la razón o motivo concreto que se ha tenido para interponer el recurso; o sea para expresar la idea con un criterio tautológico, presentar el escrito por el cual, mediante la pertinente crítica jurídica, se acusa la providencia recurrida a fin de hacer ver su contrariedad con el derecho y alcanzar por ende su revocatoria o modificación (Corte Suprema de Justicia. Providencia de agosto 30 de 1984, Magistrado Ponente doctor Humberto Murcia Ballén, Código de Procedimiento Civil. José Fernando Ramírez Gómez, colección Pequeño Foro, Página 319)”.

(Auto de Sala Unitaria del Consejero, doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, de 17 de marzo de 1995, expediente número 3250, actores: Sociedad Trasalfa Restrepo Hermanos y Cía.).

En esta oportunidad la Sala reitera los criterios antes esbozados en cuanto a que es presupuesto *sine qua non* de la sustentación del recurso de apelación la referencia clara y concreta que el recurrente haga de las consideraciones de la sentencia apelada y de los argumentos tendientes a dejar sin sustento jurídico las mismas, pues precisamente al juzgador de segundo grado corresponde hacer dichas confrontaciones en orden a concluir si la sentencia merece o no su confirmación”¹⁰⁶.

Sentadas las anteriores premisas tenemos en el caso que hoy nos ocupa que el auto protestado, del 21 de noviembre de 2012, se ocupó en todo exclusivamente a resolver la situación jurídica provisional del SLR. ALDA, conforme a las reglas que para tal actuación están previstas en los cánones 522 y ss. del C.P.M., de cara a las valoraciones fáctico-probatorias que informan el expediente, y en ninguno de sus apartes se pronunció en punto del instituto jurídico de la prescripción, que es el tema que hoy, por vía del recurso vertical, pretende la recurrente que esta Corporación resuelva, con total prescindencia de lo resuelto, violentando de esta manera los principios de contradicción y doble instancia, especies del Debido Proceso, así como también el de lealtad procesal.

Así las cosas es claro que como la impugnante no rebatió en su escrito de sustentación ni las consideraciones fáctico-probatorias, ni aun las jurídicas del auto censurado, no trabó en consecuencia la dialéctica jurídica que se demanda, y por tanto no queda camino distinto a esta Célula Judicial que declarar desierto el recurso de apelación por indebida motivación, conforme a las explicaciones que se han venido expresando...” (Rad. 157550, 26 de febrero de 2013, M. P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).



RECURSO DE APELACIÓN

Sustentación y argumentación para su concesión

“... En el caso en particular, como se indicó anteriormente, el recurrente no cumplió con el numeral tercero en el sentido de haber motivado y sustentado debidamente su recurso, pues si bien como lo ha indicado la Honorable Corte Suprema de Justicia, no se requiere de una técnica específica o el seguimiento estricto de líneas argumentativas, lo cierto es que el recurrente debe señalar de manera concreta las razones de su disenso con lo decidido, lo que permite inferir que el marco conceptual sobre el que debe recaer la pretensión, no puede ser otro que la providencia objeto de ataque.

Para cumplir con este cometido, el apelante debe partir de premisas fácticas y jurídicas para hacer ver el yerro en que se incurrió, pues no se trata como ocurrió en el presente evento, que el recurrente traiga al escenario argumentos anteriores o que pretenda sustentar de mejor manera las solicitudes primigenias, pues esto desnaturaliza la esencia del recurso.



Esta limitación conceptual sobre el alcance y significado del recurso de apelación y de sus presupuestos mínimos, obligan a la Sala no solo a inhibirse de conocer del mismo, sino también a declararlo desierto.

Respecto de lo decidido por el despacho judicial, se puede apreciar que su escrito de apelación se limitó a efectuar una serie de inconformidades en los aspectos fácticos que en su criterio no comparte, pero dejó de lado el cometido exigido de concretar su disenso con argumentos puntuales tanto fácticos como jurídicos que conduzcan efectivamente a cuestionar la decisión y refutar así los fundamentos de la providencia atacada y que considera no ajustados frente a la conducta que se dice no ser antijurídica.

Es también claro que la sustentación del recurso de apelación, como lo ha expuesto la honorable Corte Suprema de Justicia¹⁰⁷, constituye una carga procesal para quien impugna, la cual es de ineludible cumplimiento si se aspira a conseguir que el superior funcional de quien profirió la decisión, conozca los motivos de su inconformidad a fin de que la modifique, aclare o revoque, de ahí como también lo ha expuesto el alto Tribunal, que la fundamentación de la apelación constituye un acto trascendente en la composición del rito procesal, en la medida en que no basta con que el recurrente exprese inconformidad genérica con la providencia impugnada, carga que de no ser acatada, obliga a declarar desierto el recurso.

De esta forma, ante la falta de sustento del recurso y la carencia de sínderesis en la argumentación para controvertir la sentencia, la Sala no tiene camino diferente a inhibirse de conocer recurso y como consecuencia a declararlo desierto...” (Rad. 155510, 20 de marzo de 2013, M. P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).



RECURSO DE HECHO

Ley 522 de 1999. Procedencia y presupuestos admisión

“... El denominado recurso de hecho en la ley punitiva castrense (artículo 364), no es otro que el recurso de queja contenido en la Ley 600 de 2000 (artículo 195) y que en otras legislaciones recibe la denominación de recurso de queja por denegación, establecido por el legislador como garantía procesal del recurso de apelación, en tanto que en sistemas como el nuestro, que confiere al *a quo* la facultad de admitir o negar el recurso de alzada interpuesto por los sujetos procesales (artículo 363 Ley 522 de 1999¹⁰⁸), podría convertir en nugatorio el recurso de apelación, en

¹⁰⁷ Corte Suprema de Justicia, radicado 14026. Acta No. 077. M. P. Marina Pulido de Barón.

¹⁰⁸ “ARTÍCULO 364. Procedencia y trámite. Siempre que se deniegue el recurso de apelación, puede la parte agraviada recurrir de hecho al superior.
El que pretenda recurrir de hecho, pide reposición del auto que deniega la apelación, y en subsidio, copia de la providencia apelada, de las diligencias, de su notificación y del auto que deniegue la apelación.
El secretario las expide anotando la fecha en que las entrega al solicitante.
Para admitir el recurso de hecho, se requiere que la apelación sea procedente conforme a la ley, que haya sido interpuesta en tiempo y que en tiempo también se haya pedido la reposición e interpuesto este.
ARTÍCULO 365. Presentación ante el superior y decisión. El recurrente debe presentar al superior, dentro del término de los tres

los casos en que indebidamente se niegue la concesión del recurso o se declare desierto, a pesar de que sea procedente y haya sido interpuesto dentro de los términos fijados en la ley.

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 recurrente.

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 procesal; 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. 157469, 28 de septiembre de 2012, M.P. MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).



RECUSACIÓN

No hay lugar a nulidad de la Corte Marcial cuando el juez que la dirigió ha sido recusado y el Fiscal Penal Militar no sustenta la Resolución de Acusación

“... Debe recordarse que si bien es cierto, que esta misma Sala de Decisión de esta Corporación declaró fundada la Recusación planteada en su momento por el Libelista, la falencia en que cayó la señora Juez Militar Quinto de Brigada, no

(3) días siguientes, más el de la distancia, con la copia, un escrito en el que expondrá los fundamentos que se invoquen para que se conceda la apelación denegada y el superior decidirá.

Si se estima bien denegada la apelación, enviará la actuación al inferior para que forme parte del expediente. Si concede la apelación, determinará el efecto que le corresponda y comunicará su decisión al inferior, quien deberá enviar el expediente o las copias, según el caso, para que se surta el recurso”.



desencadenó causal alguna de Nulidad, por cuanto de su proceder diáfano se observó que poseía la facultad de aprobar o no el acuerdo de Aceptación de Cargos celebrado entre el Ente Acusador –Fiscalía 29 Penal Militar– y el Procesado –SLC. RPP– como defensor de las garantías fundamentales que le asisten como Operador Judicial, en cuya actuación debe prevalecer el Derecho Sustancial conforme lo preceptúa el Artículo 228 de nuestra Carta Política de 1991. (...).

Vemos entonces que el recurrente Vertical es reiterativo en su posición por la cual se desató la Recusación elevada ante esta Corporación, olvidando que ante el no aval del acuerdo tantas veces trillado, se debía proseguir con el trámite de la Audiencia de Corte Marcial estipulado para el procedimiento ordinario, como efectivamente se realizó; por lo que la sala de Decisión no advierte ninguna irregularidad, y por ende no se encuadra en Causal alguna de las regladas para la Nulidad por la Ley Penal Militar –Ley 522 de 1999–.

Luego, siguiendo con la ritualidad establecida para la Audiencia de Corte Marcial, la señora Juez Militar Quinto de Brigada, señaló “(...) y por lo tanto a continuación procedemos a conceder el uso de la palabra por una sola vez a los sujetos procesales empezando por el señor Fiscal 29 Penal Militar”¹⁰⁹; y efectivamente concedió el uso de la palabra al Ente Acusador (...); pero contrario a la finalidad que regla esta intervención, el señor Fiscal 29 Penal Militar no utilizó dicho espacio para sustentar la Resolución de Acusación sino que por el contrario su debate se basó en la reiteración de la polémica suscitada por el no aval del Acuerdo de Aceptación de Cargos a que había llegado con el enjuiciado con la asistencia de su abogado defensor.

Como claramente se observa, el Ente Acusador en su larga intervención, dejó de lado la sustentación de la Resolución de Acusación, lo cual no genera irregularidad alguna predicable de la actuación de la Juez Militar de Instancia, por cuanto del mismo contenido del Acta de Corte Marcial celebrada el 7 de junio de 2012¹¹⁰ obrante en el paginario, se observa que efectivamente el *a quo* dio cumplimiento a las ritualidades estipuladas para el desarrollo de la Audiencia de Corte Marcial por el Procedimiento Penal Militar reglado por el Código penal Militar –Ley 522 de 1999–. (...).

... se le concedió el uso de la palabra para que sentara su posición conforme a la Resolución de Acusación, cosa que no hizo en dichos términos desaprovechando su intervención, para retomar los motivos de su disenso frente al no aval del Acuerdo de aceptación de cargos tantas veces mencionado...” (Rad. 157417, 15 de febrero de 2013, M. P. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).



¹⁰⁹ Ibídem.

¹¹⁰ Cuaderno original, folios 94 a 102.

RESPONSABILIDAD CIVIL – FACULTADES

Imposibilidad para vincular en el proceso penal militar a una entidad estatal

“... El Legislador otorgó facultades a la parte civil dentro del proceso penal militar, las cuales han sido mayormente desarrolladas por vía jurisprudencial, dentro de una más amplia concepción del derecho de las víctimas a ser reparadas en todo orden.

La potestad que le fue otorgada en la ley a ese sujeto era restrictiva, en el sentido de que podía este constituirse exclusivamente para el impulso procesal, limitándose su derecho a la búsqueda de la verdad de los hechos y pudiendo reclamar indemnización únicamente ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

No obstante, el Alto Tribunal Constitucional colombiano, en sentencia C-1149/01, M. P. Jaime Araújo Rentería, declaró la inexecutable de la frase “exclusivo el impulso procesal para” contenida en el artículo 305 del C. P. M., puesto que, para el cumplimiento de este fin, bastaba con lo preceptuado en el numeral 7 del dispositivo 95 de la Carta Política, desconociendo con ello la necesidad y el derecho de los afectados con las conductas delictuales al resarcimiento de los perjuicios ocasionados y el restablecimiento de sus derechos.

Asimismo, condicionó la executable del artículo en mención en el entendido que la parte civil puede buscar otros fines como la justicia, el efectivo acceso a ella y la reparación del daño.

Al respecto señaló:

“7. De los Derechos que genera la comisión de un delito: 1) Derecho a la verdad; 2) Derecho a la justicia y; 3) Derecho a obtener reparación.

El derecho de las víctimas o perjudicados con el ilícito penal a acudir al proceso penal, comprende tres (3) derechos importantes y que deben ser garantizados por igual dentro del respectivo proceso, a saber: a) Derecho a saber la verdad de los hechos; b) Derecho a la justicia y; c) Derecho a la reparación del daño.

Como quedó claramente establecido, dentro del proceso penal militar se garantiza única y exclusivamente el derecho a la verdad conocido también como derecho a saber, excluyendo los derechos a la justicia y a la reparación del daño, sin razón legal ni constitucionalmente atendible.

Cada vez que se comete un delito la víctima o perjudicado con el ilícito tienen derecho a conocer la verdad, a la justicia y a la reparación, como se ha dejado claramente establecido por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en informe final sobre la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) de conformidad con la resolución 1996/119



de la Subcomisión y titulado: “La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos”.

Se señala en dicho documento que la estructura general del conjunto de principios y sus fundamentos en relación con los derechos de las víctimas consideradas como sujetos de derechos, se concretan en:

- a) el derecho de las víctimas a saber;
- b) el derecho de las víctimas a la justicia; y
- c) el derecho a obtener reparación.

Añade que a estos derechos se agregan, con carácter preventivo, una serie de medidas para garantizar que no se repitan las violaciones¹¹¹.”

Corolario de lo anterior, resulta claro para esta Célula Judicial que dentro del trámite adelantado por la Jurisdicción Castrense, no pueden limitarse los derechos que le asisten a las víctimas de los delitos a un simple impulso procesal, sino que el abanico de prerrogativas que les corresponde es mucho mayor, porque con él se busca neutralizar en su totalidad, o por lo menos parcialmente, el grado de afectación de derechos al que se han visto sometidas a consecuencia del injusto...” (Rad. 157441, 8 de abril de 2013, M. P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).



TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

La nación no puede ser vinculada como tercero civilmente responsable

“... En efecto, la nación no puede ser llamada como tercero civilmente responsable¹¹² en este proceso, porque su responsabilidad debe ventilarse ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por lo tanto, el proceso penal militar no es el escenario jurídicamente válido para discutir ese aspecto, porque dicha jurisdicción especial no tiene la competencia para imponerle al Estado-Policía Nacional la obligación patrimonial de reparar los perjuicios causados con el hecho de uno de sus agentes, es decir, la jurisdicción penal militar carece de competencia, para juzgar los actos, hechos, operaciones y omisiones de las entidades públicas.

Oportuno es destacar que ni siquiera por vía de tutela se ha obtenido tal aspiración, en la jurisdicción penal ordinaria, como se desprende de la sentencia T-53317 del 29 de marzo de 2011, la cual aplica en este caso, en la medida en que se pretende discutir la responsabilidad del Estado, en la Justicia Penal Militar, por fuera

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² Sobre la naturaleza del tercero civilmente responsable, entre otras, tratan las sentencias C-1075 de 2002; Corte Suprema de Justicia, radicado 21995 del 6 de julio de 2005 M. P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

de su jurisdicción natural, que es la contenciosa administrativa...” (...) (Rad. 157176, 26 de abril de 2013, M. P. TC. (r) JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).



TÉRMINOS DE EJECUTORIA

Para su cómputo se toma en cuenta el auto que niega o acepta adicionar y/o complementar

“... Ya se ha dicho por parte de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia que para efectos de computar los términos de la ejecutoria de un auto o sentencia, esta incluye el auto que niega o acepta la adición y/o complementación, como ocurrió en el caso que se estudia, pues el abogado presentó solicitud de adición y/o complementación de la Resolución de Acusación y este fue resuelto en debida forma por la Fiscalía luego de la nulidad decretada el 18 de enero de 2011 (folios 830-831 CO 3), y el memorial de los recursos fue presentado por el defensor el 11 de julio de 2008, lo que significa que fue presentado dentro del término de ley y la Fiscalía debió entrar a resolverle los recursos.

Para corroborar la postura jurídica adoptada, pertinente se hace evocar las directrices que sobre la temática ha irradiado la Honorable Corte Constitucional, así:

“... Esta línea jurisprudencial ha sido aplicada por la Corte al resolver solicitudes de aclaración o adición de sentencias que le han sido formuladas, y se encuentra recogida en el Auto de Sala Plena A-031A del 30 de abril de 2002, de la siguiente manera:

¿Por qué debe el juez de segunda instancia esperar la ejecutoria del fallo?, se preguntó la Corte. Y luego de transcribir el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil, esta Corporación concluyó:

*“De las normas anteriores, se deduce que las providencias quedan ejecutorias después de tres días de notificadas cuando carecen de recursos, como es el caso de **las sentencias de tutela de segundo grado**. Lo anterior se explica porque, dentro del plazo de esos tres días, **los interesados pueden pedir la aclaración o complementación de la providencia**, con lo cual su ejecutoria se pospondrá hasta el momento en que, a su turno, quede ejecutoriada la providencia que resuelva sobre la aclaración o complementación”. (Subrayas no originales).*

De la misma manera, las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, veamos:

“Con posterioridad a la publicidad o conocimiento de la providencia en precedencia, surgen una serie de actos procesales, del juez y de las partes, que tienen como finalidad desarrollar principios tales como el debido proceso, defensa



y contradicción y ejercitar las partes los derechos, facultades, deberes, cargas y responsabilidades que la ley adjetiva les otorga; relación jurídica que culmina con la definición de las súplicas y excepciones a través de la sentencia debidamente ejecutoriada, que hace tránsito a cosa juzgada.

*Ante la verdad, inconcusa e insoslayable, de ser el juez un hombre falible, el legislador estatuyó una serie de instrumentos con el objeto de reparar, de ser el caso, los diferentes yerros en los que pueda incurrir el director del juicio, tales como los recursos, **las aclaraciones, correcciones o adiciones de las providencias**".¹¹³ (La negrilla fuera de texto).*

Y, también, las de la Sala Penal de ese Alto Tribunal:

*"... En el presente evento se encuentra acreditado que hallándose dentro del término de ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, el defensor del condenado CAMARGO FUENTES solicitó a la Sala Única del Tribunal Superior de Florencia, se sirviera **"adicionar, reformar, aclarar y/o complementar" el fallo**, en los puntos que quedaron arriba reseñados, petición que a pesar de haber sido conocida por el Magistrado Sustanciador, no le mereció atención alguna, pues sin auto que así lo dispusiera devolvió el expediente a la Secretaría del Tribunal, en donde se dejó constancia de que el Magistrado se había inhibido de pronunciarse al respecto.*

Pues bien, el artículo 412 de la Ley 600 de 2000 señala que la sentencia es irreformable e irrevocable por el mismo juez o sala de decisión que la dictó, con excepción del error aritmético, en el nombre del procesado o de omisión sustancial en la parte resolutive.

Asimismo el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil prevé que toda providencia judicial es susceptible de corrección en cualquier tiempo por el juez que la profirió, cuando en ella se incurra en error puramente aritmético o en equivocaciones contenidas en su parte resolutive o que influyan en ella debidas a omisiones, cambios de palabras o alteraciones de estas.

Las hipótesis legales conciernen a la posibilidad de la aclaración o la adición de la sentencia por "omisiones sustanciales en la parte resolutive" o por omisiones que tengan incidencia en ella según la segunda disposición citada, lo cual significa que el juez—singular o plural— lo que puede es enmendar un error de carácter objetivo o subsanar un descuido u olvido de esta misma naturaleza.

Por lo mismo, cualquiera otra pretensión por esa vía contraviene los mandatos legales, porque una vez adoptada la sentencia y decididas las impugnaciones interpuestas contra ella, el mismo juez queda impedido para hacer nuevos pronunciamientos que lleven inmersos juicios de valor o para resolver peticiones que no le fueron propuestas o tratar temas que tampoco fueron objeto de controversia a través de los recursos ordinarios.

¹¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicación 29416, M. P. Dra. Isaura Vargas Díaz, 14 de agosto de 2007.

Lo anterior obliga al Juez plural o singular ante quien se eleva la petición de “adición, reforma, aclaración y/o complementación” del fallo, valorar esos parámetros para establecer la pertinencia o no de acceder a la pretensión del sujeto procesal que la reclama”.¹¹⁴ (Se destaca).

Ciertamente y tal como expresamente consta en el proceso, la Fiscalía 143 Penal Militar el 7 de marzo de 2011 resolvió la solicitud del defensor del CT. SGH de adicionar y/o complementar la resolución de acusación, negándole dicha petición. El auto quedó ejecutoriado el 23 de marzo de 2011 y el memorial de los recursos de reposición en subsidio apelación fue presentado el 11 de julio de 2008; por tanto, fue interpuesto en forma oportuna; es preciso, entonces, que se corrija el error y se desate el recurso que equivocadamente se consideró extemporáneo y no sustentado en su oportunidad legal. Mientras esto no suceda el juzgado de instancia no puede pronunciarse, porque, como ya se dijo, para ello es requisito indispensable que la resolución de acusación esté legalmente ejecutoriada.

Por ello no puede ser de ninguna manera vinculante la ejecutoria equivocada de un auto, ya que ello implicaría sacrificar un derecho indiscutible en aras de una forma con apariencia de legalidad, pero con fundamento contrario a las normas jurídicas, tal como en este sentido lo enseñan los profesores Jaime Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett en su obra *El Proceso Penal*, 4ª edición:

*“De otra parte estimamos que no puede aceptarse que las equivocaciones sobre la ejecutoria de decisiones judiciales tienen fuerza vinculante, pues de ser así harían tránsito a cosa juzgada a pesar de haberse quebrantado derechos del procesado, como el derecho a la contradicción y segunda instancia...”*¹¹⁵ (Rad. 153320, 29 de octubre de 2012, M. P. TC. NORIS TOLOZA GONZÁLEZ, Primera Sala de Decisión).



TÉRMINOS DE EJECUTORIA

Cuando la notificación se hace a través de despacho comisorio

“... Pues bien, en primer lugar, se ha de tener en cuenta que si bien es cierto, la Corte Suprema de Justicia en añeja sentencia del 18 de julio de 2002¹¹⁶, había sostenido que cuando la notificación se hacía por comisionado sus efectos se producían cuando se efectuaba y no cuando era recibida por el comitente, no puede dejarse de soslayo que dicho criterio fue variado con posterioridad, el cual ha sido reiterado entre otras, en la sentencia del 10 de marzo de 2010¹¹⁷, emitida casi 8 años después de la atrás citada, cuyos apartes relevantes fueron transcritos por el señor Procurador judicial en su concepto de rigor, los que aquí se reproducen nuevamente por su importancia, sobre el tema expuso: (...).

114 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, radicado tutela 25002, de fecha 28 de marzo de 2006, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

115 El proceso penal, Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Linett, Universidad Externado de Colombia, 4ª. Edición, pág. 441

116 Corte Suprema de Justicia, radicado 13.995 M. P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

117 Corte Suprema de Justicia, radicado 30.361 M. P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.



En el caso concreto objeto de análisis, se tiene que la última notificación de la resolución de acusación en comento, se hizo al procesado S3MIM. PCJA, vía despacho comisorio el 25 de julio de 2009 (sábado), razón por la cual y siguiendo los parámetros irradiados por los precedentes judiciales referidos, el término de ejecutoria se cuenta a partir del día hábil siguiente al del recibo por parte del comitente del exhorto debidamente diligenciado, lo cual ocurrió el día lunes 27 de julio de 2009, según se desprende de la fecha y rúbrica impuesta en la margen inferior derecha del folio 847 del cuaderno de copias, entonces los días de ejecutoria correspondieron al martes 28, miércoles 29 y jueves 30 de julio (todos hábiles), como correctamente se contabilizaron en la Fiscalía de primera instancia. Por manera, que los defensores de los procesados, como arguye el censor prohijado por el señor Procurador Judicial ante esta instancia, interpusieron los recursos dentro del lapso legal, el día viernes 30 de julio¹¹⁸, es decir, no fueron extemporáneos, motivo por el cual la Fiscalía *ad quem* debió resolverlos.

En este orden de ideas, y comoquiera que se ha vulnerado el derecho de defensa de los procesados, en la medida en que se les impidió acceder a la segunda instancia, la Sala de conformidad con lo establecido en los artículos 388.3 y 389 de la Ley 522 de 1999, accede a la solicitud del recurrente, en consecuencia, se decretará la **nulidad parcial** del auto del 15 de mayo de 2012 visible a folio 893 del cuaderno de copias No. 3, en cuanto declaró extemporánea la sustentación de los recursos de apelación presentados por los doctores JEAG y JIBO defensores del S3MIM. QTA y S3MIM (r) PCJA, así como la actuación procesal subsiguiente derivada de la misma, y la surtida en el Juzgado de Primera Instancia, inclusive la providencia apelada, a fin de que se restablezca la garantía constitucional vulnerada en la providencia emitida por la Fiscalía Primera ante este Tribunal, despacho que deberá pronunciarse oportunamente sobre los recursos impetrados contra la resolución de acusación de la fecha señalada..." (Rad. 150751, 31 de enero de 2013, M. P. TC. (r) JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).



TIPO PENAL EN BLANCO DELITO DEL CENTINELA

Principio de legalidad de la norma de reenvío

"... El acervo probatorio demostró que "B" tenía conocimiento de sus responsabilidades, habilidades y limitaciones como centinela de un puesto relativamente fijo, por lo que para él no era inédito la prohibición de ausentarse del puesto cuando se está de facción ni que a todo centinela le está vedado dejarse relevar por quien no es su comandante natural, esto es, quien lo nombró.

Se equivoca el apelante cuando en procura de su defensa, construye un ardid con el que pretende que el juzgador dé una comprensión extensiva al puesto de

118 Folios 848 y 857.

centinela que no tiene, pues olvida que el concepto de “guardia en general”, no existe en el Reglamento de Servicio de Guarnición, tal normatividad determina los tipos de guardias, los deberes de los centinelas y el contenido de las diferentes consignas. Así, por centinela entendemos aquella persona (Militar para el caso) que equipada, armada y entrenada, presta funciones de seguridad y vigilancia en un área y tiempo determinado, estableciéndose igualmente las clases de puesto como fijo, móvil o semimóvil, y que es el comandante, de acuerdo al estudio y razones de seguridad, quien dispone si un puesto cumple una de las mencionadas variedades. Pero, en cualquier caso, tal designación debe consultar el permanente control, vigía y custodia del sector asignado.

Las consignas generales se fijan de forma permanente a todo centinela, entre ellas, el no separarse del puesto, no dormir, solo dejarse relevar por quien lo nombró, etc.; de igual manera, sugieren que su permanencia en el puesto es imperativa y no facultativa, como lo insinúa el apelante; razonar de tal forma es vaciar de contenido el servicio y generar un riesgo que no se concibe, ya que con el centinela se busca es la eficacia del servicio en una de sus dimensiones, como es la seguridad de personas, bienes e instalaciones.

Pero sin duda cuando el Soldado “B” se separa del puesto para dirigirse al alojamiento a ocultar el producto del hurto que le entregó “P” objetivamente hizo dejación de su puesto, con lo que afectó el servicio, perdió la custodia y control del cargo de centinela de requisa de la Unidad.

Se equivoca igualmente el apelante cuando afirma que está permitido al centinela ausentarse treinta metros de su puesto y que solo a partir de allí se estructura el delito, pues no es la distancia lo que determina la realización del injusto sino la efectiva pérdida de control del sector asignado. No puede confundirse el desplazamiento o movilidad de determinado puesto, con el abandono o dejación del mismo, aquello corresponde a razones tácticas, y esto a la voluntad de incurrir en el punible del centinela.

Los puestos móviles buscan el cubrimiento total del área de responsabilidad asignada al centinela, para que a través de ese desplazamiento alcance a resguardar el lugar o perímetro fijados, manteniendo en todo momento el control y custodia del sector. Pero sin duda al alejarse “B” no solo se desatendió la consigna general de permanencia en el puesto, sino que objetivamente se trasladó a un lugar y por un lapso en que perdió todo control del sitio estipulado...” (Rad. 157611, 9 de abril de 2013, M. P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).





VERIFICACIONES DE CITAS DEL INDAGADO

Su omisión genera causal de nulidad cuando se define situación jurídica solo con prueba de cargo

“... Lo cierto entonces es que el funcionario edificó su decisión sobre la prueba de cargo, sin tomarse el trabajo de verificar las citas del indagado para corroborar o en su lugar desvirtuar sus aseveraciones, para así proceder a resolver su situación jurídica, fulminándolo con una medida de aseguramiento que afecta un derecho fundamental como es el de la libertad, medida que como lo ha reiterado la Honorable Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, es excepcional y que para su imposición se requiere de unos presupuestos, de unos fines constitucionales, atendiendo principios rectores del proceso penal.

Así las cosas, precisamente por la omisión del funcionario judicial, para la Sala en aras de garantizar los derechos del procesado, es que se llega a la conclusión que la consecuencia no es la revocatoria de la medida de aseguramiento por la posible existencia de una causal eximente de responsabilidad, sino por la afectación al debido proceso, puesto que para el cabal cumplimiento de la investigación integral, ese era el proceder a seguir por el instructor, verificando no solo lo desfavorable sino lo favorable para el sindicado.

Son esas las razones para decretar la nulidad del auto que resolvió la situación jurídica del sindicado, para en su lugar disponer que el Juez proceda a verificar las citas del ST. DMJA y una vez realizado lo anterior, resuelva nuevamente la situación jurídica, garantizando su derecho a la defensa...” (Rad. 157578, 22 de abril de 2013, M. P. CN. (r) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).



VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La no aplicación de la Ley 1407 de 2010 a hechos ocurridos con posterioridad al 17 de agosto del mismo año, vulnera el principio de legalidad

“... **7.1 Del principio de legalidad:** Cuando se entran a verificar los elementos de responsabilidad penal de un sujeto por una conducta que se le atribuye a él como obra suya, una de las primeras preguntas que surgen es la determinación de la norma aplicable. Desde ya esta Sala de Decisión anuncia que la conducta asumida el 14 de octubre de 2012 por el IMAR. RAG se deben adecuar bajo los supuestos normativos de la Ley 1407 de 2010, y no bajo los contenidos en la Ley 522 de 1999 como erradamente lo expuso el *a quo* al momento de resolver la situación jurídica. (...).

Esta Sala de Decisión no comparte los argumentos expuestos por el *a quo* para negarse a aplicar la Ley 1407 de 2010 y menos el argumento que así procede por-

que esa es la tesis del Juzgado, ha de aclararse que de manera pacífica la posición mayoritaria del Tribunal Superior Militar coincide en que la Ley 1407 de 2010, nuevo Código Penal Militar es aplicable a las conductas asumidas por los uniformados a partir del 17 de agosto de 2010.

En otras palabras los efectos vinculantes del nuevo Código Penal Militar, es decir, la Ley 1407 de 2010 se hacen exigibles para las conductas cometidas desde el 17 de agosto de 2010, salvo la ritualidad procedimental que está supeditada a un régimen de implementación, sobre este tema nos remitiremos a las consideraciones que esta Sala de Decisión ha sostenido desde el año 2012, como a continuación se indica:

“7.2 De la vigencia de la Ley 1407 de 2010: Conveniente resulta precisar que son varias decisiones¹¹⁹ emitidas por el Tribunal Superior Militar en las que se ha señalado que la Ley 1407 de 2010 cobró vigencia a partir del 17 de agosto de 2010 y en tal sentido ha aplicado varios de sus contenidos. (...)”

Ha de entenderse igualmente que de manera general una norma sustancial en materia penal es aquella que describe las conductas y la punibilidad de las mismas, mientras que las procedimentales son aquellas que desarrollan la formalidad del proceso y buscan definir los contenidos de las sustanciales.

Consecuente con lo anterior y partiendo de la afirmación que la Ley 1407 de 2010 se encuentra vigente, surge el interrogante si la Ley 522 de 1999 se encuentra también vigente en cuanto a las normas sustanciales y la respuesta a tal incógnita no es otra que afirmar que la Ley 522 de 1999 en sus contenidos sustanciales está derogada, razón suficiente que imposibilita la realización de una adecuación típica en sus contenidos, sobre este tema igualmente esta Sala de Decisión también se ha ocupado señalando lo siguiente. (...)

7.1.1 Con la claridad anterior, simplemente se habrá de afirmar, que la adecuación típica de la conducta asumida por el IMAR. RAG se ha de hacer bajo los contenidos normativos de la Ley 1407 de 2010, y de no hacerse ello, implica una vulneración al principio de legalidad como garantía que protege el debido proceso.

La hipótesis anterior se ha de desarrollar a partir del contenido del artículo 29 de la Constitución Política es desarrollado en nuestra Ley Penal Militar en su artículo 79¹²⁰, cuyo contenido central gira en torno a que ningún miembro de la Fuerza

119 Ver Tribunal Superior Militar radicados 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, 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. CO. 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. CO. 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.

120 Ley 1407 de 2010, Principio de Legalidad, Art. 7º. Ningún miembro de la Fuerza Pública podrá ser procesado, juzgado o condenado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le atribuye, ante el juez o tribunal competente y con la observancia



Pública podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, es decir, no se puede desarrollar en la jurisdicción penal militar acción penal, ni endilgar responsabilidad a un miembro de la Fuerza Pública sin que previamente la conducta haya sido determinada en una ley. (...).

Partiendo de lo anteriormente expuesto, es decir, que el debido proceso tiene una concepción formal en el entendido de la ritualidad legal, también está la concepción material, entendiendo que el debido proceso es el conjunto metodológico de una sucesión compuesta, escalonada y consecutiva de actos regulados en la ley procesal, en busca de un fin que dentro de un Estado Social de Derecho no es otro, que la aproximación a la verdad histórica de los hechos que se investigan, con respeto por los derechos fundamentales y la vigencia del derecho sustancial. (...)

Con fundamento en lo anteriormente señalado entonces se ha de concluir, que el interlocutorio que resuelve la situación jurídica debe cumplir con unos parámetros mínimos tanto formales como materiales, que dentro de los formales se requiere la descripción de los hechos, su calificación provisional y la pena correspondiente, esto implica, hacer el proceso de subsunción frente a la ley vigente. De otro lado, en cuanto a los parámetros materiales, se indica la existencia de un indicio grave de responsabilidad, responsabilidad que se construye entre otros a partir de la tipicidad y esta, naturalmente se estructura a partir del tipo penal definido en la ley vigente.

De manera pues, que haber resuelto la situación jurídica sin acogerse a la ley vigente genera un vicio que afecta el principio de legalidad como una de las garantías que protege el debido proceso, la corrección de dicho yerro no podría hacerla esta Corporación, pues la decisión que se llegare a tomar carecería de la garantía de la doble instancia, razón suficiente para señalar que la corrección se hará por vía de la nulidad.

De manera que en el caso *sub judice* no es solo la irregularidad sustancial que se evidencia, sino que dada la trascendencia de su vulneración se puede afirmar que con ella se afecta de manera real la garantía del sujeto procesado como lo es el ser objeto de la ley vigente al momento de los hechos. Adicionalmente, la corrección a este yerro solo es viable por vía de la nulidad acogiendo así el principio de residualidad que gobierna la declaratoria de las nulidades.

Conforme a los anteriores planteamientos, se reitera, se decretará la nulidad de la actuación a partir inclusive del auto que resuelve la situación jurídica a fin que el proceso de valoración que implica dicho interlocutorio se realice bajo los contenidos de la ley vigente¹²¹ al momento de la ocurrencia de los hechos cual es la Ley 1407 de 2010..." **(Rad. 157612, 15 de abril de 2013, M. P. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**



de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Tampoco podrá ejecutarse pena o medida de seguridad en condiciones diferentes a las establecidas en la ley.

La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

121 Ver Corte Constitucional C-444 de 2011.



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