

IN DUBIO PRO REO. Es de forzosa aplicación ante una duda insalvable sobre la autoría del delito y la responsabilidad penal del procesado.

"...El procesado goza, por tanto, en todo momento de la presunción de inocencia y del derecho de defensa, consecuencia de ello se impone la aplicación del *in dubio pro reo*, que reclama que mientras exista una duda razonable sobre la autoría del delito y la responsabilidad del sindicado esté acorazada con la presunción de inocencia, y por lo tanto, el trámite procesal deba concluir con su absolución..."

"Resultan entonces preciso entender, que no es cualquier duda la que permite al juzgador encaminarse hacia una decisión favorable para los intereses del acusado, sino aquella que verse respecto de la responsabilidad penal del procesado, que se halle razonablemente fundada, cuya construcción sea lógica y que resulte insalvable de absolver con los medios probatorios recolectados durante el devenir procesal. La duda, entonces, debe aflorar como consecuencia del análisis probatorio y no como una mera especulación, siendo necesario que revista condiciones de idoneidad, seriedad, pertinencia e insuperabilidad que ubiquen al fallador en imposibilidad de dilucidar la incertidumbre".

ABANDONO DEL PUESTO. La prueba física o "Test de Cooper". Es una actividad que demanda esfuerzo

físico, pero No genera incapacidad o imposibilidad que interfiera con el servicio.

“Actividad que si bien demanda un esfuerzo físico, de ninguna manera determina una condición incapacitante que interfiera con el servicio. Resulta preciso establecer que el ejercicio se realiza previa evaluación médica y preparación física de precalentamiento y respiración, actividades que se encuentran plenamente reglamentadas al interior de la institución¹, cumplidas estas se procede con la aplicación de la evaluación que no se limita al simple ejercicio físico, sino que aplica parámetros distintos, como corresponde a las características antropométricas del evaluado, índice de masa muscular, índice del perímetro abdominal, índice de flexibilidad isquiotibial que no implican esfuerzo. Cumplida la actividad física el personal continúa desarrollando ejercicio de recuperación para que el uniformado retome su labor sin mayor limitación, puesto que si la prueba demandara una condición que generara discapacidad su presentación determinaría la suspensión del servicio de policía”.

(...)

¹Directiva Administrativa Permanente 024-DIPON-DISAN-23.1 del 28 de octubre de 2011.

"Afirmación quimérica que pretende asignar a la prueba física consecuencias inusitadas, desproporcionadas y sorprendentes que la lógica y la experiencia no le conceden, con mayor razón cuando dicha prueba resulta connatural a la vida policial, en tanto que, por expresa disposición reglamentaria, se deben presentar cuatro (04) de ellas durante el lapso de un (01) año que corresponde al término de evaluación de las capacidades profesional y física de todos los miembros de la fuerza pública colombiana".

ABANDONO DEL PUESTO. DORMIRSE. DOLO. El elemento volitivo se puede colegir de la posición adoptada por el uniformado durante la prestación del servicio.

"Frente al elemento volitivo el testimonio del Auxiliar de Policía MEDINA VALERA, que atrás se transcribió, resulta contundente. El testigo directo relata como el Patrullero adoptó una posición cómoda al sentarse en la silla rimax, despojarse de su gorra y desabrochar el cinturón para entregarse al descanso, estado que solo logró ser interrumpido por el joven auxiliar moviendo el cuerpo del Patrullero en repetidas ocasiones posterior a la presencia del superior jerárquico de ambos. Actitud que evidencia

la voluntad del policial para entregarse al sueño durante el servicio.

La voluntad del encausado dirigida a la concreción de la acción típica y al abandono de las funciones del servicio, siéndole exigible comportamiento diverso, resulta innegable, cuando luego de lograr ser despertado se enoja con el Auxiliar Policial por haberlo sacado del letargo en que se encontraba, mostrando finalmente la más absoluta displicencia por el servicio de seguridad, cuando retirado el superior del lugar procede nuevamente a dormirse hasta las 05:00 horas del día once (11) de diciembre, al punto que el testigo refiere que permaneció dormido entre tres y cuatro horas durante el turno del servicio".

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

Sala: Tercera de decisión.
Magistrado ponente: TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ.
Radicación: 158292-0019-XIV-72-PONAL

Procedencia: Juzgado Instancia Departamento de
Policía Meta.

Procesado: PT. JUAN CARLOS MURILLO SANTOS

Delito: Abandono del Puesto

Motivo de alzada: Apelación sentencia condenatoria

Decisión: Confirma decisión

Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil quince (2015).

I. VISTOS

Corresponde a esta Sala conocer del recurso de apelación que interpusiera el Doctor JUAN JOSE GONZALEZ SEDANO -Procurador 227 Judicial I Penal-, contra la providencia de fecha 23 de junio de 2015 por medio de la cual se condenó al PT. (R) JUAN CARLOS MURILLO SANTOS a la pena de doce (12) meses de prisión como responsable del delito de Abandono del Puesto.

II. HECHOS

Mediante informe presentado por el IT. CESAR AUGUSTO TORRES GONZALEZ -Comandante sección de vigilancia Estación de Policía San José²-, este uniformado dio cuenta que en la madrugada del día 11 de diciembre de 2012 a eso de la 01:50 horas aproximadamente, sorprendió al PT. JUAN CARLOS MURILLO SANTOS sentado "dormido" frente al lugar donde prestaba primer turno de vigilancia, puesto fijo denominado casa del Representante a la Cámara señor CONSTANTINO RODRIGUEZ, en la ciudad de San José del Guaviare.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Por los anteriores hechos el Juzgado 149 de Instrucción Penal Militar aperturó indagación preliminar en contra del hoy PT. (R) JUAN CARLOS MURILLO SANTOS³. El siete (07) de octubre de 2013 dio inicio a la investigación penal en contra del mencionado policial⁴, a quien luego de ser vinculado mediante indagatoria⁵ se le resolvió situación jurídica provisional el 14 de julio de 2015 absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento por no concurrir los elementos formales y sustanciales para el efecto⁶. El sumario

² Informe No. S-2002/DEGUV-ESSAJ-29 diciembre 15 de 2012, CO1, folio 4.

³ Auto de sustanciación de fecha 6 de febrero de 2013, CO1, folios 6-7.

⁴ Cuaderno original, folios 176-177.

⁵ Llevada a cabo el 16 de mayo de 2014, CO1, folios 195-197.

⁶ Cuaderno original 1 y 2 folios 199-208.

posteriormente fue remitido a la Fiscalía 154 Penal Militar.

Decretado el cierre del ciclo instructivo⁷, el Fiscal Militar calificó el mérito del sumario el cinco (05) de diciembre de 2014 profiriendo en contra del PT. (R) JUAN CARLOS MURILLO SANTOS resolución de acusación por el delito de Abandono del Puesto⁸, decisión que quedó ejecutoriada el veintiséis (26) de enero de 2015.

Recibido el expediente por el Juzgado de Instancia adscrito al Departamento de Policía Meta, para continuar con el trámite de la etapa de juzgamiento conforme los lineamientos de la Ley 1058 de 2006, se procedió a celebrar audiencia de aceptación de cargos sin que el acusado aceptara los cargos⁹, desarrollándose en consecuencia la audiencia de Corte Marcial. Finalmente el *A quo* emitió sentencia condenatoria en contra del PT. (R) JUAN CARLOS MURILLO SANTOS como autor del delito de Abandono del Puesto, imponiéndole la pena principal de doce (12) meses de prisión¹⁰. Contra el fallo condenatorio el Procurador ante el despacho de primer grado,

⁷ Auto de sustanciación del 24 de octubre de 2014, CO2, folio 221.

⁸ Cuaderno original 2, folios 243-250.

⁹ Realizada el 12 de junio de 2015, no aceptó cargos habiéndose proseguido con la Corte Marcial, CO2, folios 283-288.

¹⁰ Sentencia de fecha 23 de junio de 2015, CO 2, folios 289-306.

interpuso y sustentó en términos recurso de apelación¹¹, el cual motiva este pronunciamiento.

IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juez de Primera Instancia Penal Militar del Departamento de Policía Meta, después de verificar lo expuesto en la audiencia de Corte Marcial por los sujetos procesales, relacionar y valorar la prueba obrante dentro del plenario y efectuar un análisis factico y jurídico del actuar del PT. (R) JUAN CARLOS MURILLO SANTOS, resolvió declararlo penalmente responsable como autor del delito de Abandono del Puesto, conforme los hechos acaecidos el once (11) de diciembre de 2012 en el municipio de San José del Guaviare, condenándolo a la pena de doce (12) meses de prisión.

El fallo de primera instancia estableció que se encontraba demostrada la tipicidad de la conducta desarrollada por el encausado cuando fue sorprendido durmiendo, aproximadamente a las 01:50 horas del día once (11) de diciembre de 2012, mientras se encontraba cumpliendo el servicio de facción en el puesto de seguridad denominado "GAMA 3", en el turno comprendido entre las 22:00 horas del día diez (10)

¹¹ Cuaderno original 2, folios 311-319

a las 07:00 horas del día once (11) de diciembre de 2012, yaciendo el policial sentado en una silla rimax ubicada frente a la residencia del Representante a la Cámara CONSTANTINO RODRIGUEZ, a quien prestaba seguridad.

La sentencia recurrida establece que con el actuar del uniformado se afectó el bien jurídico tutelado del servicio sin justificación alguna, puesto que las exculpaciones esgrimidas por el Patrullero MURILLO SANTOS fueron desvirtuadas probatoriamente. Desestima que el agotamiento físico que manifiesta el procesado haber padecido durante el servicio, sea consecuencia de la presentación de la prueba física denominada "Test de Cooper", actividad que no reporta un esfuerzo físico mayor que implique como consecuencia la producción de una incapacidad o la imposibilidad de prestar el servicio que permita justificar el actuar del policial encausado. Prueba física que realiza de forma voluntaria el personal uniformado para medir la capacidad atlética individual, en el que se registran no solo parámetros de actividad deportiva, sino también de edad y peso.

Corolario de lo anterior, el Juzgado de Instancia resuelve declarar penalmente responsable al PT. (R) JUAN CARLOS MURILLO SANTOS como autor del delito de

Abandono de Puesto y condenarlo a pena de doce (12) meses de prisión.

V. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

El doctor JUAN JOSE GONZÁLEZ SEDANO, Procurador 227 Judicial I Penal, recurrió la sentencia con fundamento en cuatro aspectos principales:

"1) La insuficiencia del material probatorio para la definición de la culpabilidad; insuficiencia atribuible a la omisión del instructor para allegar el material probatorio que por su evaluación permitiera desvirtuar la argumentación defensiva.

2) la inadecuada valoración que habría efectuado el juzgador de primera instancia respecto del material probatorio allegado a la investigación.

3) La fundamentación del fallo condenatorio en una argumentación que se mostraría especulativa y sin base probatoria para determinar la culpabilidad.

4) El desconocimiento del instituto del in dubio pro reo"¹².

El peticionario señala inicialmente que no existe controversia alguna frente a la tipicidad y antijuridicidad de la conducta desarrollada por el uniformado. Sin embargo, refiere que la decisión

¹² Cuaderno original No. 2, folio 312.

condenatoria fracasó al omitir resolver en favor del procesado la duda surgida dentro del plenario.

Fundamenta su postura indicando que dentro de la etapa investigativa no se corroboró lo dicho en indagatoria por el policial encausado, referente a que se encontraba agotado físicamente por haber presentado el "Test de Cooper" la mañana del día diez (10) de diciembre de 2012. Prueba que de haberse arrimado al *dossier* hubiera permitido determinar si realmente el encartado se encontraba débil físicamente para la prestación del servicio en el que se quedó dormido. Duda probatoria que se reclama resolver en favor del procesado.

Reprocha la labor instructiva, en cuanto no determinó si el uniformado presentó la prueba física a la que alude y sus resultados, en procura de corroborar la tesis defensiva o descartarla en aplicación de las reglas de la sana crítica. Falencia que impide de forma absoluta que el juzgador primario cuente con los elementos probatorios necesarios para llegar a la certeza de responsabilidad penal. Duda que el juzgador tratara de resolver mediante apreciaciones subjetivas y generalizadas que fallaron al momento de comprobar la existencia del dolo.

Situación que se torna insuperable por la omisión probatoria registrada, lo que impide comprobar no solo la realización de la prueba física, sino además, los resultados obtenidos y las circunstancias de tiempo entre la presentación de la evaluación física y el turno de servicio, produciéndose una duda frente a la responsabilidad del procesado que debe resolverse en su favor. Argumentos por los cuales solicita se revoque la decisión condenatoria de primer grado, y en su lugar, se absuelva al encausado.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Doctor GABRIEL QUIÑONES GUZMAN, Procurador Judicial 356 Penal II, precisa que el recurso está llamado a prosperar, por cuanto observa que en la sentencia, el Juez desestima por completo las consecuencias del Test de Cooper en la humanidad del policial y sin mayor sustento científico asegura que dicha prueba no lo incapacitaba para prestar el servicio. Considera por lo tanto, que existe duda insuperable que debe resolverse en favor del procesado.

VII. DE LA COMPETENCIA

De acuerdo a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia¹³, no obstante a que los hechos que originaron la presente actuación acaecieron en vigencia de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que el sistema procesal previsto en la citada codificación no ha sido implementado por parte del Gobierno Nacional, la norma adjetiva llamada a regular el caso *sub júdice* es la establecida en la Ley 522 de 1999.

En consecuencia, de conformidad con el Artículo 238 numeral 3 de la Ley 522 de 1999, esta Corporación es competente para conocer de la apelación interpuesta por el Procurador 277 Judicial I Penal. El Tribunal Superior Militar en desarrollo de la competencia legalmente otorgada podrá referirse únicamente a los aspectos impugnados y a los que inescindiblemente resulten vinculados al objeto de impugnación, con excepción de la nulidad, de conformidad con el principio de limitación consagrado en el artículo 583 del Estatuto Punitivo Castrense.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

¹³ CSJ - Auto del 17 de junio de 2015, radicado 44046, MP. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

Por vía de apelación, la Tercera Sala de Decisión procederá a examinar los argumentos que sustentan el recurso de apelación incoados por el Procurador 227 Judicial I Penal, para solicitar que se revoque la condena impuesta por el Juez de Instancia del Departamento de Policía Meta al PT. (R) JUAN CARLOS MURILLO SANTOS.

El problema jurídico planteado por el recurrente se circunscribe a la necesidad de revocar la decisión condenatoria en virtud de la existencia de duda insalvable respecto de la responsabilidad penal del encausado, como consecuencia de que no se desvirtuara probatoriamente el estado de agotamiento físico que el uniformado dice padecía por haber efectuado la prueba física. Para resolver el recurso de alzada será necesario precisar algunos aspectos que finalmente permitirán adoptar la decisión que en derecho corresponda.

8.1- El *In dubio pro reo* dentro de la legislación punitiva castrense:

El proceso penal es un instrumento creado por el Derecho para juzgar, no necesariamente para condenar, por eso también cumple su finalidad constitucional cuando se absuelve al sindicado. El procesado goza, por tanto, en todo momento de la

presunción de inocencia y del derecho de defensa, consecuencia de ello se impone la aplicación del *in dubio pro reo*, que reclama que mientras exista una duda razonable sobre la autoría del delito y la responsabilidad del sindicado esté acorazada con la presunción de inocencia, y por lo tanto, el trámite procesal deba concluir con su absolución.

La presunción de inocencia como parte fundamental de la garantía al debido proceso conforme el artículo 29 superior, determina que solo a través de las pruebas obrantes válidamente dentro de la actuación procesal es posible asignar responsabilidad penal al encausado, en virtud de la presunción legal de inocencia de que goza. Presunción que lo acompaña desde el inicio del ejercicio de la acción penal hasta cuando se emite la sentencia condenatoria que logre ejecutoria. La inocencia de quien ha sido sometido al proceso penal solo puede desvirtuarse mediante prueba válidamente obrante dentro de la actuación procesal que brinde al fallador certeza o un conocimiento más allá de toda duda razonable acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado. Frente al particular la Corte Suprema de Justicia, precisó:

"En procura de dicha verdad, la Ley 906 de 2004 establece en su artículo 7°:

"Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión

judicial definitiva sobre su responsabilidad penal”.

“En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. **La duda que se presente se resolverá a favor del procesado**”.

“En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria”.

“Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, **más allá de toda duda**” (resaltado fuera de texto).

La convicción sobre la responsabilidad del procesado “más allá de toda duda”, corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido.

Por tanto, únicamente cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, ahí, en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del procesado.

Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, en cuanto resulta frecuente que variados aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria valorada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena.

Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales”¹⁴

La incertidumbre infranqueable no deja otro camino al juzgador que desatlarla en favor del procesado, en virtud a que no se alcanzó el grado de conocimiento requerido para emitir sentencia condenatoria, lo que conlleva a la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia que se predica respecto del implicado. El órgano de cierre de la jurisdicción penal precisó sobre el particular:

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 03 de febrero de 2010, Proceso No. 32863, MP. María del Rosario González Muñoz.

"Considera la Sala necesario recordar que la Constitución Política y la Ley amparan la presunción de Inocencia de quien es sometido a la incriminación penal, postulado que se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, tal y como aparece consagrado en numerosos Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Ese Principio Fundamental se sustenta porque en un Estado Social de Derecho corresponde, en principio, al ente Estatal competente la carga de probar que una persona es responsable de un delito o participó en la comisión del mismo, principio que se conoce como onus probandi incumbit actori, y que conlleva a que la actividad probatoria que tiene a su cargo el organismo investigador se encamine a derruir esa presunción de Inocencia de que goza el acusado, mediante el acopiamiento de pruebas que respetan la exigencias legales para su producción e incorporación.

Bajo esa lógica, no es obligación del procesado desplegar actividades encaminadas a acreditar su inocencia, pues ello conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, ya que se reitera, es el ente acusador el que debe demostrarle su culpabilidad. Ello significa, a la luz del principio Indubio pro reo, que si no se logra desvirtuar la presunción de Inocencia hay que absolver al implicado, pues toda duda debe resolverse a su favor"¹⁵.

"De tal presunción se deriva el principio de resolución de duda que apareja la obligación del juzgador de absolver al enjuiciado cuando al no tener la convicción de su responsabilidad se

¹⁵ Sentencia del 9 de abril del 2008, radicado 23.754, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

encuentre ante el estado de incertidumbre, sin embargo, para las decisiones que en uno u otro sentido se adopten, es deber ineludible del funcionario judicial que a través de la valoración racional de las pruebas explique la capacidad de convicción razonada científica y técnica que le ofrecen ellas en su conjunto”¹⁶.

En desarrollo del postulado Constitucional la ley penal militar ha incluido al *in dubio pro reo* como norma rectora del procedimiento penal castrense. El artículo 209 de la Ley 522 de 1999, establece que toda duda que surja en el proceso se resolverá a favor del sindicado cuando no haya modo de eliminarla. El Código Penal Militar de 2010, por su parte, refiere en el artículo 178: *“Todo miembro de la Fuerza Pública se presume inocente y debe ser tratado como tal mientras no quede en firme decisión judicial con fuerza de cosa juzgada sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal militar la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda razonable”*.

Esta Corporación, por su parte, ha precisado frente al tema:

¹⁶ Sentencia del 21 de febrero del 2007, radicado 20.902, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca

"Previo a resolver el recurso de apelación interpuesto por el doctor IAGD, considera la Sala oportuno referirnos al concepto del in dubio pro reo, al constituir un principio auxiliar que se ofrece al órgano judicial para valorar la prueba, de tal manera que si una vez practicada la misma resulta insuficiente para la formación de su convicción o apreciación en conciencia acerca de la culpabilidad o no del acusado, las dudas razonadas que puedan surgir habrán de ser siempre resueltas en sentido favorable para el acusado. El in dubio pro reo sólo tendría relevancia en el momento del juicio, si al juzgador le saltan dudas a la vista de la prueba practicada y en cualquier otro momento procesal, como al momento de calificar o de inhibirse de iniciar una investigación penal si existe la imposibilidad de superar la duda¹⁷/¹⁸.

Resultan entonces preciso entender, que no es cualquier duda la que permite al juzgador encaminarse hacia una decisión favorable para los intereses del acusado, sino aquella que verse respecto de la responsabilidad penal del procesado, que se halle razonablemente fundada, cuya construcción sea lógica y que resulte insalvable de absolver con los medios probatorios recolectados durante el devenir procesal. La duda, entonces, debe aflorar como consecuencia del análisis probatorio y no como una mera especulación, siendo necesario que revista condiciones de idoneidad, seriedad, pertinencia e insuperabilidad que ubiquen al fallador en imposibilidad de dilucidar la

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia del 21 de enero de 2004, M.P. Marina Pulido de Barón.

¹⁸ Tribunal Superior Militar, Tercera Sala de Decisión, rad. 156998, sentencia del 16 de septiembre de 2011. MP. MY. (R) Maricel Plaza Arturo.

incertidumbre. Frente al particular la Corte Suprema de Justicia, señaló:

"Un tal principio corresponde no únicamente a un imperativo constitucional y legal, sino precisamente, a uno de los postulados máximos que gobiernan la valoración probatoria y en general el proceso penal.

*Pero, claro está, que **el reconocimiento de un tal principio probatorio, en ninguna forma está significando que para su aplicación sea suficiente su sola afirmación,** desconociendo que la contradicción subyacente en el proceso de valoración probatoria se quede en la dinámica primaria de su aducción, ya que, precisamente, su máxima expresión dialéctica se encuentra es en el juicio que de ellas debe hacer el juzgador, quien como titular de la jurisdicción es el que debe confrontar en su integridad los elementos probatorios allegados legalmente al proceso, para con fundamento y límite en la sana crítica, excepción hecha de aquellos casos en los que eventualmente la ley les reconozca tarifa legal, colija cuáles ameritan probar un hecho y cuáles no, labor intelectual esta que le impone una apreciación, inicialmente individual, pero, acto seguido, como en todo proceso analítico, confrontativa con el universo probatorio válidamente aportado al proceso, única forma de establecer la verdad procesal, pues el grado de certeza no puede ser abstracto sino referido a un objeto determinado, esto es, que el juicio probatorio imprescindiblemente debe fundamentarse en los medios de prueba dinamizados en la correspondiente actividad procesal, resultando intrascendente la sola afirmación de certeza o duda, según el caso, pues lo que importa es su demostración*

Este procedimiento, impone, entonces, la elaboración de un juicio probatorio, que de suyo, conlleva un raciocinio, una conclusión, que en el campo valorativo viene a significar la convicción que se tenga sobre la existencia de un hecho o su negación, con el ítem de que en punto de la actividad probatoria procesal, su apreciación no puede partir de hipótesis, sino de hechos probados, los que contradictoriamente valorados, permitan o que todos los medios obtenidos para su demostración conduzcan a una sola verdad o que, por el contrario, su conjunto haga que, de la misma forma, con base en la lógica, la ciencia y la experiencia común, unos de ellos sucumban frente al objeto por demostrar, o que quedando los dos extremos en igual grado de credibilidad, imposibiliten llegar a la certeza sobre la existencia de una determinada conducta, de un hecho o de un preciso fenómeno, pudiendo, entonces, llegarse a uno de los dos extremos viables, o la certeza o la duda de su inexistencia.

En todo caso, sea que el sujeto cognoscente llegue a uno y otro grado de credibilidad, lo que no puede ser jurídicamente admisible es que, a priori, se pueda privilegiar el valor de una determinada prueba, dejando de lado la imprescindible confrontación que se impone concretar con la integridad de su conjunto, ya que cada una de ellas puede contener una verdad, o más precisamente, dar origen a un criterio de verdad, que como tal debe estar predispuesto a ser confrontado con los demás, para que en su universo, integrados todos, sea dable deslindar los que puedan calificarse de lógicos, no contrarios a la ciencia ni a la experiencia, y descartar aquellos que se escapan a estos cánones exigidos por la ley para efectos de la apreciación probatoria, y así, de ellos, sí inferir la

conclusión que irá a producir una determinada relevancia jurídica, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, por haberse llegado a la certeza sobre el objeto que se pretende demostrar, o por el contrario, a la duda sobre el mismo”¹⁹

8.2 La capacidad psicofísica del personal uniformado y su evaluación anual.

El Decreto Ley 1796 de 2000, por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, define la capacidad psicofísica como: “El conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas a quienes se les aplique el presente decreto, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones”²⁰.

La capacidad física del miembro de la Fuerza Pública es objeto de evaluación para el ingreso, permanencia y retiro de la institución. La Policía Nacional en desarrollo del Decreto Ley 1800 de 2000, por medio del cual se dictan normas para la evaluación del desempeño del personal uniformado de la Policía Nacional, determinó como factor de evaluación del

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia - Única instancia 15.884, septiembre 4 de 2002, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

²⁰ Artículo 2 del Decreto Ley 1796 de 2000.

desempeño la condición física del uniformado, aspecto que comprende el estado de salud e integridad física del evaluado, que le permitan desarrollar normal y eficientemente la actividad o proceso al cual pertenece.

La institución policial para evaluar este aspecto recurrió al denominado "Test de Cooper". La evaluación física corresponde a una prueba de resistencia, esfuerzo y flexibilidad que comprende diferentes ejercicios corporales, cuyos resultados luego de confrontados con variables como tiempo, peso y edad establece la categoría en la que se sitúa el participante, la cual finalmente determina su condición física. Las pruebas físicas se realizan de manera periódica con el propósito de monitorear y evaluar el estado atlético de sus integrantes en procura de garantizar la adecuada prestación del servicio público de Policía, en razón a los requerimientos físicos exige.

Actividad que si bien demanda un esfuerzo físico, de ninguna manera determina una condición incapacitante que interfiera con el servicio. Resulta preciso establecer que el ejercicio se realiza previa evaluación médica y preparación física de precalentamiento y respiración, actividades que se encuentran plenamente reglamentadas al interior de

la institución²¹, cumplidas estas se procede con la aplicación de la evaluación que no se limita al simple ejercicio físico, sino que aplica parámetros distintos, como corresponde a las características antropométricas del evaluado, índice de masa muscular, índice del perímetro abdominal, índice de flexibilidad isquiotibial que no implican esfuerzo. Cumplida la actividad física el personal continúa desarrollando ejercicio de recuperación para que el uniformado retome su labor sin mayor limitación, puesto que si la prueba demandara una condición que generara discapacidad su presentación determinaría la suspensión del servicio de policía.

La cultura física como elemento integrante del desarrollo profesional al interior de la institución policial o castrense exige del uniformado el permanente desarrollo de la actividad deportiva, precisamente en razón a la labor y funciones de seguridad que se cumple. La actividad física no resulta extraña para el uniformado, puesto que para su ingreso a la institución armada se demanda una aptitud psicofísica para iniciar y mantener un proceso de acondicionamiento atlético que le permita cumplir con las exigencias físicas que le demanda el servicio. La presentación de la denominada prueba física, en principio, no genera incapacidad o

²¹ Directiva Administrativa Permanente 024-DIPON-DISAN-23.1 del 28 de octubre de 2011.

imposibilidad al uniformado, de no registrarse una condición patológica que haya eventualmente tenido lugar durante el desarrollo de aquella, como bien podría ser, por citar un ejemplo, un esguince o una lesión muscular o similar sufrida durante el desarrollo de la actividad física en cuestión.

8.3 La duda en el caso concreto:

Sea lo primero señalar para desatar el recurso de alzada, que éste enfatiza que no existe incertidumbre frente a los elementos de la responsabilidad penal relativos a la tipicidad y antijuridicidad. La duda que pregona el apelante se circunscribe a la forma de culpabilidad dolosa de la conducta desarrollada por el PT. (R) MURILLO SANTOS.

Evidencia la Sala que el recurrente al fundamentar el recurso de alzada se torna ambiguo y contradictorio, puesto que incurre en una imprecisión dogmática. Necesario es recordar que el artículo 24 de la ley 1407 de 2010 o Código Penal Militar de dicho año, recogió el concepto de dolo establecido en el artículo 41 de la Ley 599 de 2000, dejando atrás el esquema causalista que orientó el Código Penal Militar de 1999²². El actual Digesto

²² El artículo 42 de la Ley 522 de 1999, establecía que: "la conducta es culposa cuando el agente ejecuta el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto confió en poder evitarlo".

Punitivo Castrense, norma sustantiva aplicable en el caso *sub júdice*, señala que la conducta es dolosa, cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización, o cuando ella ha sido prevista como probable y la producción del resultado se deja librada al azar²³.

La norma penal militar sustantiva aplicable, introdujo una nueva concepción del delito doloso dentro del ámbito del derecho penal castrense colombiano, que cataloga al dolo, no como una forma de culpabilidad, sino como una modalidad de la conducta punible²⁴. El dolo se constituye, entonces, en parte estructural del tipo penal respectivo, lo que significa, que será atribuible en la modalidad de dolo directo un resultado dañino concreto, cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal, pese a lo cual quiere su realización.

La contemporánea teoría del delito establece que la tipicidad involucra un aspecto objetivo y otro de carácter subjetivo. El primero, corresponde a la

²³ Definición que fuera modificada por el artículo 98 de la Ley 1765 de 2015, que estableció: "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".

²⁴ Los artículos 21 de la Ley 599 de 2000 y 23 de la Ley 1407 de 2010, tienen idéntica redacción, determinando frente a las modalidades de la conducta punible, lo siguiente: "La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención solo son punibles en los casos expresamente señalados en la ley."

descripción de la conducta objeto de prohibición normativa, donde se contempla básicamente los sujetos (activo y pasivo), la conducta (verbo rector), y los elementos normativos del tipo y la relación de causalidad. El aspecto subjetivo de la tipicidad, por su parte, corresponde a la modalidad de la conducta punible (dolo, culpa o preterintención).

Así las cosas, se reitera, debe precisarse que en virtud del Código Penal Militar de 2010, el dolo no puede ser presentado como forma de culpabilidad, sino como modalidad de la conducta punible, situada dentro del aspecto subjetivo de la tipicidad. El juicio de reproche por la comisión del injusto típico la culpabilidad, involucra la imputabilidad del agente, la conciencia de antijuridicidad y la exigibilidad de un actuar acorde a derecho, pero no la modalidad de la conducta punible. En conclusión, erra el apelante al señalar que existe duda respecto de la culpabilidad del procesado por cuanto no se demostró que la conducta ejecutada fuera dolosa, puesto que la duda no reposa en el estadio de la culpabilidad como lo señala el recurrente, sino en la tipicidad como se dejó anotado.

El apelante señala, por otra parte, que el cansancio que el procesado refiere registraba al momento del servicio, puede edificar la causal de ausencia de

responsabilidad establecida en el numeral 1° del artículo 36 del Código Penal Militar, cita normativa equivocada entendiéndose que hace alusión al artículo 33 de la citada codificación, relativa al caso fortuito y fuerza mayor, eventos que corresponden a causales de atipicidad de la conducta.

Pese a la imprecisión dogmática y normativa enarbolada por el apelante, la Sala entiende que la duda que propugna hace relación a la existencia de un actuar doloso por parte del procesado, aspecto que directa aunque incorrectamente refiere el reclamante, cuando establece:

*"Considera igualmente esta agencia que la ausencia del referido material probatorio impidió de manera absoluta que, probatoria y razonadamente, el juzgador contara con las condiciones probatorias necesarias y el juicio crítico correspondiente para afirmar, como lo afirma en la sentencia condenatoria, la existencia de condición de certeza para condenar. Por el contrario, como lo manifestó esta agencia en la Corte Marcial, se tendría la condición de duda respecto de la comprobación de la culpabilidad a título de dolo; resultando imperativo, en criterio de esta agencia, el reconocimiento de la situación de duda como garantía legal a favor del sumariado que habría de determinar su absolución"*²⁵.

²⁵ Cuaderno original, folio 315.

Asegura el recurrente, que no haber solicitado los resultados obtenidos en la prueba física realizada el diez (10) de diciembre de 2012 por el encausado, impide establecer si el Patrullero MURILLO SANTOS presentó la evaluación y si el esfuerzo físico desarrollado fue causa para que sucumbiera al sueño durante el servicio que prestaba. Admite el apelante que la situación típica objetiva se presentó, es decir, que el PT. (R) MURILLO SANTOS se encontraba durmiendo durante el servicio que prestaba la madrugada del día once (11) de diciembre de 2012. Su posición difiere en que la omisión probatoria impide adquirir certeza respecto del actuar doloso del agente lo que determinaría la existencia de duda frente a su responsabilidad penal, siendo necesario resolver la incertidumbre en favor del encausado.

Así las cosas, debe recordarse que el delito militar de Abandono de Puesto se encuentra estructurado bajo la modalidad dolosa de la conducta punible, eso determina que no admite para su configuración típica la presencia de la culpa o preterintención. La tipicidad por tanto no se circunscribe exclusivamente a la presencia de los elementos objetivos del tipo, exige además, que el agente al ejecutar la conducta prohibida tenga conocimiento y voluntad frente a su realización (dolo).

Para que se pueda predicar la tipicidad del delito de Abandono de Puesto, el uniformado debe dormirse durante la facción o el servicio bajo la égida del dolo, puesto que si el letargo es consecuencia de otros factores como el cansancio, el actuar eventualmente podría devenir en atípico por ausencia del aspecto subjetivo en aquellos eventos de absoluta imprevisibilidad e irresistibilidad.

En diligencia de indagatoria el procesado señala que se quedó dormido durante el servicio que prestaba en atención a que se encontraba cansado porque había sido "doblado" de servicio, luego hace referencia a que la mañana del diez (10) de diciembre de 2012 había presentado el "Test de Cooper", actividad que no enrostra como la causa de la fatiga²⁶. Posteriormente, en audiencia de corte marcial el acusado refiere haberse dormido durante el servicio por la fatiga que le produjo haber presentado la prueba física (Test de Cooper) y porque en la tarde del citado día debió prestar apoyo²⁷.

La versión de MURILLO SANTOS determinaría la inexistencia del ingrediente doloso dentro de su actuar si fuera acogida a plenitud por sí sola, sin embargo las pruebas analizadas en conjunto, como incumbe a todo operador de justicia, determinan una situación diferente.

²⁶ Cuaderno original No. 1, folios 195 a 197.

²⁷ Cuaderno original No. 2, folios 283 y 284.

Las versiones entregadas por el encausado son disímiles en señalar la causa del agotamiento físico que supuestamente registraba la madrugada del once (11) de diciembre de 2012. El uniformado atribuye su estado, primero, al haber sido "doblado" de servicio, situación que conforme la minuta del servicio no ocurrió. Posteriormente en la audiencia de corte marcial asegura que el cansancio fue producto de la prueba física y el haber sido asignado a labores de apoyo, aspecto que rebate el IT. CESAR AUGUSTO TORRES GONZALEZ, Comandante de la sección vigilancia de la Estación de Policía de San José del Guaviare, quien, bajo la gravedad del juramento, asegura que se había otorgado previamente ocho horas de descanso al policial, para que lograra asumir el servicio adecuadamente²⁸.

Resulta claro, que el procesado durante las versiones entregadas ha procurado excusar su responsabilidad en el supuesto cansancio que padecía, condición que asignó a diferentes causas, como haber registrado un inconveniente con su esposa, haber sido "doblado" de servicio, haber presentado la prueba física y finalmente ser asignado como apoyo. Exculpaciones que en su mayoría fueron desvirtuadas por las pruebas obrantes dentro del plenario, evidenciándose el afán del procesado

²⁸ Cuaderno original No.1, folio 86 a 87.

por presentar su actuar como involuntario en procura de evadir la responsabilidad penal.

El recurrente acude a la duda para requerir la revocatoria de la decisión condenatoria de primer grado, y en su lugar obtener la absolución del encausado en desarrollo del principio del *in dubio pro reo*. Sin embargo, olvida que la duda debe ser el producto del análisis de la totalidad de los elementos probatorios obrantes dentro del proceso, que en criterio de este Colegiado ofrecen la certeza necesaria respecto de la responsabilidad del encausado, particularmente frente al actuar doloso de su conducta.

Debe recordarse que previamente a recibir el servicio, el uniformado nada dijo respecto del cansancio físico que dice afrontaba, solo se escudó en dicha situación una vez fuera descubierto por el Comandante de la sección de vigilancia durmiendo, lo que permite inferir que en realidad no registraba esta condición. La voluntariedad en la ejecución de la conducta prohibida se evidencia del relato presentado por el Auxiliar de Policía WALTER MEDINA VARELA, quien acompañaba al encausado durante el turno de servicio, al señalar:

"mi Patrullero MURILLO se encontraba al frente de la casa del representante a la cámara, me

encontraba al mando del señor Patrullero MURILLO SANTOS JUAN CARLOS, Mi Patrullero MURILLO se encontraba al frente de la casa del representante a la cámara en una silla rimax sin la beisbolera ya que estaba en número cuatro con la riata desabrochada y quedó la pistola descolgada yo no le dije nada porque el no me iba hacer caso porque él es profesional y yo soy auxiliar posteriormente llego la panel al mando de mi Intendente TORRES y también estaba mi Patrullero ALCOCER manejando la camioneta se bajó de la panel se acercó hacia el Patrullero MURILLO le tomo fotos, le alumbró la cara, prendieron las belizas y no se despertó y le quitó la pistola y el radio y no se despertó, posteriormente mi Intendente TORRES fue a dar una vuelta por el sector y yo lo desperté moviéndolo varias veces y se levantó bravo porque yo lo había despertado, después volvió mi Sargento TORRES como a la hora le entregó la pistola y el radio para que continuara el servicio y cuando se fue mi Intendente TORRES se volvió a quedar dormido hasta las 05:00 de la mañana”²⁹.

El tipo subjetivo está compuesto por el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, acompañado de la voluntad en la realización de los supuestos de hecho y de derecho, que se concretan en la materialización del dolo directo. Frente al conocimiento de los elementos básicos del delito de Abandono de Puesto tenemos que el encausado registraba para el momento de los hechos aproximadamente ocho años en la institución policial, experiencia profesional que le permitía

²⁹ Cuaderno original No. 1, folio 89.

conocer los aspectos básicos del delito de Abandono de Puesto, particularmente que no podía dormir durante el servicio.

Frente al elemento volitivo el testimonio del Auxiliar de Policía MEDINA VALERA, que atrás se transcribió, resulta contundente. El testigo directo relata como el Patrullero adoptó una posición cómoda al sentarse en la silla rimax, despojarse de su gorra y desabrochar el cinturón para entregarse al descanso, estado que solo logró ser interrumpido por el joven auxiliar moviendo el cuerpo del Patrullero en repetidas ocasiones posterior a la presencia del superior jerárquico de ambos. Actitud que evidencia la voluntad del policial para entregarse al sueño durante el servicio.

La voluntad del encausado dirigida a la concreción de la acción típica y al abandono de las funciones del servicio, siéndole exigible comportamiento diverso, resulta innegable, cuando luego de lograr ser despertado se enoja con el Auxiliar Policial por haberlo sacado del letargo en que se encontraba, mostrando finalmente la más absoluta displicencia por el servicio de seguridad, cuando retirado el superior del lugar procede nuevamente a dormirse hasta las 05:00 horas del día once (11) de diciembre, al punto que el testigo refiere que

permaneció dormido entre tres y cuatro horas durante el turno del servicio.

Lo anterior, permite concluir en grado de certeza que el comportamiento del uniformado devino en doloso, puesto que el encausado no solo conocía que su actuar era ilícito, sino que voluntariamente aceptó su realización, al punto que su reprochable actuar resultaba habitual y reiterativo, no ocasional e involuntario, en palabras del testigo directo de los hechos, cuando señala: *"...cuando hice turno con él mi Patrullero MURILLO se quedaba dormido y nos dejaba a nosotros la seguridad..."*³⁰.

No existe, entonces, duda frente al actuar doloso del encausado, como lo pretende hacer ver el recurrente por la ausencia del documento que determine la realización de la prueba física. El apelante acude para sustentar la aparente duda respecto del dolo, a especulaciones que determinan a la prueba física como incapacitante, señalando la necesidad de allegar la calificación obtenida por el procesado para establecer el grado del esfuerzo físico realizado, en tanto una calificación deficiente podría demostrar que el cansancio era producto de la actividad deportiva realizada. Afirmación quimérica que pretende asignar a la

³⁰ Cuaderno original No. 1, folio 89.

prueba física consecuencias inusitadas, desproporcionadas y sorprendentes que la lógica y la experiencia no le conceden, con mayor razón cuando dicha prueba resulta connatural a la vida policial, en tanto que, por expresa disposición reglamentaria, se deben presentar cuatro (04) de ellas durante el lapso de un (01) año que corresponde al término de evaluación de las capacidades profesional y física de todos los miembros de la fuerza pública colombiana.

Además de lo anterior, debe recordarse que el encausado tuvo un periodo de descanso de ocho horas del que previamente disfruto, pausa que le permitía asegurar que al desarrollar el servicio lograra encontrarse alerta.

El recurso presentado además de incurrir en imprecisiones dogmáticas, acude a falacias argumentativas que tienen por objeto soportar la existencia de duda frente a un elemento de la responsabilidad, como corresponde al aspecto subjetivo de la tipicidad que las pruebas recaudadas resaltan con firmeza. Situación que impone a la Tercera Sala de decisión desestimar la solicitud del recurrente, y por el contrario confirmar la decisión del Juez de Primera Instancia.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Tercera Sala de decisión del Tribunal Superior Militar, *"Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley"*,

IX. RESUELVE:

PRIMERO: DESATENDER las pretensiones del impugnante y, en consecuencia, **CONFIRMAR** íntegramente la sentencia calendada veintitrés (23) de junio de dos mil quince (2015), mediante la cual el Juez de Primera Instancia del Departamento de Policía Meta, condenó al Patrullero JUAN CARLOS MURILLO SANTOS, como autor responsables del delito de Abandono del Puesto a la pena de doce (12) meses de prisión, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONTRA la presente providencia procede de manera excepcional el recurso de casación conforme al inciso final del artículo 368 del Código Penal Militar, que podrá interponerse dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de esta decisión, conforme al art. 370 y siguientes de la ley 522 de 1999.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase la actuación al despacho de origen por intermedio de la Secretaria de esta Corporación.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

**Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Magistrado Ponente**

**Capitán de Navío JULIÁN ORDUZ PERALTA
Magistrado**

**Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Magistrado**

**Abogada MARTHA LOZANO BERNAL
Secretaria**