

FUERO. Elementos. **SERVICIO .** Concepto. Alcance . **HURTO Y PECULADO SOBRE BIENES DE DOTACIÓN.** Características. Cuando el uniformado se aprovecha de la condición de Centinela para apoderarse tanto de su propio material bélico como el de los homólogos, sugiere una condición de servicio y de extralimitación del mismo, pues se vale de la función para planear, ejecutar y consumir los injustos. **TEORIA DE LA DISPONIBILIDAD.** Es la acogida por la legislación colombiana para determinar el momento en se reputan perfectos los delitos antes mencionados, teoría que implica la posibilidad inmediata de realizar materialmente actos dispositivos sobre el bien. **PROPOSITO CRIMININAL EX ANTE .** Este presupuesto no se genera per se cuando el uniformado ingresa a las Fuerzas Militares para apoderarse de material bélico. **MIEDO INSUPERABLE.** Para que se configure como causal excluyente de responsabilidad, se requiere verificar que el estado emocional explique el injusto, que el miedo sea el único móvil que induzca al agente a actuar y no otros cambios emocionales como rencor, desquite o venganza, o enemistad. **BENEFICIOS DESMOVILIZADOS.** La normatividad de que tratan los procesos de desmovilización y sus efectos corresponden a beneficios por delitos políticos y conexos, los cuales no son de conocimiento de la jurisdicción castrense.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

Sala: Cuarta de Decisión
Magistrado Ponente: CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA
Radicación: 158400-7202-XIV-564-EJC.
Procedencia: Juzgado 7° de Brigada
Procesado: SLC. PACHECO TAFUR CESAR LEONARDO
Delitos: Del centinela, peculado sobre bienes de dotación y hurto de armas y bienes de defensa
Motivo de alzada: Apelación sentencia condenatoria
Decisión: Confirma

Bogotá, D.C., junio catorce (14) de dos mil dieciséis (2016)

I. OCUPA A LA SALA

Resolver el recurso de apelación impetrado por el defensor público del procesado contra la sentencia proferida el veinticinco (25) de noviembre de dos mil quince (2015), mediante la cual la Juez 7° de Instancia de Brigada, condenó al soldado campesino Pacheco Tafur Cesar Leonardo, a la pena principal de noventa y seis (96) meses de prisión y las accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad, como autor del concurso de delitos del centinela, peculado sobre bienes de dotación y hurto de armas y bienes de defensa.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

Fue sintetizada en la decisión objeto de análisis, en los siguientes términos:

"En la noche del 22 de abril de 2012, el Soldado Campesino PACHECO TAFUR CESAR LEONARDO abandonó la Base Militar de Cerro Neiva, en momento en que se encontraba prestando turno de guardia, llevándose el material de guerra asignado, el cual estaba conformado por un fusil galil, cinco proveedores metálicos y 525 cartuchos calibre 5.56 milímetros; así mismo, se llevó dos ametralladoras, otro fusil galil, un lanzagranadas tipo MGL, veintiocho granadas de 40 milímetros, cinco proveedores más, 175 cartuchos calibre 5.56 mm y 300 cartuchos calibre 7.62 milímetros de munición eslabonada, los cuales había sacado del material asignado a otro personal que conformaba dicha Unidad

Militar y solo se volvió a conocer de su paradero hasta el 13 de agosto de 2012, cuando se entregó a personal militar adscrito al Batallón de Artillería No. 9 "Tenerife" para desmovilizarse del Frente 17 de las FARC"¹.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Por los sucesos antedichos el Juzgado 64 de Instrucción, dispuso la apertura de formal investigación² el 09 de mayo de 2012 contra el SLC. Pacheco Tafur Cesar Leonardo, por la presunta comisión de los reatos del centinela y deserción. El 03 de julio siguiente se allega al infolio diligencias contentivas de la noticia criminal 410016000716201200753, remitida por competencia por la Fiscalía Segunda Especializada de Neiva³, adelantada contra el mencionado uniformado por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares.

Tras realizarse labores de inteligencia por personal del Batallón de Artillería No. 9 "Tenerife", se logra ubicar al ahora procesado, quien desde el día de los hechos investigados se "encuadrilló" en el frente XVII de las ONT-FARC; obteniéndose su desmovilización el 14 de agosto de 2012, por lo que se vincula al proceso a través de injurada⁴, la que fue ampliada el 24 de septiembre del mismo año. La

¹ Folio 593 C.O.

² Folio 33 C.O.

³ Folio 267 .CO.

⁴ Folio 300 y 313 C.O.

resolución de situación jurídica provisional⁵ se produjo el 25 de dicho mes y año, absteniéndose el despacho de afectarle con medida de aseguramiento.

El 30 de agosto de 2013 el apoderado del Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, presenta demanda de constitución de parte civil, la que fue admitida por el Instructor el 30 de septiembre siguiente⁶.

A su turno, la Fiscalía 19 Penal Militar, tras clausurar el ciclo investigativo, califica el mérito sumarial con resolución de acusación⁷, en disfavor del SLC. Pacheco Tafur, por la presunta comisión de los injustos de abandono del puesto, hurto de armas y bienes de defensa y peculado sobre bienes de dotación, y cesación de procedimiento, por prescripción de la acción penal, respecto a los cargos efectuados por el delito de deserción.

Recibido el expediente en el Juzgado 7° de Instancia de Brigada, inicia la etapa de juicio el 07 de enero de 2015, y tras la revisión del expediente, el 20 de marzo siguiente, decreta la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de acusación inclusive, al advertir que debió imputársele al procesado el delito del centinela y no abandono del puesto; procediendo la Fiscalía 19 Penal Militar a calificar nuevamente el mérito sumarial, atendiendo lo sugerido por la Juez de Conocimiento.

⁵ Folio 318 C.O.

⁶ Folio 398 C.O.

⁷ Folio 467 C.O.

El 21 de octubre del referido año fue iniciada la etapa de juicio por el Juzgado 7° de Brigada, despacho que celebra la vista pública el 18 de noviembre siguiente, y mediante sentencia⁸ del 25 de este mes y año finiquita la instancia, condenando al acusado a la pena indicada en el primer acápite de este proveído, fallo recurrido por la Defensa y ahora objeto de estudio por la Sala.

IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El *A quo* argumenta su decisión exponiendo que dentro de la investigación las conductas endilgadas al procesado se encuentran absolutamente demostradas, si se tiene en cuenta que estudiadas las probanzas proyectan plena credibilidad para colegir en grado de certeza que el hoy enjuiciado se alejó de su puesto de centinela, llevándose el material de guerra que tenía asignado para el cumplimiento de sus funciones y otros elementos bélicos de la Compañía destacada en la base militar Cerro Neiva.

Aduce que con el caudal probatorio arrojado al expediente está demostrado que la conducta que vulnera el bien jurídico del servicio, desplegada por Pacheco Tafur, fue dolosa, pues conocía que dentro de las consignas asignadas al centinela estaba la de no separarse del puesto previamente

⁸ Folio 593 C.O.

designado y sin autorización de superior alguno, por lo que con su actuar hubo predisposición a la comisión del delito endilgado, sin que se evidencie causal de justificación a su favor, motivo por el cual existe plena certeza que el hecho punible ocurrió y la absoluta responsabilidad del procesado en la ejecución del mismo.

Respecto del tipo subjetivo de peculado sobre bienes de dotación, refiere que es eminentemente doloso, pues probado está que el soldado Pacheco sacó de la esfera de dominio del Estado un fusil galil 5.56 mm, 05 proveedores y 525 cartuchos para el mismo, con el propósito de entregarlos al comandante del Frente 17 de las FARC, como él mismo lo reconoce en injurada, donde el conocimiento del hecho se concreta en la conciencia que tenía sobre su condición de uniformado al servicio del Ejército Nacional, circunstancia que sin lugar a equívocos le ofrecía la comprensión suficiente para saber que el apropiarse de bienes del Estado cuya administración y custodia se le había confiado, constituía un delito, no obstante, encaminó su comportamiento a la consumación del ilícito precitado.

Con respecto al punible de hurto de armas y bienes de defensa, ha de tenerse en cuenta que el comportamiento desplegado por Pacheco Tafur recae sobre elementos de uso privativo de la Fuerza Pública utilizados para defender la soberanía nacional, que por su esencia, son susceptibles de producir amenaza, lesión o muerte a una persona,

indisolublemente ligadas con la violencia potencial y la coacción.

En respuesta al *"miedo insuperable"*, alegado por el Defensor como causal de ausencia de responsabilidad de su pupilo, manifiesta que en ningún momento el SLC. Pacheco refirió siquiera que *"el miedo a ese juicio sumario fue el que lo obligó a abandonar el turno de centinela para sacar de la Base Cerro Neiva material de guerra de su dotación y armas, municiones y explosivos asignados a otros soldados"*. Además, la insuperabilidad exige que el sujeto no pueda estar en capacidad de liberarse de dicho temor que le imprime la posibilidad de un mal futuro, pero en este caso se advierte que el procesado bien pudo informar a sus superiores militares la supuesta orden que le habían dado integrantes del frente 17 de las FARC, con el propósito de hallar una solución sin trasgredir mandato legal alguno, prueba de ello es la misma aseveración realizada por Pacheco cuando señala que meses después de la ocurrencia de los hechos investigados tomó la decisión de desmovilizarse de las filas guerrilleras y entregarse al Ejército, lo que bien pudo hacer antes de cometer las conductas delictivas objeto de estudio. Comportamiento que permite colegir que el saqueo del armamento fue *"una actividad coordinada con el grupo guerrillero al que pertenecía"* pero que en ningún momento le generó amenazas contra él o sus familiares, pero sí deja entrever su voluntad de cometer tal ilicitud, descartándose de plano que sus actos hubiesen sido

motivados por el temor a represalias contra su humanidad o miembros de su familia.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La defensa solicita revocar la sentencia condenatoria y en su lugar absolver a su prohijado, toda vez que en su sentir la actuación al margen de la ley, desplegada por éste, estuvo determinada por **"el miedo invencible a perder la vida si se negaba a ejecutar los designios criminales de sus jefes en la organización subversiva"**, tal y como quedó plasmado en diligencia de indagatoria rendida por el SLC. Pacheco, lo que desvirtúa desde todo punto de vista los argumentos esbozados por la Juez de Instancia relacionados con la supuesta *"voluntad para cometer tal acción, descartándose que sus actos hubiesen sido motivados por el temor a represalias contra su humanidad o los miembros de su familia"*. Aunado a esto debió realizar el A quo una evaluación de las condiciones psíquicas del procesado, para determinar el grado del miedo insuperable que debió afrontar.

Alega que el operador judicial debió efectuar un "juicio de personalidad" del acusado al momento de examinar la procedencia o no de la causal de ausencia de responsabilidad invocada en la audiencia de corte marcial, para lo cual había sido suficiente tener en cuenta las condiciones personales de su pupilo, suministradas en injurada, tales como: la edad, escasa formación académica, haber abandonado su hogar a los 12 años de edad para dedicarse a

trabajar, su permanencia en las filas de la subversión como miembro de las milicias clandestinas a muy temprana edad, entre otras.

La segunda circunstancia que invoca el recurrente está relacionada con la presentación voluntaria que hiciera su prohijado el 14 de agosto de 2012 ante el comando del Batallón de Artillería No. 9 "Tenerife" con fines de desmovilización y reintegración a la sociedad *"bajo promesa engañosa, según él, efectuada por el comandante de dicha Unidad, Teniente Coronel VICTOR AUGUSTO PINO ZAPATA"*, consistente en que si le entregaba al cabecilla del frente 17 de las FARC dicho oficial le "cuadraba" su situación jurídica para que fuera exonerado de cualquier asunto investigativo, sin que jamás el oficial honrara la palabra empeñada en el sentido de apoyar al desmovilizado, a través de las autoridades de la jurisdicción penal militar, *"en materia de solicitud y obtención de los beneficios jurídicos consagrados en su favor en la ley"*, a pesar de haber suministrado las coordenadas del campamento donde se encontraba el jefe guerrillero y acompañado a las tropas hasta ese sitio, donde fue dado de baja dicho subversivo.

Por último solicita decretar la cesación de procedimiento a favor de su defendido, toda vez que a éste le fue expedida certificación, después de haberse proferido la sentencia objeto de análisis, por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas -CODA-, en la que consta su inscripción en

éste, atendida la circunstancia que Pacheco Tafur se hallaba incurso en el delito de rebelión en el momento de ejecutar las conductas delictuosas por las que fue condenado en primera instancia.

VI. MINISTERIO PÚBLICO

La representante de la Sociedad conceptúa que la Sala debe abstenerse de desatar el recurso y en su lugar declarar la nulidad de lo actuado, a partir del folio 447 de la actuación, inclusive, para que se disponga la ruptura de la unidad procesal, por falta de competencia, como en su momento lo expuso el apoderado de la parte civil, frente a la apropiación que hiciera el SLC. Pacheco del material de guerra, como quiera que es evidente que el ahora condenado era un guerrillero antes del ingreso al Ejército y preexistía en él designio criminoso, que dicho sea su único propósito de incorporación fue "robarse armamento para la guerrilla", como él mismo lo reconoce en injurada, situación que rompe cualquier nexo con el servicio, como lo ha enseñado la Corte Constitucional en sentencias C-358 de 1997 y C-533 de 2008.

Respecto del punible del centinela no tiene objeción alguna por cuanto está demostrado que el bajo banderas investigado se separó del puesto para el cual fue designado, procedió a buscar las armas y luego se marchó llevándoselas, comportamiento que realiza de manera libre y consiente para luego ejecutar el plan preconcebido desde antes de

ingresar a las huestes, por lo que debe mantenerse la condena por este reato.

Frente al delito de peculado sobre bienes de dotación aduce que éste no tuvo plena estructuración en la medida que el material de guerra que a él se le entregó a título no traslativo de dominio, si bien es cierto se lo llevó cuando se evadió, también lo es, que el procesado desistió y procedió a dejarlo con su munición a la entrada de la Base junto con otro material bélico, que dicho sea fue hallado por la tropa. Lo que permite aseverar que no hubo apropiación de los elementos, pues el Estado no perdió definitivamente su poder de disponibilidad. En la actuación desplegada por el uniformado no existió *"el ánimo, el propósito y la intención de sacarla para apoderarse de la misma, para no reintegrarla, para sacarla definitivamente de la órbita de disponibilidad del Estado"*.

En cuanto al hurto de material de guerra y bienes de defensa, considera que probado está que el SLC. Pacheco Tafur se apoderó de una ametralladora y 300 cartuchos calibre 7.62 para la misma, un lanzagranadas y dos granadas de MGL. Y es sobre este comportamiento que la Justicia Penal Militar carece de competencia, por el precitado *"diseño criminoso"* del enjuiciado, de entrar al Ejército con la única finalidad de sacar material de guerra de la Unidad, lo que desde luego no tiene ninguna relación próxima o directa con el servicio, por lo que imperioso resulta romper la unidad procesal, previa

declaratoria de nulidad de lo actuado a partir, inclusive, del auto de cierre de investigación, para que sea la jurisdicción ordinaria quien conozca, juzgue y falle dicho comportamiento, donde los beneficios para el personal desmovilizado se podrán invocar ante la autoridad competente, máxime si se tiene en cuenta que su desmovilización se produjo por promesa que le hiciera el entonces comandante del Batallón "Tenerife" de no judicializarlo a cambio de lograr su cooperación, lo que no fue tenido en cuenta frente a las normas legales que en torno a los desmovilizados ha expedido el gobierno nacional y que deben cobijar al procesado por su condición de guerrillero desmovilizado.

Se abstiene de analizar los argumentos sustentativos del recurso, relacionados con el miedo insuperable y los beneficios legales que tiene el aquí procesado como desmovilizado del frente 17 de las FARC, *"precisamente porque hay una nulidad rampante conforme al numeral primero del artículo 388 del Código Penal Militar"*.

VII. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Conforme lo establecido en el artículo 203.3 del Código Penal Militar, en armonía con lo estipulado en el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, corresponde al Tribunal Superior Militar conocer del presente recurso de apelación.

Sabido que la competencia es presupuesto para administrar justicia en un asunto particular y concreto, al ser corolario del principio de legalidad del Juez, necesario es revisar, ante el pedimento de la señora Procuradora *Ad quem*, lo referido a la falta de competencia de esta jurisdicción para conocer de la actuación, por cuanto en el evento de prosperar tal argumento haría superfluo abordar las manifestaciones del apelante.

i) Del acto del servicio: Debe recordar la Sala al Ministerio Público ante esta Corporación que conforme al artículo 116 de la Constitución, la Jurisdicción Especializada, administra justicia dentro del ámbito de su competencia, que se define de la necesaria sistemática como se ha de leer la Carta Política, y que nos lleva a las voces del artículo 221 y la Ley Penal Militar, como aquella que se adquiere cuando el delito dispuesto en el Código Penal Militar o Código Penal común⁹ se comete por un miembro de la Fuerza Pública en servicio activo y el reato surge como consecuencia o se deriva de un acto del servicio. Así, el precitado canon, que fuera modificado mediante el Acto Legislativo 01 de 2015, establece lo que se conoce como el fuero militar y policial y encarna el derecho que tiene los miembros de la Fuerza Pública al juez natural, esto es, a ser investigados y juzgados por una jurisdicción especializada, como es

⁹ Artículo 20 y 171 de la Ley Penal Militar. Artículo 20. **Delitos.** Los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública son los descritos en este Código, los previstos en el Código Penal común y en las normas que los adicionen o complementen. (...). Artículo 171. **Delitos comunes.** Cuando un miembro de la Fuerza Pública, en servicio activo y en relación con el mismo servicio, cometa delito previsto en el Código Penal Ordinario o leyes complementarias, será investigado y juzgado de conformidad con las disposiciones del Código Penal Militar”.

la Justicia Penal Militar. Se dispone entonces que los destinatarios de la ley penal militar y policial son única y exclusivamente militares y policías que cometen delitos en servicio activo y que la conducta punible se derive o surja de un acto del servicio. La Honorable Corte Constitucional, como la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en reiteradas decisiones, han enseñado que dos son las condiciones que se requieren para que la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública sea de conocimiento de la Jurisdicción Especial: a) Que el imputado al ejecutar la conducta punible se encuentre en servicio activo, y b) Que el delito guarde relación con el servicio.

Consecuente con lo anterior, los elementos para que opere el fuero y subsiguientemente adquiriera competencia la Justicia Militar son el subjetivo personal y objetivo funcional, aquél comporta estar en servicio activo y éste que la conducta tenga origen en un acto del servicio; por ello el concepto servicio no puede ser visto obtusa o restrictivamente sino a partir de la multiplicidad de actos que ejecuta el miembro de la Fuerza Pública para alcanzar la finalidad Constitucional prevista en los artículos 2, 217 y 218 de la Carta Magna, esto es, actos y funciones que se derivan de la labor de incorporación, de instrucción y entrenamiento, de administración y logística, de inteligencia, de la tarea operacional y operativa, de la acción integral, de la contrainteligencia, de

las comisiones administrativas, etc.; por lo que el acto del servicio es el camino para lograr el fin constitucional que justifica la existencia de la Fuerza Pública, por ello se entiende que el acto del servicio se dimensiona con el concepto de función, lo que permite concebir las conductas de conocimiento de la Justicia Penal Militar, como lo indicó nuestra Corte Constitucional: *"En efecto, la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la fuerza pública. El uniforme del militar, por sí sólo, no es indicativo de que lo que hace la persona que lo lleva sea en sí mismo delito militar; por lo tanto, deberá examinarse si su acción o abstención guarda relación con una específica misión militar"*¹⁰.

Significa lo anterior que el acto del servicio, *per se*, es lícito, lo que ocurre es que se aprovecha de éste, el ejercicio de la función para cometer el delito, es el acto del servicio, entendido en la dimensión propuesta en precedente acápite, el que brinda la oportunidad para delinquir, para extralimitarse, lo que genera el claro vínculo de origen que lleva a que haya relación con el servicio y consecuentemente competencia de la Justicia Especializada para conocer del punible, postulado que ratificó la Corte

¹⁰ Corte Constitucional C-358 de 1997.

Constitucional en sentencia C-878 de 2000, pero precisando, al estudiar el artículo 3° del Código Penal Militar, que delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada, en ningún caso tienen relación con el servicio, lo que fue complementado en el artículo 3° de la Ley 1407 de 2010 "Nuevo Código Penal Militar".

El elemento **subjetivo** personal comporta estar en servicio activo al momento de la comisión del delito, en tanto que el **objetivo** funcional sugiere que el injusto surja o tenga su génesis en el ejercicio de la función que se expresa en diversidad de actos, como se ha expresado. Resulta oportuno evocar, en punto de los elementos citados la propuesta aristotélica que cobra vigencia sobre lo que se ha sabido llamar la Ética de la virtud, ética de los deberes, lo que corresponde hacer, lo que se debe hacer en situaciones concretas, y se expresa en sistemas sociales regidos por una jerarquía de las funciones, identificado por el cumplimiento de roles, determinaciones de los deberes que hay que acatar; lo que replanteado por Hegel conlleva a la construcción de postulados que se acogen en el funcionalismo moderado de Roxin o el extremo y sistémico de Jakobs.

En ese sentido cuando se cumple una función legítima, como estar de servicio de centinela, que brinda la oportunidad para la comisión del delito por parte del miembro de la Fuerza Pública, la

competencia es de la Justicia Penal Militar, pues ella no debe entenderse limitadamente, como parece entenderlo el Ministerio Público, sino en su justa dimensión; como lo ha señalado nuestra Corte Constitucional por servicio se entiende "la sumatoria de las misiones que la Constitución y la ley le asigna a la fuerza pública, las cuales se materializan a través de decisiones y acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento jurídico". En efecto, la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesario emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la fuerza pública (...) "¹¹, esto es, cuando la conducta punible se comete en ese universo de situaciones que encarnan el acto del servicio, tanto delito militar como común o dispuesto en el Código Penal, y como consecuencia de un acto del servicio, tal y como lo consagran los artículos 20 y 171 del Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010, la competencia radica en la Justicia Penal Militar y Policial; como también lo enseñó la Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005 al precisar:

¹¹ C- 358 de 1997 Ibíd. También debe recordarse lo que en otras oportunidades hemos planteado en la academia respecto a que en punto de la *relación con el servicio*, la jurisprudencia ha sido reiterativa al indicar que no puede entenderse como una conexión genérica que se presente entre el servicio activo y la conducta punible que realiza quien lo presta, sino que es necesario determinar un vínculo entre el comportamiento constitutivo de infracción a la ley penal y los deberes que constitucional y legalmente le competen a esos servidores públicos, toda vez que tales preceptos imponen límites dentro de los cuales se puede actuar en un Estado Social de Derecho. La relación con el servicio emerge de la desviación, extralimitación o abuso de la función, es decir, de la actividad propia del servicio, desvío, exceso o arbitrariedad que se constituye en la conexión entre el comportamiento constitutivo de la infracción a la ley penal y los deberes que constitucional y legalmente le competen a los miembros de la Fuerza Pública, en esa medida, cuando se realiza la conducta punible durante la ejecución de la actividad lícita del servicio, con desviación, extralimitación o abuso del cargo o la función y se incurre en una conducta punible, necesariamente debemos concluir que existe una relación directa con el servicio.

"(...) En otras palabras, una interpretación sistemática del artículo 221 Constitucional con la expresión "Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio", del primer inciso del Acto Legislativo 03 de 2002 conduce a afirmar que la jurisdicción penal ordinaria es incompetente para conocer de aquellos delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo (...)".

Establecido que para el momento de los hechos Cesar Leonardo Pacheco Tafur era militar en servicio activo, esto es, soldado del Batallón de Artillería No. 9 "Tenerife", asignado a la Base militar Cerro Neiva, y nombrado para cumplir turno de centinela el 22 de abril de 2012, de 22:00 a 01:00 horas del día siguiente, se ha de afirmar que se probó certeramente que en esa condición y lapso tuvo lugar los hechos investigados y que fue el momento donde aquel tuvo acceso de forma irregular a los bienes objeto de apropiación y hurto. Bajo esta perspectiva, el apoderamiento del material bélico que hiciera el soldado Pacheco, tanto del suyo a título de peculado sobre bienes de dotación, conformado por un fusil galil, cinco proveedores metálicos y 525 cartuchos calibre 5.56 mm; y el de sus homólogos consistente en dos ametralladoras, otro fusil galil, un lanzagranadas tipo MGL, veintiocho granadas de 40 milímetros, cinco proveedores más, 175 cartuchos calibre 5.56 mm y 300 cartuchos calibre 7.62 milímetros de munición

eslabonada, se reputa como delito perfecto, pues se pudo disponer de los elementos objeto de peculado y hurto, al superar la esfera de control, como señor y dueño; tarea delictiva que pudo realizar al aprovechar el momento en que se encontraba de centinela. Insistimos, calidad de la cual se vale y que consecuentemente conlleva a que aproveche que sus compañeros se encontraban descansando; lo que, una vez más, sugiere una condición de servicio y la extralimitación del mismo, es decir, se vale de la función para planear, ejecutar y consumir los diversos injustos por los que fue acusado y condenado.

Ahora bien, el soldado Pacheco Tafur no era un recluta o bisoño militar, ya contaba con un período de formación superado, y el argumento respecto a que ingresó al Ejército con el fin de hurtar material por orden de la guerrilla, no genera el presupuesto de un propósito criminal *ex ante*, pues de una parte este designio hace referencia es a la función, esto es, a la necesidad de salirse del acto del servicio para alcanzar el cometido, y no la naturaleza o clase de delito, pues una cosa es la etapa del delito o su proceso ejecutivo, expresado en: ideación, preparación, ejecución y consumación, propio de los delitos dolosos, como el que nos ocupa, y otra bien distinta el propósito criminal *ex ante*, entender toda intención o idea como condición para que no haya relación con el servicio, no sólo es desconocer el proceso ejecutivo del delito, sino vaciar de contenido la competencia de la Justicia

Militar que conoce de injustos por esencia y excelencia dolosos, salvo las hipótesis de culpa o preterintención, en donde para la estructuración de delitos dolosos hay que agotar los cuatro momentos del delito o su proceso ejecutivo. En consecuencia, el que Pacheco hubiese sido miembro de un grupo organizado al margen de la ley, que hubiese ingresado al Ejército con el propósito de servir a los intereses de las FARC no genera, *per se*, el propósito criminal *ex ante* a que alude la sentencia C-358 de 1997, por las razones ya expuestas y porque el delito cometido acontece en desarrollo de su servicio militar y valiéndose en su génesis de un acto lícito, como era en particular el servicio del centinela.

Bajo esta perspectiva, corresponde afirmar que la conducta del procesado, SLC. Pacheco Tafur Cesar Leonardo, se desarrolló dentro de las dos condiciones previstas por el artículo 221 de la Constitución Política, pues ninguna dificultad se ofrece cuando se hizo por la Falladora la adecuada valoración y razonamiento en relación con el primero de los requisitos, vale decir, la condición de miembro de la Fuerza Pública en servicio activo del precitado bajo banderas para la data de los hechos, pues ello se halla suficientemente demostrado dentro del proceso, como tampoco es objeto de reproche por el apelante ni la representante del Ministerio Público ante la primera instancia, si el delito imputado al procesado guarda relación con el servicio, pues lo tenían claro. Luego la tesis de la

Procuraduría ante el Tribunal carece de sustento, su esbozo argumentativo plasmado en el concepto, respecto a la falta de competencia de esta jurisdicción por ausencia del elemento objetivo, es infundada y contraría la argumentación precedentemente plasmada, por lo que se desestima.

ii) del momento consumativo de los delitos del centinela, hurto de armas y bienes de defensa, y peculado sobre bienes de dotación: En el caso en concreto encuentra la Sala que en diligencia de indagatoria el SLC. Pacheco Tafur Cesar Leonardo indicó que el día del acometimiento fáctico investigado estaba nombrado para prestar turno de centinela en la base militar Cerro Neiva de 22:00 a 01:00 horas del día siguiente, función que recibió sin ninguna novedad; pero durante ese lapso es que deja de cumplir con su deber funcional de seguridad y vigilancia en el puesto que se determinó, no sólo al faltar a las consignas generales de un centinela, como lo dispone el artículo 112 del Código Penal Militar y que se llenan de contenido con lo dispuesto en el Reglamento de Servicio de Guarnición, el cual concibe al centinela como el que cumple una vital función en la actividad militar, pues se convierte en los ojos y oídos de la Unidad, su responsabilidad se proyecta a la integridad de individuos y bienes, vigilancia y seguridad de instalaciones, del personal y elementos que allí se encuentran; es la primera línea de defensa, por lo que no asalta el juicio afirmar que su presencia se torna importante de cara a la realidad Colombiana

donde se viven condiciones de inseguridad y riesgo potencial, razón por la cual el Legislador ha erigido el injusto del centinela en delito de peligro, de mera conducta, y determinando un fenómeno pluri-comportamental, por lo que lo previó como aquellos delitos de ámbito de protección ex ante.

Resulta oportuno evocar lo que al respecto señalara la Sala, sobre la importancia del centinela en la actividad de la Fuerza Pública:

"(...) El oficio de centinela, como se sabe, es de capitalísima importancia en las funciones de la milicia, porque del puntual, estricto y alerta servicio de vigilancia dependen, casi por entero, la seguridad de los Ejércitos y la eficacia de su acción defensiva, no solamente cuando se hallan en campaña, durante las duras y agotadoras jornadas de tensión bélica, respirando ráfagas de pólvora y de muerte, a la espera de sorpresivos ataques enemigos; sino también en el tranquilo discurrir de los días de rutina, en épocas de orden y de paz. Sencillamente porque, en todos los tiempos, la imprudencia será siempre la antesala de la calamidad, y porque los azares y los riesgos únicamente los conjura y detiene el espíritu de prevención. La atención vigilante del centinela, desplegada a toda hora sobre el ámbito de los cuarteles, es el genio tutelar de las tropas. Por sus ojos y sus oídos, ve y oye ese cuerpo gigante, lento y parsimonioso, que es el organismo militar, y precisamente por eso se le denomina también "veedor" y "escucha". Ha de tener como argos una jauría despierta de cincuenta miradas, y la oreja profunda y ubica de Dionisio, que según la leyenda, percibía hasta las palpitaciones del pensamiento.

Hablando de la inevitable y encadenada vinculación social del género humano decía Dostoiewski con palabras proféticas: "Cada uno es responsable de todos y todos de cada uno". Y la genial sentencia rige como un axioma y gobierna con rígido imperio las relaciones solidarias de la vida militar, puesto que en ella el centinela viene a ser como el depositario y hasta el dispensador de la suerte de los demás.

La seguridad y la eficiencia operativa de los Ejércitos dependen, pues, por la mayor parte, de la diligencia atención y puntualidad de sus escuchas y atalayas (...)^{9"12}

En su función de vigilancia y seguridad, el centinela se estructura en la primera línea de defensa de personas, bienes e instalaciones, por ello este servicio lo prestan los soldados que han superado las fases de instrucción, pues en el centinela se confía la vida de sus homólogos y la seguridad de los bienes, lo que se espera es que los proteja y no, a contrario, los socave, como paradójicamente aconteció en este caso. Como se ha señalado, incurre en el punible del centinela el soldado Pacheco al dejar de cumplir su deber funcional de seguridad y al separarse de su puesto para alcanzar el propósito delictual, convirtiéndose el injusto contra el servicio, dentro de la estructura del concurso de punibles que se le endilgó, en el delito medio, para estructurar los delitos fin que eran el peculado sobre bienes de

¹² Sala Cuarta de Decisión. Rad. 156393 del 09 de marzo de 2010. MP. TC. Camilo Andrés Suárez Aldana.

dotación y hurto de armas y bienes de defensa. En consecuencia, no hay asomo de duda de su responsabilidad en punto del injusto del centinela.

En cuanto hace a los reatos de peculado sobre bienes de dotación y hurto de armas y bienes de defensa que se expresan en lazos de conexidad consecuencial y conllevan a la estructuración de concurso heterogéneo de delitos, se ha de señalar que esa condición de centinela el soldado Pacheco manifestó que la aprovechó, pues tenía la *"orden de irme ese día para la guerrilla, a las 10 y 22 de la noche yo me fui, y lo que me lleve era el armamento, yo estaba infiltrado en el ejército por una misión que me había dado el comandante 17"*, la que consistía en sacar esa noche, de manera subrepticia, bastante material bélico, pero solamente logró entregarle a *"MANUEL... una ametralladora y un MGL"*; a pesar de aceptar haber logrado llevarse *"dos ametralladoras calibre 7.62, dos fusiles 7.56, un lanzador múltiple de granadas, un MGL, el chaleco de la ametralladora, el chaleco mío y del MGL con 4 proveedores y 392 cartuchos, 525 cartuchos de mi fusil, del otro fusil llevaba un proveedor, cananas"*¹³ aduce que debido a que no llegó una escuadra que habían planeado con antelación le enviarían para que le ayudara a llevar los elementos, debió dejar oculto algunos *"debajo de un cerco, media falda"* de la Base, llevándose solamente *"una ametralladora y el lanzador múltiple de granadas, el chaleco de la ametralladora y 12*

¹³ Folio 301 C.O.

granadas". Asegura que antes de ingresar al Ejército trabajaba en *"las milicias clandestinas haciendo la inteligencia a unos desertores de las FARC y entrando material como era explosivos, granadas, cordón detonante, munición calibre 7.62"*. Lo que estructura una confesión cualificada y por ello no susceptible de rebaja alguna.

Encuentra la Sala que el A quo valoró adecuadamente la prueba y que en efecto en las conductas endilgadas al soldado Pacheco, se hace palmaria la superación de la esfera de control pues pudo disponer de los bienes con ánimo de señor y dueño, lo que permite inferir el provecho propio o en favor de terceros, y no como lo plantea la representante del Ministerio Público que concibe la tesis del delito imperfecto. Razón por la cual replica el Colegiado para afirmar que, conforme al acervo probatorio militante, los bienes sí salieron de la esfera de control, hubo apoderamiento y provecho expresado en la capacidad de disposición de señor y dueño por parte del SLC. Pacheco Tafur. Recordemos que para el caso de delitos contra el patrimonio, o el injusto contra la seguridad de la Fuerza Pública, como es el hurto de armas y bienes de defensa, y aun concebible en el punible contra la administración pública, se ha de verificar el apoderamiento, el superar la esfera de control y el provecho para sí o un tercero que se expresa en la capacidad de disponibilidad; así, lo que muestra la prueba es que Pacheco sacó los elementos de la Unidad y pudo disponer de ellos ocultándolos tras

superar el control, momento en que los delitos de hurto y peculado son perfectos o consumados.

Para ofrecer una mayor precisión respecto del punible de hurto de armas y bienes de defensa, es menester recordar a la Procuraduría que éste es un tipo penal de resultado por excelencia, que para su realización demanda verificar tanto ingredientes normativos como subjetivos del tipo, que de no existir en la redacción de la norma se correría el riesgo de sancionar conductas inocuas; por ello el Legislador de 2010, en la Ley 1407¹⁴, incorporó tal descripción comportamental, estableciendo que el sujeto activo *"se apodere de armas, municiones, material de guerra o efectos destinados a la seguridad o defensa nacional, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro"*, lo que significa que en la acción de despojo el agente entra en el dominio material del bien; concomitantemente exige que debe observarse la existencia de propósito de obtener provecho para sí o para otro. Tras discutirse en la jurisprudencia y doctrina sobre el momento consumativo del hurto y divagarse referente a si se acogía la tesis de la *aprehensio rei*, la *amotio*, la *illatio rei*, la *ablatio* o la *locupletatio*; el Legislador Colombiano optó por la teoría de la "disponibilidad" que se recoge de criterios del Profesor Sebastián Soler, que significa la posibilidad inmediata de realizar materialmente actos dispositivos sobre el bien.

¹⁴ Que fuera modificado el artículo 100 de la Ley 1765 de 2015 y lo determina como el nuevo artículo 154 A de la Ley 1407 de 2010.

Conforme a esta hipótesis el hurto se consuma "(...)
Cuando el sujeto agente ejecuta el desplazamiento de
la cosa a su ámbito de poder, con lo cual destruye
de hecho la relación posesoria del sujeto pasivo y
establece un nuevo contenido fáctico. (...) la noción
de esfera de poder es jurídica, porque la conforma
el campo de la influencia de las relaciones
patrimoniales de la víctima y del agente, relaciones
estas que guardan secuencias sin existir de manera
simultánea (...) Los actos anteriores al inicio de la
violación de la esfera de custodia solo se reputarán
como preparatorios (...)"¹⁵

El propósito de obtener provecho puede ser para
sí o para un tercero, siendo allí donde descansa el
elemento subjetivo del tipo. En el evento de cosas
custodiadas es indispensable, para entender consumado el
injusto de hurto, que el objeto materia de apoderamiento
sea sacado del lugar donde es vigilado, toda vez que
mientras la relación de dominio subsista, esto es,
permanezca en la esfera de protección del poseedor o
propietario, la conducta no se concibe ejecutada. Por lo
tanto, mientras no se afecte o se pierda definitivamente
la facultad de disposición sobre la cosa, resulta claro
que el interés penalmente tutelado del patrimonio no se
vulnera cabalmente; por ello en eventos de persecuciones
entre propietario o poseedor y "ladrón", no se puede
aseverar que el punible es perfecto, porque éste no ha
ejercido aun la potestad de disponer libremente del
bien, caso en el cual se estará en delito tentado.

¹⁵ Lecciones de Derecho Penal parte especial. Universidad Externado de Colombia. Pág. 752

Al concitar la estructura dogmática del injusto de hurto con el episodio fáctico objeto de estudio, por ahora y conforme a lo obrante, resulta que el S.E. se apropió del radio, delito perfecto, que recae cuando se apodera del bien o efecto destinado a la defensa nacional, no a otro propósito, adquirido y destinado a la unidad militar para facilitar la defensa nacional, conforme lo dispone el numeral 5 del artículo 79 del Decreto 2474 de 2008, norma a la que se acude por tratarse de un tipo penal en blanco el canon 168 endilgado (...)"¹⁶

Bajo este entendido debe recordarse a la señora Procuradora que conforme a la teoría de la disponibilidad, para efectos del punible de hurto, no basta con el traslado de la órbita de custodia sino que además es necesaria la disponibilidad para hablar de delito perfecto, lo que se expresa cuando se ejerce sobre el bien actos de señor y dueño, es decir, enajenándolo, ora regalándolo, ora quedándose con él, o disponiendo del bien de la forma que quiera, tirándolo, vale decir, que el sujeto agente pueda ejercer de manera indiscriminada todas y cada una de las facultades de dominio inherentes al derecho de propiedad, es allí donde se expresa y materializa el provecho para sí o para otro.

El propósito de obtener provecho puede ser para sí o para un tercero, siendo allí donde descansa el elemento subjetivo del tipo. En el evento de cosas custodiadas es indispensable, para

¹⁶ Sala Cuarta de Decisión. M.P. CR. Camilo Andrés Suárez Aldana. Rad. 157278. 12 de abril de 2012

entender consumado el injusto de hurto, que el objeto materia de apoderamiento sea sacado del lugar donde es vigilado, toda vez que mientras la relación de dominio subsista, es decir, permanezca en la esfera de protección del poseedor o propietario, la conducta no se concibe ejecutada.

Al concitar la estructura dogmática del injusto de hurto con el episodio fáctico objeto de estudio, resulta claro el momento consumativo del mismo, como el de peculado sobre bienes de dotación, es decir, no hay duda que el soldado Pacheco logró superar la esfera de control del material, y dispuso de ellos sin limitación, pues no sólo se apropia de varios elementos de dotación propios y de sus compañeros, sino que consigue traspasar el control del esquema de seguridad de la Base y tras superarlo opta por "enterrar debajo de un cerco, media falda" de la Base cierto material. Las circunstancias por las cuales oculta el material, de una parte reafirman la disponibilidad de los bienes a su antojo (señor y dueño), pero de otra, resulta irrelevante esta circunstancia para la estructuración de los reatos endilgados, pues en el momento que los esconde el delito era perfecto, y que no hayan llegado las personas que le ayudarían a cargarlo hasta el lugar que previamente había coordinado como punto de encuentro con los integrantes del grupo al margen de la ley, en nada desnaturaliza las conductas consumadas.

Bajo este entendido, es innegable que la razón está de parte del juzgador primario al encontrar responsable al soldado Pacheco Tafur Cesar Leonardo como autor del delito de hurto de armas y bienes de defensa, punible que se reputa como perfecto.

iii) Del miedo insuperable: En cuanto al argumento planteado en el recurso respecto a que Pacheco actuó con miedo insuperable y que éste se le debe reconocer, debe recordar la Sala que tal situación, conforme la doctrina contemporánea, corresponde a los estados pasionales asténicos "no constitutivos de otra causal de exclusión de culpabilidad o responsabilidad (...) se consagra el miedo insuperable como excluyente autónomo de la responsabilidad criminal, porque se parte del presupuesto que su naturaleza jurídica no es la de ser una causal de inimputabilidad, ni una modalidad del estado de necesidad excluyente de la culpabilidad, sino un caso de no exigibilidad de otra conducta(...) Es indispensable que el comportamiento realizado por el agente haya sido provocado y para que se configure requiere los siguientes requisitos: a) la existencia del miedo; b) la insuperabilidad; y c) la eficacia motivadora"¹⁷

Esta causal está dispuesta como de ausencia de responsabilidad en el artículo 33-9 del Código Penal Militar, y que para su estructuración, a más de lo anterior, requiere verificar que el estado

¹⁷ Derecho Penal Parte General .Fernando Velásquez. Editorial Comlibros. Pág. 846. Cuarta edición.

emocional explique el injusto, que el miedo sea el único móvil que induzca al agente a actuar y no otros cambios emocionales como rencor, desquite o venganza, o enemistad. El Profesor Emilio Mira López, citado por el doctor Javier Díaz Martínez, plantea que el miedo presenta varias fases: "(...) a- Prudencia: donde el sujeto se muestra cauto y reflexivo, no quiere entrar en conflicto; b- Cautela: aunque el sujeto siente temor tiene manejo de la situación y de sus movimientos; c- Alarma: el sujeto ya es consciente de la situación amenazante, existe gran desconfianza, su conciencia y prospección disminuyen; d- Angustia: el individuo pierde el control, está ansioso y angustiado hay mezcla de temor y furor incontenibles; e- Pánico: el individuo no actúa con conciencia y dominio; y f- Terror: que es el grado máximo de intensidad del miedo (...) "¹⁸.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

"(...) 3.1. En relación con el miedo insuperable previsto en el numeral 9° del artículo 32 del CP, la Corte se pronunció sobre su naturaleza y requisitos para que se pueda admitir como eximente de responsabilidad en los siguientes términos:

El miedo, según el Diccionario de la Academia, es la perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o daño real o imaginario; "recelo o aprensión que uno tiene de que le suceda una cosa contraria a lo que se desea". Esta circunstancia puede afectar la conducta del

¹⁸ Justicia Penal Militar. Revista Especializada No. 9, 2009. Pág. 47

sujeto dependiendo de su intensidad, del grado que alcance el estado emocional, que según el tratadista Emilio Mira y López comprende seis fases bien caracterizadas, a saber:

Primera fase que se denomina prudencia, en la que el sujeto todavía es previsor, reflexivo, en el plano objetivo no quiere entrar en conflicto; una segunda llamada cautela, en la que el sujeto está atemorizado pero domina sus respuestas ante la situación, hay exaltación anímica pero controla sus movimientos; la tercera fase denominada alarma en la cual el sujeto ya es consciente de la situación intimidante, hay alarma y gran desconfianza, su conciencia y prospección disminuyen; la cuarta corresponde a la angustia donde definitivamente el individuo pierde el control, está ansioso y angustiado, hay mezcla de temor y furor incontenibles, aparece la cólera; la quinta llamada la fase del pánico, en la que la dirección de la conducta es automática, es decir que el sujeto no obra con conciencia y dominio, pueden presentarse impulsos motores de extraordinaria violencia en los cuales no se puede interferir, el sujeto escasamente se da cuenta de lo que ocurre o realiza; y la sexta, grado máximo de intensidad del miedo desencadena en terror, estado en el que hay una anulación del individuo, quien apenas conserva las actividades neurovegetativas mínimas para subsistir, pero no hay vida psíquica y puede llegar hasta la muerte¹⁹.

Dependiendo de la fase emocional que alcance el sujeto, la conducta se verá afectada en distintos grados y por consiguiente son diversas las consecuencias jurídicas, según si se encuentra en una situación en la que no puede exigírsele un comportamiento distinto al desplegado, caso en el cual el estado emocional podrá incidir en el ámbito de la culpabilidad, o si definitivamente se altera la capacidad mental, caso en el cual se afectará el ámbito de la imputabilidad.

En este punto, la doctrina no ha sido uniforme, pues mientras unos se inclinan por considerar que el miedo insuperable excluye la

¹⁹ MIRA Y LÓPEZ, Emilio. Cuatro Gigantes del alma. Librería el Ateneo Editorial, Florida 340-Buenos Aires, 1962, pág. 43 y ss.

antijuridicidad, otros opinan que es una causa de inimputabilidad análoga al trastorno mental transitorio, y los demás, que se inscriben en la posición dominante, propugnan por una causa de inculpabilidad por "constituir un supuesto de inexigibilidad de otra conducta a un sujeto concreto en una situación concreta al ser legítima la resolución parcial del conflicto conforme a sus propios intereses bajo ciertos y determinados respectos"²⁰.

La legislación colombiana no tiene tradición en la previsión del miedo como causal excluyente de responsabilidad, pero sí como circunstancia atenuante de la punibilidad, así, por ejemplo, el Código Penal de 1936 incluía en el artículo 38-3 como circunstancia de menor peligrosidad "el obrar en estado de pasión excusable, de emoción determinada por intenso dolor o temor, o en ímpetu de ira provocada injustamente"; por su parte, el artículo 64-3 del decreto 100 de 1980, incluía como circunstancia de atenuación punitiva "el obrar en estado de emoción o pasión excusables, o de temor intenso", y en el Nuevo Código Penal [Ley 599 de 2000], artículo 55-3, se reitera como circunstancia de menor punibilidad "el obrar en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso".

El temor intenso, estado de emoción o pasión excusable, contemplado en nuestra codificación como circunstancia de menor punibilidad [Ley 599 de 2000, artículo 55-3]... no puede confundirse con el miedo insuperable, que consagra el Nuevo Código Penal como causal de ausencia de responsabilidad en el artículo 32-9, bajo la fórmula de que no habrá lugar a responsabilidad cuando "se obre impulsado por miedo insuperable".

En la exposición de motivos al proyecto de ley por el cual se expidió el Nuevo Código, se afirma la necesidad de su regulación "toda vez que tal situación, que desde el punto de vista psicológico está muy cercana a la insuperable coacción ajena, no queda comprendida en ésta por la exigencia de una conducta proveniente de un tercero".

²⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Lecciones de Derecho Penal. Volumen II, Editorial Trotta S.A., Madrid, 1999, págs. 381,382.

El miedo al que aquí se alude [Ley 599 de 2000, artículo 32-9] es aquél que aún afectando psíquicamente al que lo sufre, no excluye la voluntariedad de la acción, pero si lo priva de la normalidad necesaria para poder atribuirle responsabilidad penal. El término "insuperable" ha de entenderse como "aquello superior a la exigencia media de soportar males y peligros"²¹. Por lo tanto, no puede admitirse un miedo insuperable cuando se está ante una situación perfectamente controlable por un ciudadano común, pero que otro sujeto por su carácter pusilánime no tolera, prefiriendo cometer el delito. La insuperabilidad del miedo se constituye entonces en una condición normativa necesaria para que el miedo tenga eficacia como eximente de responsabilidad.

La Sala... encuentra que para la configuración del miedo como eximente de responsabilidad es necesario que converjan los siguientes presupuestos esenciales:

- a) La existencia de profundo estado emocional en el sujeto por el temor al advenimiento de un mal.
- b) El miedo ha de ser insuperable, es decir sólo aquel que no deje al sujeto ninguna posibilidad de actuar como lo haría el común de los hombres.
- c) El miedo debe ser el resultado de una situación capaz de originar en el ánimo del procesado una situación emocional de tal intensidad que aunque no excluye totalmente la voluntariedad de la acción, sí enerva la fuerza compulsiva necesaria para autodeterminarse.
- d) El miedo debe ser producto de una serie de estímulos ciertos, graves, inminentes y no justificados.²²

En posterior pronunciamiento la Sala trató la diferencia entre la insuperable coacción ajena y el

²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, pag. 410

²² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, *Sentencia* de diciembre 12 de 2002, radicado 18983, criterio reiterado en *Sentencia* de noviembre 28 de 2005, radicado 19840.

obrar impulsado por miedo insuperable como causales de ausencia de responsabilidad, al expresar:

En efecto, como lo ha dicho la Corte, la insuperable coacción ajena como causal de ausencia de responsabilidad, para que constituya circunstancia eximente de la misma, debe consistir en un acto de violencia moral verdaderamente irresistible generado por otra persona, que tenga por causa un hecho verdaderamente ajeno a la voluntad del agente, que lo obligue a ejecutar aquello que no quiere, sustentado en el miedo o en el temor y la voluntad de evitarse el daño amenazado.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define al miedo como la "perturbación angustiosa de ánimo por un riesgo o daño real o imaginario...".

Así, el miedo a que hace referencia la insuperable coacción ajena es aquel que sufre el individuo por actos de otras personas que lo logra afectar síquicamente sin excluir la voluntariedad de la acción, pero sí lo priva de la normalidad necesaria para poder atribuir responsabilidad penal, por estar fuera del dominio el control de la situación, haciendo que esa emoción supere la exigencia de soportar males y peligros.

Es decir, en el supuesto de la insuperable coacción ajena el individuo se doblega ante la amenaza de otra persona de sufrir un mal contra bienes jurídicos propios y/o ajenos, realizando un comportamiento sin que hubiese perdido consciencia del peligro y de la acción.

En el mismo sentido, con la expedición de la Ley 599 de 2000, se consagró como causal de ausencia de responsabilidad la de obrar "impulsado por miedo insuperable" (artículo 32, numeral 9°) que, de acuerdo con la exposición de motivos del proyecto que presentó la Fiscalía General de la Nación, "tal situación, que desde el punto de vista psicológico está muy cercana a la insuperable coacción ajena, no queda comprendida en ésta por la exigencia de una conducta proveniente de un tercero".

La diferencia entre obrar "bajo una insuperable coacción ajena" y obrar "impulsado por miedo insuperable", consiste en que la primera el miedo tiene su génesis en el comportamiento arbitrario e ilegal de otra persona patentizado en una fuerza irresistible tendiente a condicionar la voluntad del sujeto con el fin de que realice una acción determinada; mientras que en la segunda el miedo surge en el ánimo del hombre sin que exista coacción o intimidación, en la medida en que el mismo puede provenir antes peligros reales o imaginarios o tratarse de miedo instintivo, racional o imaginativo (...)²³

Al respecto ha de señalar la Sala, conforme a la prueba obrante, que lo que guió la conducta del soldado Pacheco no fue un estado emocional de carácter insuperable, que haya tenido la potencialidad de condicionar su esfera cognitiva y volitiva, menos aún que estuviera ante una situación incontrolable, a contrario, era perfectamente manejable máxime cuando se trataba de un soldado con relativo grado de antigüedad, contaba con superiores a quienes les podía comentar su problema, si es que existía. Nada indica que estuviera influido por miedo insuperable frente a un riesgo real, inminente e insuperable; por el contrario, como se demostró, actuó con conciencia y voluntad final de acción, con plan de autor, y como una expresión de su tarea delictiva, como una "misión" o labor más, en el contexto de expresiones de ventaja, rencor, insidia, venganza, o postura del enemigo, dentro del accionar delictual. Obsérvese, que sus homólogos lo señalaban como alguien sin problemas, que no había manifestado dificultad alguna, y el propio soldado Pacheco en su injurada refiere: que tenía la "orden de irme" ese día para la

²³ Sala de Casación Penal Rad. 32.585. M.P Yesid Ramirez Bastidas. Mayo 12 de 2010.

guerrilla, a las 10:22 de la noche se fue, y se llevó el armamento; manifiesta que estaba infiltrado en el Ejército "por una misión que me había dado el comandante 17", la que consistía en sacar esa noche, de manera subrepticia, bastante material bélico, pero solamente logró entregarle a "MANUEL... una ametralladora y un MGL"; a pesar de aceptar haber logrado llevarse "dos ametralladoras calibre 7.62, dos fusiles 7.56, un lanzador múltiple de granadas, un MGL, el chaleco de la ametralladora, el chaleco mío", es decir, el material apropiado. Aseguró igualmente, que antes de ingresar al Ejército trabajaba en "las milicias clandestinas haciendo la inteligencia a unos desertores de las FARC y entrando material como era explosivos, granadas, cordón detonante, munición calibre 7.62".

Las manifestaciones esbozadas no son propias de una persona inexperta o intimidada que actúa temerosa o paralizada por el miedo al punto que no lo pueda superar, a contrario, su manifestación denota experiencia, habilidad, preparación, capacidad de entrenamiento y especialidad para desarrollar una "misión" como la que le encomendaron. Por lo que no se trata de un inexperto y asustado aprendiz de su tarea subversiva sino de una persona versada en las labores de infiltración, tanto que no fue detectado sino hasta que tienen lugar estos acontecimientos. No puede desatenderse que en este caso las reglas de la experiencia, derivadas de nuestro conocimiento por más de veinticinco años en la vida militar, enseñan que para este tipo de labores las FARC o cualquier

grupo organizado al margen de la ley, no encargan a principiantes y atemorizados guerrilleros de base, sino a personas entrenadas, preparadas en aspectos tácticos, de inteligencia y contra inteligencia, en persuasión y con capacidad de sostener una historia o fachada, así como en habilidades especiales para permanecer en filas sin ser detectado, vale decir, se dispone de alguien que tenga el arrojo y la habilidad de hurtar las armas y apropiarse de las mismas, como en efecto lo hizo.

Lo que se avizora es que Pacheco actúa con destreza, controla la situación, no procede intimidado o coaccionado, sino que en su habilidad determina el momento y la forma para apropiarse de los bienes y alcanza su designio, en ello, insistimos, no se vislumbra el temor, la afectación de la esfera volitiva al punto que no lo puede superar. Por ello razón tiene la Juez Primaria cuando expresa: *"la insuperabilidad exige que el sujeto no pueda estar en capacidad de liberarse de dicho temor que le imprime la posibilidad de un mal futuro, pero en este caso se advierte que el procesado bien pudo informar a sus superiores militares la supuesta orden que le habían dado integrantes del frente 17 de las FARC, con el propósito de hallar una solución sin trasgredir mandato legal alguno, prueba de ello es la misma aseveración realizada por Pacheco cuando señala que meses después de la ocurrencia de los hechos investigados tomó la decisión de desmovilizarse de las filas guerrilleras y entregarse al Ejército, lo*

que bien pudo hacer antes de cometer las conductas delictivas objeto de estudio. Comportamiento que permite colegir que el saqueo (sic) del armamento fue "una actividad coordinada con el grupo guerrillero al que pertenecía" pero que en ningún momento le generó amenazas contra él o sus familiares, pero sí deja entrever su voluntad de cometer tal ilicitud, descartándose de plano que sus actos hubiesen sido motivados por el temor a represalias contra su humanidad o miembros de su familia".

Pacheco coordina todo su plan, lo idea, lo preparara, busca la ocasión, lo ejecuta y consuma, con total conciencia del hecho y voluntad de realizarlo, logra superar la esfera de control y coordina con sus secuaces, pero era tal el volumen del armamento que decide ocultarlo tras superar la esfera de control y disponer de los bienes, esto es, actúa con dolo directo; por lo que el argumento planteado por el apelante no está llamado a prosperar.

En cuanto a la calidad del soldado Cesar Leonardo Pacheco Tafur, esto es, como militar activo para el momento de los hechos por los que fue condenado, y su situación de desmovilizado tiempo después; tal calidad y condición no se puede fusionar o equiparar. No puede el apelante desconocer que Pacheco para el momento en que perfecciona el injusto no era un ciudadano del común, no era un particular, se trataba ni más ni

menos que de un Soldado del Ejército Nacional, que fue dado de alta como integrante del 7-C-2011, mediante acto administrativo, expresado en la orden del día número 0253 del 22 de octubre de 2011, por lo que es innegable que Pacheco Tafur era un servidor público, se trataba de un militar en servicio activo el día en que realiza el delito, y no era otra su condición, como erradamente lo pretende aludir el apelante. Su calidad de militar demostrada estructuró el elemento subjetivo personal, requerido para que fuera procesado por esta jurisdicción; lo que permite afirmar que su calidad de servidor público, de militar en servicio activo, tiene presunción de legalidad que no ha sido derruida y que prevalece al momento de los hechos frente a cualquier otra situación.

Entendido que para el momento de la comisión del delito Pacheco era un militar en servicio activo, no puede asociarse su conducta con la de un delincuente del común o de un grupo al margen de la ley, o definirse como la de un guerrillero, sino como la de un militar en servicio activo, que valiéndose de un acto del servicio aprovecha para hurtar y apropiarse de bienes bajo su custodia. En consecuencia, la normatividad que se invoca por el Censor respecto de la desmovilización de Pacheco tiempo después y que hace referencia a la Ley 1421 de 2010 y su Decreto reglamentario, en particular el 1391 de 2011, para nada impacta este proceso penal, menos aún desnaturaliza los injustos endilgados ni su responsabilidad; pues su conducta estuvo

enmarcada dentro de la órbita de un servidor público que se vale de tal condición para delinquir, para cometer conductas punibles que tuvieron relación con el servicio, que impactaron el mismo, la administración pública y la seguridad de la Fuerza Pública, y no, delito político y los conexos con éste, de los cuales no se ocupa esta jurisdicción.

Reitera el Colegiado que la normatividad de que tratan los procesos de desmovilización y sus efectos corresponden es a beneficios por delitos políticos y conexos, los cuales, como se indicó, no son objeto de esta jurisdicción y menos aún de este proceso por el que fue condenado.

Así las cosas, al ser infundados los argumentos del recurrente se desestimaré el recurso y se confirmará íntegramente la sentencia impugnada.

Sin más consideraciones, la Cuarta Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE:

NO ATENDER los argumentos del apelante y, en consecuencia, **confirmar** íntegramente la sentencia calendada veinticinco (25) de noviembre de dos mil quince (2015), mediante la cual la Juez 7° de Instancia de Brigada, condenó al soldado campesino Pacheco Tafur Cesar Leonardo, como autor del concurso de delitos del centinela, peculado sobre

bienes de dotación y hurto de armas y bienes de defensa, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

Coronel **CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA**

Magistrado Ponente

Coronel (RA) **PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA**

Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria

CONSTANCIA SECRETARIAL. Se deja constancia que la presente decisión no es suscrita por el capitán de navío (RA) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA por haber culminado el período para el cual fue elegido como Magistrado de la Corporación, el 28 de marzo de 2016, quedando pendiente el nombramiento del respectivo reemplazo para que integre la Sala Cuarta de Decisión.

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria