

ATAQUE AL SUPERIOR. Elementos que lo estructuran.

“Ahora bien, los siguientes son los elementos que estructuran el punible de ataque al superior, **i)** que el sujeto activo ostente la condición de inferior jerárquico dentro de la organización militar, **ii)** que el sujeto pasivo sea superior al sujeto activo de acuerdo a la organización y jerarquía militar, **iii)** que el ataque se haya producido por las vías de hecho, y por último, **iv)** que aquella conducta naturalmente se produzca con actos relacionados con el servicio.

Desde otra perspectiva el punible de ataque al superior, contiene tanto los elementos objetivos y subjetivos del tipo, como los criterios de antijuridicidad y los de culpabilidad. Desde el análisis del concepto de antijuridicidad que implica la desaprobación del hecho cometido por el sujeto, podemos señalar que en el injusto se examinan las condiciones objetivas del autor, los elementos subjetivos, el dolo y la culpa (desvalor de acción), pero también se examina el grado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado (desvalor de resultado).

Con la claridad teórica anterior, se ha de afirmar que el análisis del punible de ataque al superior, ha de hacerse desde una interpretación fundamentada en el bien jurídico de la disciplina, y desde la misma perspectiva del bien jurídico, ha de desarrollarse la aplicación o no, de la legítima defensa como causal de ausencia de responsabilidad, es entonces este el derrotero para que la Sala aborde si en el punible de

ataque al superior que busca brindar protección al bien jurídico de la disciplina, es viable o no, la figura de la legítima defensa.”

ATAQUE AL SUPERIOR. No admite la figura de la legítima defensa como causal de ausencia de responsabilidad. El agredido no es el sujeto pasivo del delito sino el objeto material sobre el que recae la acción.

“Ahora bien, existen bienes jurídicos cuya titularidad está en cabeza de una persona natural o jurídica y otros bienes jurídicos que se transforman en la titularidad del colectivo social o del sistema jurídico. Frente a los primeros la doctrina es pacífica en el sentido de aceptar la legítima defensa por parte del titular de dicho bien jurídico, pero frente a esos bienes jurídicos del sistema o del colectivo social, no es tan pacífica (Velásquez, 2010)¹.

En el mismo sentido, la doctrina hace referencia a la imposibilidad de la legítima defensa con respecto a bienes jurídicos de titularidad supra individual, bajo la premisa que la redacción de la causal de legítima defensa presupone que ella solo es posible respecto de bienes o derechos individuales o personales (Puente, 2003)², a manera de ejemplo no podrían involucrarse en

¹ **Velásquez Velásquez F.** (2010), *Manual de Derecho Penal*, (p. 69), Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Pág. 492

² **Puente Segura L.** (2003), *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, (p. 167), Bogotá, Ediciones Colex.

la figura de la legítima defensa, la protección de bienes jurídicos como el orden económico y social, la seguridad del Estado, la administración de justicia, por lo que resultaría insensato aceptar el derecho de defensa de los llamados grupos de auto defensa que buscan controlar el orden público bajo el argumento que se está poniendo en peligro la subsistencia del Estado de Derecho y el orden constitucional.

Corolario de lo anterior, se considera entonces que la legítima defensa se configura en la facultad de auto protección, en búsqueda de restablecer el derecho negado por la agresión, lo que implica no sancionar a quien actúa para defender bienes jurídicos individuales o personales, propios o de terceras personas ante una agresión injusta, sin embargo, en el caso sub júdice el SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSE NOLBERTO no puede alegar legítima defensa del bien jurídico de la disciplina, pues él no es el titular de dicho bien jurídico, tampoco es sujeto pasivo del delito, sino que es el objeto material de la conducta inadecuada del suboficial, por ello, no puede alegar defensa propia, tampoco podría alegar defensa del tercero titular de la disciplina -Fuerza Pública- pues la disciplina es un bien jurídico de carácter institucional, el que se defiende a través de la autoridad disciplinaria, de manera que en ambas hipótesis actuar a nombre propio o de un tercero para defender la disciplina, suplanta el régimen

disciplinario y se caería en una justicia de propia mano ilegítima.” (...)

“En el punible de ataque al superior ni el SS. VERGARA LÓPEZ CARLOS ALBERTO ni el SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSE NOLBERTO, son titulares del bien jurídico de la disciplina al ser este un bien supra individual, colectivo, o social, que busca la vigencia de un sistema jurídico y organizacional. En este sentido, si la legítima defensa parte de la premisa del conflicto entre bienes jurídicos del agresor y del agredido, en el caso sub júdice ninguno de los dos es titular del bien jurídico de la disciplina, y consecuente con ello ninguno podría alegar la defensa dicho bien jurídico.

Lo anterior lleva a esta Sala de Decisión, a afirmar que en el caso sub júdice ante la imputación jurídica del punible de ataque al superior, no resulta viable la aplicación de la causal de ausencia de responsabilidad de la legítima defensa. ” (...)

8.3.- El Juzgado Militar Sexto de Brigada, reconoce la configuración de la legítima defensa dentro del punible de ataque al superior imputado al SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSE NOLBERTO, sin embargo, como se indicó en precedencia, esta figura no es viable, pues el imputado no se puede abrogar la titularidad del bien jurídico de la disciplina como un bien individual y personal, pues se itera, el bien jurídico de la

disciplina, es de aquellos denominados supra individuales o sociales.

PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS. Impide agravar la situación del apelante único, incluso bajo el argumento de restablecer el principio de legalidad en virtud a que sobre el sentenciado, no pueden recaer los efectos de los yerros en que incurren los funcionarios en su labor de administrar justicia. Prima sobre el principio de legalidad.

Conforme a lo anterior, se ha de tener presente que el derecho constitucional (Constitución Política, art.31)³ a la *non reformatio in pejus*, impide agravar la situación del apelante único, incluso bajo el argumento de restablecer el principio de legalidad vulnerado en la sentencia de primera instancia en virtud a que sobre el sentenciado, no pueden recaer los efectos de los yerros en que incurren los funcionarios en su labor de administrar justicia (CSJ. SP. Rad.45312 ene.2017)⁴.

Finalmente, decretar la nulidad con el fin de subsanar las irregularidades presentadas en el proceso, dirigidas a corregir las mismas y emitir nueva sentencia conforme a derecho, vulnera la prohibición constitucional de la reforma peyorativa, es decir, si

³ **Artículo 31 [Título II]. Constitución Política de Colombia. GC: 116. ARTICULO 31.** Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.
El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

⁴ **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (25 de enero de 2017). Rad. 45312 [M.P. Eugenio Fernández / Luis Hernández].**

de oficio se decreta la nulidad, en el caso sub júdice la corrección del yerro implica empeorar la condena del apelante único, ello es lo que la jurisprudencia (CSJ. SP. Rad. 23544 abr.2008)⁵ ha llamado la reforma en peor indirecta, como consecuencia de la declaratoria de nulidad, aclarando el máximo tribunal de justicia, que jamás se podrá agravar la situación aumentando la pena, mediante el remedio extremo de la declaratoria de nulidad, aunque la razón para la misma haya sido la vulneración del principio de legalidad, pues prevalece la *no reformatio in pejus*.

En suma, la reforma en peor no se puede desarrollar, así se trate del resultado indirecto de una declaratoria de nulidad, en busca de preservar el principio de legalidad que se haya vulnerado en el trasegar del proceso, teniendo en cuenta que la jurisprudencia decantó que si bien el principio de legalidad es vital, los efectos por los yerros en que haya incurrido el funcionario judicial en su labor no los puede asumir el sentenciado, pues prima el principio constitucional de la prohibición de reforma en peor, sobre el principio de legalidad.

8-4.- Corolario de lo anterior, y partiendo del reconocimiento de la vulneración al principio de legalidad conculcado en la sentencia por el

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (11 de abril de 2008). Rad. 23544 [M.P. Javier Zapata].

reconocimiento de la legítima defensa en exceso en el caso sub júdice, esta Sala de Decisión se abstendrá de revocar o de decretar la nulidad en procura de restablecer el principio de legalidad, pues de hacerlo la corrección implicaría una reforma en peor en la sentencia, contrariando así el principio constitucional de la *non reformatio in pejus*, y en consecuencia habrá de confirmarse la sentencia condenatoria impuesta al SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSÉ NOLBERTO con una punibilidad de dos (02) meses de prisión, por cuenta del reconocimiento de la legítima defensa en exceso, como lo consideró el A Quo en su decisión. “

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Libertad y Orden

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

Sala: **TERCERA SALA DE DECISIÓN**
Magistrado Ponente: **CORONEL (RA) FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS**
Radicación: **158551-7033-XIV-88-EJC**
Procedencia: **JUZGADO MILITAR SEXTO DE BRIGADA**
Procesados: **SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSE NOLBERTO**
Delito: **ATAQUE AL SUPERIOR**
Motivo de alzada: **APELACIÓN CONTRA SENTENCIA CONDENATORIA**
Decisión: **CONFIRMA SENTENCIA CONDENATORIA**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

1. VISTOS:

Por vía de apelación interpuesta por el Abogado OSCAR ANDRES NUÑEZ CUELLAR actuando como defensor del SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSÉ NOLBERTO, conoce la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto de Instancia de Brigada de fecha 5 de agosto de 2016, mediante la que condenó al citado soldado, como autor responsable del delito de ataque al superior.

2. IDENTIFICACION DEL PROCESADO

Al momento de los hechos 22 de marzo de 2012, el procesado SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSÉ NOLBERTO ostentaba el grado de Soldado Profesional (SLP) del Ejército Nacional, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.077.199.408 expedida en Novita (Chocó), orgánico de la Compañía Calibio del Batallón de Combate Terrestre No. 87 que se encontraba desarrollando operaciones militares en Puerto Rico (Caquetá). Para efectos de esta decisión, se referirá el grado militar que ostentaba al momento de los hechos.

3. HECHOS:

El 22 de marzo de 2012 aproximadamente las 07:00 horas en la Vereda El Chamuscado del municipio de San Vicente del Caguán (Caquetá), se encontraba en operaciones el batallón de Combate Terrestre No. 87 y específicamente el pelotón Calibio 1 del cual el SS. VERGARA LÓPEZ CARLOS ALBERTO era su comandante. El suboficial imparte dos órdenes, una administrativa y otra operacional, al SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSÉ NOLBERTO quien expresa su inconformidad indicando que solo cumpliría una de las dos. En ese contexto, se inician discusiones donde el SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSÉ NOLBERTO recrimina, insulta, agrede y esgrime su arma de dotación en contra de su superior, como reacción al trato agravioso, discriminatorio y racial por parte del SS. VERGARA LÓPEZ CARLOS ALBERTO.

4. ACTUACIÓN PROCESAL

Con fundamento en la denuncia del 4 de abril de 2012 que hiciera el SS. VERGARA LÓPEZ CARLOS ALBERTO contra el SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSÉ NOLBERTO (Fo1.1), el Juzgado 67 de Instrucción Penal Militar con auto del 9 de junio de 2012 dispuso la apertura de investigación penal contra el SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSÉ NOLBERTO

por los delitos de ataque al superior y amenazas (Fls.2,3).

El SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSÉ NOLBERTO compareció ante el Juzgado Instructor el 30 de octubre de 2013 con el fin de ser escuchado en indagatoria (Fls.85-87), manifestando hacer uso de su derecho a guardar silencio. Posteriormente el 14 de noviembre de 2013 el Juzgado de Instrucción resolvió su situación jurídica provisional absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento (Fls.92-110).

El sumario fue remitido a la Fiscalía 28 Penal Militar el 30 de octubre de 2014 (Fol.221), Despacho Judicial que luego de avocar conocimiento declaró cerrada la investigación con auto del 27 de noviembre de 2014 (Fol. 223) profiriendo resolución de acusación contra el SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSÉ NOLBERTO por el delito de ataque al superior el día 16 de febrero de 2015, misma decisión en la que cesó procedimiento en favor del citado Soldado por el delito de amenazas (Fols. 236-252).

Posteriormente, el Juzgado Sexto de Instancia de Brigada con auto del 22 de mayo de 2015 decretó la iniciación del juicio (Fol.272), llevando a cabo la corte marcial para juzgar al SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSÉ NOLBERTO el 28 de abril de 2016 (Fols.346-359), profiriendo sentencia condenatoria contra el procesado

el día 5 de agosto de 2016 declarándolo como autor responsable del delito de ataque al superior, reconociendo el A Quo que el condenado obró en legítima defensa pero excesiva, razón por la cual impone una pena atenuada. (Fols.361-376).

Inconforme con la decisión adoptada por el Juzgado Sexto de Instancia de Brigada, el apelante considera que si existió legítima defensa proporcional y no excesiva, por ello presentó el recurso de alzada(Fls.384-390), el cual corresponde resolver a esta Sala de Decisión.

5. PROVIDENCIA APELADA

El Juzgado Sexto de Instancia de Brigada en cuanto a la tipicidad de la conducta por la cual fue llamado a juicio el SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSÉ NOLBERTO, refirió que el actuar del procesado encuadraba en el tipo penal de ataque al superior previsto en el artículo 99 de la Ley 1407 de 2010, el cual exige tres elementos para su configuración, mencionando respecto del primero de ellos, *"que el sujeto activo de la conducta ostente la condición de inferior jerárquico"*, al respecto precisó en la sentencia la configuración de dicho requisito así, *"...al observar el material probatorio se demuestra que el SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSE NOLBERTO, sujeto activo de la conducta, era miembro activo de las Fuerzas Militares al momento de los hechos, siendo orgánico del BACOT87- BRIM13 (...) por otro lado la presunta agresión se*

dirigió contra el SS. VERGARA LOPEZ CARLOS, quien es superior jerárquico del soldado en grado, antigüedad y categoría como se muestra en el acervo probatorio. De lo dicho anteriormente se puede discernir que el primer elemento exigido por la norma penal se da por cumplido, una vez que el soldado dirigió su actuar contra su superior jerárquico.” (Fol. 371).

En cuanto al segundo elemento exigido por el tipo penal que hace referencia a “que se haya realizado un ataque por vías de hecho al superior”, puntualizó la sentencia que también se constataba tal requisito, “De los testimonios del C3. RODRIGUEZ BEDOYA OTONIEL, SLP. TOVAR JUAN MANUEL y del propio afectado SS. VERGARA LOPEZ CARLOS se observa que el procesado apunta con su fusil al Suboficial y trata de accionarlo en repetidas ocasiones contra la humanidad del SS. VERGARA LOPEZ CARLOS, por lo cual y aplicando lo mencionado por el Tribunal Superior Militar, se configura un ataque por vías de hecho, una vez que el Soldado al apuntar y al tratar de accionar su arma contra su comandante se está ante una clara agresión, definida por la RAE como acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño, siendo evidente la intención del soldado de hacerle daño a su superior jerárquico con su actuar, ya que apuntar con un arma e intentar disparar es un actuar violento contrario a la disciplina como hace énfasis el Tribunal, por lo tanto se debe decir que con el actuar del Soldado se está configurando una vía de hecho...” (Fol. 371).

En cuanto al tercer requisito que tiene que ver con que el ataque se realice en actos relacionados con el servicio, el Juzgado de Instancia señaló que, “...de los hechos se puede sustraer que la compañía a la que pertenecía el

SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSE NOLBERTO al momento de los hechos se encontraba en cumplimiento de la orden de operaciones fragmentaria "MILICIA 10", además, los hechos se originan a raíz del desacuerdo entre el soldado y su comandante respecto a las órdenes recibidas por el procesado, por lo que no cabe duda que el ataque se suscitó en actos relacionados con el servicio." (Fol.371-372).

Por otro lado, en cuanto a la antijuridicidad de la conducta del procesado, el fallador primario refirió que éste actuó contrario a la norma penal y afectó el bien jurídico de la disciplina, al respecto puntualizó la sentencia, "...el actuar del SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSE NOLBERTO es contrario a la norma, una vez que al apuntar con su fusil a su comandante, se configura una agresión por vías de hecho, probándose el actuar doloso del Soldado, siendo consciente de que estaba actuando contrario a la norma, teniendo en cuenta su formación como militar, recibiendo la instrucción sobre estos temas. Además con su actuar de forma violenta, el soldado está afectando la disciplina, siendo este el bien jurídico tutelado por el tipo penal, una vez que se está renunciando al respecto que debe tener ante sus superiores, por lo cual es claro que el bien jurídico de la disciplina fue vulnerado mediante el actuar del procesado, siendo estos actos antijurídicos desde todo punto de vista" (Fol. 372).

Adicionó la sentencia que el SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSÉ NOLBERTO actuó en legítima defensa para proteger su dignidad frente a las agresiones verbales de las que fue objeto por parte del SS. VERGARA LÓPEZ; en este punto la decisión apelada puntualizó que,

"Concurre una causal de ausencia de responsabilidad, toda vez que el comportamiento por el cual se está juzgando al SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSE NOLBERTO, se da a raíz del trato discriminatorio que recibió el soldado por su color de piel por parte de su comandante el SS. VERGARA LOPEZ CARLOS (...) De los testimonios del SLP. LOPEZ PACHECHO MARIO ALBERTO, SLP. ALMEIDA JAMES ERNESTO, SLP. TOVAR JUAN MANUEL, se logra probar que el SLP. MOSQUERA ASPRILLA al exponer su descontento con las órdenes que se le fueron dadas ante su comandante, SS. VERGARA LOPEZ, quien se dirigió con palabras grosera y racistas en contra del soldado, quien exigió a su comandante que le diera el respeto que él merecía, y acorde a los testimonios aportados el proceso siguió con los tratos discriminatorios en contra de su subalterno, llevando al soldado a realizar los actos por los cuales se inició el presente proceso." (Fols.372-373).

Sin embargo, el fallador primario precisó que la legítima defensa ejercida por el SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSÉ NOLBERTO sobre el SS. VERGARA LÓPEZ CARLOS ALBERTO no lo exonera de responsabilidad penal, toda vez que se constató un exceso en uno de los presupuestos de la causal en comento, esto es, un notorio exceso en la proporcionalidad de la reacción frente a la ofensa que sufrió el procesado por parte de su comandante; para sostener tal argumento, la providencia señaló que, *"aunque el soldado Mosquera estaba actuando legítimamente al pretender proteger un su derecho propio, no lo hizo de forma proporcionada al buscar un resarcimiento de las ofensas sufridas pretendiendo dañar a su superior con el fusil que tenía en ese momento, accionándolo en varias ocasiones, pero que por diversas razones los tiros no salieron evitando un resultado lamentable. Por lo tanto, del*

actuar del soldado no se puede predicar una razonable proporcionalidad, ya que al empuñar el fusil y accionarlo en contra de la humanidad del suboficial, se rompe el equilibrio entre la agresión recibida por el procesado y su actuar, no estando dicha agresión justificada bajo ninguna circunstancia toda vez que existían otros medios para repelerla (Fol. 373), y más adelante agregó, "es evidente que el actuar del soldado es antijurídico, pero se encuentra inmerso en una causal de justificación del numeral 6 del artículo 33 del CPM, la cual fue excedida por la falta de proporcionalidad entre la defensa y la agresión sufrida." (Fol. 373).

En cuanto al análisis de la culpabilidad la decisión cuestionada destacó que al procesado le era exigible otra conducta por su condición militar y su experiencia, considerándolo merecedor de un juicio de reproche, *"se le podía exigir un comportamiento distinto al desplegado por él, teniendo en cuenta el nivel de instrucción que tenía como profesional de la Fuerza, permitiéndole discernir sobre las consecuencias que sus actos le acarrearían, teniendo en cuenta que el procesado es consciente y acepta la voluntariedad de sus actos, pero que existe una causal de justificación al defender su propio derecho, siguen (sic) siendo merecedor de un juicio de reproche por parte de este despacho.* (Fol. 374).

Finalmente, el A-Quo concluyó que la conducta del procesado era típica, antijurídica y culpable, pese a que se configuró una causal de ausencia de responsabilidad, señalando al respecto, *"una causal de ausencia de responsabilidad del numeral 6 del artículo 33 del CPM, ameritando emitir una sentencia de carácter condenatorio*

aplicando la pena expuesta en el último inciso del artículo 33 del CPM sobre el exceso en la causal de ausencia de responsabilidad. (Fol. 374).

En punto de la dosificación punitiva señala el A Quo que además de la circunstancia enunciada anteriormente, tendrá en cuenta como atenuante la buena conducta anterior y la ausencia de antecedentes penales del procesado, condenándolo a la pena de dos (02) meses de prisión como autor responsable del delito de ataque al superior, sin el beneficio de la suspensión de la condena de ejecución condicional por expresa prohibición legal.

6. RECURSO DE APELACIÓN

La defensa del procesado reclama la revocatoria de la decisión impugnada y como consecuencia de ello la absolución del SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSÉ NOLBERTO. Para sustentar su pretensión en forma inicial precisa, que existen serias dudas respecto a que el procesado hubiere apuntado y accionado su arma de dotación contra el SS. VERGARA LÓPEZ con el fin de agredirlo, de lo contrario hubiere existido en realidad una vía de hecho o un resultado distinto como un homicidio, así lo consignó la defensa en su memorial, *"En razón a las pruebas documentales, es preciso indicar que no obra en el expediente dictamen, informe o peritaje que indique que para la fecha de los hechos el arma de dotación que tenía mi prohijado pudiera haber sido accionada - disparado o saldo (sic) ojiva*

alguna. Quedando incluso muchas dudas si mi prohijado puedo (sic) haberle presuntamente apuntado o accionado su arma contra la humanidad de su superior. Así mismo de las pruebas testimoniales que obran en el expediente reflejan muchas dudas si el actuar de mi prohijado fue causas (sic) daño, pues nótese que se encontraban en cumplimiento de una orden de operaciones y que el arma de dotación va con cada personal militar (...) Esta defensa cree y así se puede concluir luego de llevarse a cabo esta investigación, que si la intención de mi prohijado o más bien si hubiera accionado su arma de dotación, otro seria el resultado y ahí si se hubiera configurado las vías de hecho o porque no un homicidio" (Fols. 384-385).

Igualmente, el memorial enfatiza que de aceptar la tesis de la vía de hecho ejecutada por su defendido al usar su arma de dotación contra su comandante se hubiera constatado una lesión o el hallazgo de cartuchos en el lugar de los hechos, generándose una duda sobre lo ocurrido realmente, porque los únicos testigos de los hechos son su defendido y el SS. VERGARA LÓPEZ, quien en forma humillante ofendió la dignidad del soldado; al respecto el recurso puntualizó lo siguiente, *"Si hubiera sido el caso en que mi prohijado hubiera configurado una vía de hecho al apuntar y tratar de accionar su arma contra su comandante, existiría lesión o al menos para que se pudiera configurar la intención de cartuchos cerca al lugar de los hechos. O más bien queda toda duda, porque los únicos que pudieron saber realmente como ocurrieron los hechos fueron el suboficial y mi prohijado. Ante ello y no habiendo material probatorio que dé certeza esta duda debe resolverse a favor de mi prohijado. Además téngase que está probado y existen pruebas que indican que el Sargento*

Vergara López Carlos inicia tratando de forma inculta, degradante, humillante y racista a mi prohijado. Último que le exige respeto a su superior, pero este sigue creando un ambiente de impotencia, humillación, desprecio, dolor, incertidumbre, y de lo cual el resultado de toda bajeza hubiera podido ser un resultado artificial. Es decir donde no mediaría la voluntad de mi prohijado." (Fol. 385).

Adiciona además el memorial que el actuar del SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSÉ NOLBERTO fue motivado por las agresiones verbales del SS. VERGARA LÓPEZ CARLOS ALBERTO, y que a pesar de la reacción del procesado y de las advertencias del CT. RIVERA PEREZ ALEXANDER para que dejara de agredir verbalmente al soldado, el Suboficial continuó ofendiéndolo en términos racistas lo que da a entender que en ningún momento el Suboficial consideró en peligro su vida, al respecto se dijo en el recurso, "Los hechos dieron origen por la agresión verbal que otorga el Sargento Vergara López al señor Soldado Profesional Mosquera Asprilla (...) Luego que mi prohijado actuara motivado por toda la agresión verbal de su superior, éste último sin importarle la reacción de mi defendido, siguió insultándolo. Incluso obra en el expediente diligencia del señor CT. RIVERA PEREZ ALEXANDER, que escucho (sic) y le ordeno (sic) al Sargento Vergara López, que no siguiera per (sic) desobedeció la orden de su superior y siguió tratando a mi prohijado de forma humillante, desafiante y racista (...) si hubiera sido el caso en que mi poderdante hubiera tenido la intención causar daño accionado su arma de dotación. Hubiera sido que el señor Sargento Vergara López al momento de ver que su vida corría peligro, se hubiera alejado o retirado. Pero nótese que el múltiplex (sic) diligencias

testimoniales indican que el Sargento siguió insultándolo de forma humillante degradante y racista, con todo respecto cito términos "Negro racista, negro comemierda" (Fol.386.).

El recurso se ocupa de justificar la conducta del procesado argumentando su actuar en legítima defensa proporcional a la agresión que recibió por parte del SS. VERGARA LÓPEZ, "mi prohijado actuó en garantía y protección de su derechos, pues a raíz de la agresión que recibía por su superior (...) En relación a que si la defensa fue proporcional, en mi punto de vista y al analizar las pruebas obrantes es acorde el accionar de mi prohijado, pues como se dijo, no se probó que el arma de mi defendido hubiera sido maniobrada o activado su mecanismo, como para tener certeza que hubiera accionado su arma de dotación (...) Téngase que la reacción de mi prohijado fue acorde a la agresión que recibió de su superior. Esta defensa se pregunta en razón algunas pruebas testimoniales que indican que el Sargento Vergara López, luego que le indicaran que no siguiera con la agresión hacia el Soldado Profesional Mosquera Asprilla, desobedece la orden del CT. RIVERA PEREZ y decide irse a su lugar de dormitorio y saca su fusil y se dirige a hacerse detrás de un árbol" (Fol. 387).

Siguiendo con los presupuestos de la causal de justificación invocada en el recurso, se hizo referencia igualmente a que la agresión fue inminente, compulsiva y actual, en este punto se consignó en el memorial que, "El suceso se dio al instante, que aunque se prolongó por la constante agresión verbal que reciba de su superior. Pero no fue de trato sucesivo, es decir no tuvo tiempo de poner en conocimiento a sus superiores. Porque además

los mismos presenciaron el incidente. Y que se podía esperar del Sargento Vergara López que no cumplió la orden directa que le daba su superior CT. RIVERA PEREZ, que no siguiera con la agresión. Como para que le hubiera dado respeto a mi defendido (...) La reacción del Sargento Vergara López es contraria a derecho, para la fecha de los hechos mi prohijado escucha por parte de su superior palabras soeces, tratos degradantes que afectan su moral, su buen nombre y dignidad humana. También escucha insultos por su color de piel. Mi prohijado solo exige respeto de su superior, pero este sigue, sigue y sigue agrediéndolo verbalmente." (Fols. 387-388).

También se adicionó en el memorial que el procesado no actuó con la intención de agredir a su superior, así lo señaló el recurso "En ningún momento la voluntad del SLP. MOSQUERA ASPRILLA es causas (sic) daño, lesión o la muerte a su superior. Mientras el superior agrede a su subalterno, toma su fusil y es cuando el personal militar que se encuentra cerca busca calmar la situación. Mi poderdante siente temor a la situación a la cual fue sometido por su comandante." (Fol. 388).

Finalmente, el recurso precisa que las dudas planteadas deben ser favorables al procesado y también que el hecho investigado no debió ser un asunto que ocupara al derecho penal en virtud a que, "...el delito que ocupa nuestra atención, es contra la disciplina; si bien es cierto, mi prohijado está siendo investigado disciplinariamente y allí se debió quedar y no trascender al derecho penal militar. Como ya advertí no era la forma en la que el Sargento imponía disciplina." (Fol. 389.).

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

EL Representante del Ministerio Público que actúa ante esta Corporación conceptuó que la providencia apelada debe ser revocada por duda; desde su visión señala que no hay claridad sobre la ocurrencia de las agresiones, como tampoco sobre la manipulación del fusil por parte del soldado, al respecto el concepto señala que, *"lo que no está probado en la actuación, es que tales manifestaciones del superior se hubieren dirigido al soldado o que éste las hubiese entendido erróneamente. Ello, como quiera que en las declaraciones obrantes, se advierte por unos que el soldado fue el que discutió con ofensa en tanto que otros refieren que fue el superior el que provocó la situación al ofender e insultar al Soldado, incluso otro deponente alude a que el soldado mal interpretó las palabras del superior, que con grosería no se refirió precisamente a su inferior sino que el contexto de sus expresiones fue distinto."* (Fol. 379.)

En el mismo sentido, el concepto precisa que la prueba testimonial es insuficiente para establecer la circunstancias del hecho y por ende no es viable responsabilizar penalmente al procesado, en este punto se dijo que, *"la prueba testimonial se ofrece débil por lo imprecisa e irresponsable frente a las verdaderas circunstancias que rodearon el hecho pues quienes declaran lo hacen como si estando en el lugar no hubiesen percibido realmente todos los momentos en que los hechos se desarrollaron"* (Fol. 399).

También el concepto hace referencia a la existencia de duda respecto al accionar del arma por parte del SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSÉ NOLBERTO contra el SS. VERGARA LÓPEZ, en este sentido el concepto puntualizó que *"tampoco se encuentra acreditado que el arma se encontrara cargada y que la acción o la conducta de éste se orientara a amenazar o matar (...) se genera una duda que por parte de esta funcionaria se estima insalvable, como quiera que ni documental, ni testimonial, ni pericialmente, se acreditó ni al (sic) idoneidad del arma utilizada por el soldado, ni tampoco se encuentra probada (sic) que la misma hubiese estado realmente cargada. (Fol.399)*

Así mismo, el concepto señala que existe duda sobre si en realidad existió una agresión contra el procesado por parte del SS. VERGARA LÓPEZ, *" como se advierte una primera situación que consiste en si existió agresión u ofensa verbal por parte del superior hacia el soldado o no; igualmente duda frente a que si se tiene por sentado que la agresión existió, ello de alguna manera justifica la reacción del inferior en el modo en que la misma se desarrolló (Fol. 389).*

Finalmente el Ministerio público anotó que no hay prueba que demuestre la intencionalidad del procesado en atentar contra la integridad de su comandante, al respecto el concepto estipuló que, *"menos aún se allegó prueba alguna tendiente a demostrar su efectiva intención en cuanto a amenazar o por el contrario orientada realmente a matar o por lo menos atentar contra el bien jurídico protegido no sería el que orientó la presente investigación, no existiendo una razón evidente y probada frente a la verdadera intención del procesado (Fol. 389).*

8. PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Esta Corporación es competente de conformidad con los artículos 238.3 y 583 del Código Penal Militar, para conocer del recurso de apelación interpuesto por el Abogado OSCAR ANDRES NUÑEZ CUELLAR en representación del SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSÉ NOLBERTO contra la sentencia del 5 de agosto de 2016, mediante la cual el Juzgado Sexto de Brigada condenó al citado Soldado Profesional como autor responsable del delito de ataque al superior.

Las consideraciones de esta decisión, abordarán únicamente las hipótesis defensivas planteadas en el recurso de alzada conforme al principio de limitación, sin embargo la competencia se extenderá también, a aquellos temas inescindibles al problema jurídico planteado en el recurso (CSJ, Rad.23259,2006)⁶.

En este sentido, ha de afirmarse que el trámite procedimental de segunda instancia no implica un nuevo procedimiento, para abordar y emitir juicios fácticos y jurídicos sobre el asunto, el trámite de segunda instancia, no es un nuevo trámite paralelo a lo

⁶ **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (23 de marzo de 2006). Rad. 23259 [M.P. Álvaro Pérez]** La jurisprudencia de la Corte afirmó sobre el principio de limitación que gobierna las decisiones del Ad Quem, que, "doctrina y jurisprudencia coinciden en concluir que la extensión de la competencia del superior a temas inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación resulta procedente cuando se advierta hacer prevalecer el derecho sustancial o cuando ello influya en la coherencia y la lógica que ha de observarse en la decisión del superior funcional".

ocurrido en la primera instancia, sino que la actividad de la segunda instancia se circunscribe a realizar un control de legalidad de la decisión impugnada, a partir de los argumentos presentados en la apelación (CSJ,SP. Rad.45312 ene.2017)⁷.

De manera que esta Sala abordará la valoración de la sentencia en cuanto al reconocimiento de la legítima defensa en exceso que hiciera el A Quo, y que es este con el que no está de acuerdo el apelante, desarrollando el argumento que la acción defensiva del SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSE NOLBERTO no fue excesiva sino proporcional.

8.1.- DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.-

La sentencia condenatoria señala que la situación fáctica se adecua al punible de ataque al superior, en dicha sentencia reconoce la existencia de elementos de legítima defensa, pero en exceso -fusil- y por ello, declara la responsabilidad e impone una pena atenuada, así lo dijo el A Quo:

*"... no lo hizo de forma proporcionada al buscar un resarcimiento de las ofensas sufridas pretendiendo dañar a su superior **con el fusil** que tenía en ese momento,*

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (25 de enero de 2017). Rad. 45312 [M.P. Eugenio Fernández / Luis Hernández].

accionándolo en varias ocasiones, pero que por diversas razones los tiros no salieron evitando un resultado lamentable. Por lo tanto, del actuar del soldado **no se puede predicar una razonable proporcionalidad**, ya que al empuñar el fusil y accionarlo en contra de la humanidad del suboficial, se rompe el equilibrio entre la agresión recibida por el procesado y su actuar, no estando dicha agresión justificada bajo ninguna circunstancia toda vez que existían otros medios para repelerla (...) es evidente que el actuar del soldado es antijurídico, pero se encuentra inmerso en una causal de justificación del numeral 6 del artículo 33 del CPM, la cual fue **excedida por la falta de proporcionalidad** entre la defensa y la agresión sufrida." negrilla fuera de texto). (Fol. 373).

En contraposición al planteamiento de exceso en la legítima defensa esbozado por la Juez en la sentencia condenatoria, el apelante pretende que se reconozca que la acción defensiva del SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSE NOLBERTO fue legítima y proporcionada y como consecuencia de ello, absolverlo de responsabilidad, así lo manifestó:

"mi prohijado actuó en garantía y protección de su derechos, pues a raíz de la agresión que recibía por su superior (...) En relación a que si la defensa fue proporcional, en mi punto de vista y al analizar las pruebas obrantes es acorde el accionar de mi prohijado, pues como se dijo, no se probó que el arma de mi defendido hubiera sido maniobrada o activado su mecanismo, como para tener certeza que hubiera accionado su arma de dotación (...) Téngase que la reacción de mi prohijado fue acorde a la agresión que recibió de su superior. Esta defensa se pregunta en razón algunas pruebas testimoniales que indican que el Sargento Vergara López, luego que le indicaran que no siguiera con la agresión hacia el Soldado Profesional Mosquera Asprilla, desobedece la orden del CT. RIVERA PEREZ y decide irse a su lugar de dormitorio y saca su fusil y se dirige a hacerse detrás de un árbol" (Fol. 387).

Previo a abordar los contenidos de la apelación, se habrá de señalar que la función de la norma penal es

la protección de **bienes jurídicos**, en otras palabras toda conducta punible busca la protección de un bien jurídico (Ley 599,2000 Art.11)⁸ (Ley 522,1999 Art.9)⁹. En ese orden de ideas y bajo el entendido que el bien jurídico es un concepto abstracto que no puede confundirse con el sujeto pasivo o con el objeto material sobre el cual recae la acción, se dirá entonces que el bien jurídico del punible de ataque al superior, es la disciplina y el sujeto pasivo de este bien jurídico es la Fuerza Pública y no, el SLP. MOSQUERA ASPRILLA.

También resulta importante recordar la doctrina (Velásquez, 2010)¹⁰, cuando señala que al concepto de bien jurídico se le han asignado tareas como, sistematizadora, de delimitación y de interpretación de la ley, esta última implica señalar que cuando se logra precisar cuál es el bien jurídico protegido al regular una determinada figura delictiva, la interpretación lógica, con base en el elemento teleológico o finalista, permite excluir del tipo penal las conductas que no lo lesionan o amenazan, es decir, que la valoración fáctica de los hechos y su

⁸ **Artículo 11 [Título I]. Código Penal. [Ley 599 de 2000]. DO: 4.097. ARTÍCULO 11. ANTIJURIDICIDAD.** Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

⁹ **Artículo 9 [Título I]. Código Penal Militar. [Ley 522 de 1999]. DO: 43.665. ARTÍCULO 9o. ANTIJURIDICIDAD.** <Ley derogada por la Ley 1407 de 2010. Ver Art. 628 sobre su vigencia> Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico protegido por la ley.

¹⁰ **Velásquez Velásquez F.** (2010), *Manual de Derecho Penal*, (p. 69), Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

imputación jurídica, se interpretan desde el parámetro que imparta el bien jurídico que protege el tipo penal que se estudia y por ende, también el análisis si se estructuran o no las causales de ausencia de responsabilidad.

Finalmente, de manera general se dirá que el delito resulta, del desvalor de acción más el desvalor de resultado, y del desvalor sobre el autor o reprochabilidad; en cuanto al desvalor de resultado, implica señalar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Es desde este parámetro - bien jurídico - desde donde se regula la interpretación sobre la estructuración o no del injusto.

De lo anterior, se puede llegar a una primera premisa, siendo el bien jurídico el objeto de protección del derecho penal, aquel a su vez se constituye en parámetro de interpretación en cuanto a la estructuración del injusto, o por el contrario, la regulación de las causales de ausencia de responsabilidad.

8.1.1.- Ahora bien, los siguientes son los elementos que estructuran el punible de ataque al superior, **i)** que el sujeto activo ostente la condición de inferior jerárquico dentro de la organización militar, **ii)** que el sujeto pasivo sea superior al sujeto activo de acuerdo a la organización y jerarquía militar, **iii)**

que el ataque se haya producido por las vías de hecho, y por último, **iv)** que aquella conducta naturalmente se produzca con actos relacionados con el servicio.

Desde otra perspectiva el punible de ataque al superior, contiene tanto los elementos objetivos y subjetivos del tipo, como los criterios de antijuridicidad y los de culpabilidad. Desde el análisis del concepto de antijuridicidad que implica la desaprobación del hecho cometido por el sujeto, podemos señalar que en el injusto se examinan las condiciones objetivas del autor, los elementos subjetivos, el dolo y la culpa (desvalor de acción), pero también se examina el grado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado (desvalor de resultado).

Con la claridad teórica anterior, se ha de afirmar que el análisis del punible de ataque al superior, ha de hacerse desde una interpretación fundamentada en el bien jurídico de la disciplina, y desde la misma perspectiva del bien jurídico, ha de desarrollarse la aplicación o no, de la legítima defensa como causal de ausencia de responsabilidad, es entonces este el derrotero para que la Sala aborde si en el punible de ataque al superior que busca brindar protección al bien jurídico de la disciplina, es viable o no, la figura de la legítima defensa.

La causal de ausencia de responsabilidad de legítima defensa surge de la presencia de un conflicto de los bienes jurídicos cuyo titular es el agresor frente a los bienes jurídicos cuyo titular es el agredido, y desde tal conflicto, se establece la necesidad de defender por parte del ofendido sus derechos subjetivos injustamente agredidos.

Ahora bien, existen bienes jurídicos cuya titularidad está en cabeza de una persona natural o jurídica y otros bienes jurídicos que se transforman en la titularidad del colectivo social o del sistema jurídico. Frente a los primeros la doctrina es pacífica en el sentido de aceptar la legítima defensa por parte del titular de dicho bien jurídico, pero frente a esos bienes jurídicos del sistema o del colectivo social, no es tan pacífica (Velásquez, 2010)¹¹.

En el mismo sentido, la doctrina hace referencia a la imposibilidad de la legítima defensa con respecto a bienes jurídicos de titularidad supra individual, bajo la premisa que la redacción de la causal de legítima defensa presupone que ella solo es posible respecto de bienes o derechos individuales o personales (Puente, 2003)¹², a manera de ejemplo no podrían involucrarse en la figura de la legítima defensa, la protección de

¹¹ **Velásquez Velásquez F.** (2010), *Manual de Derecho Penal*, (p. 69), Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Pág. 492

¹² **Puente Segura L.** (2003), *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, (p. 167), Bogotá, Ediciones Colex.

bienes jurídicos como el orden económico y social, la seguridad del Estado, la administración de justicia, por lo que resultaría insensato aceptar el derecho de defensa de los llamados grupos de auto defensa que buscan controlar el orden público bajo el argumento que se está poniendo en peligro la subsistencia del Estado de Derecho y el orden constitucional.

Corolario de lo anterior, se considera entonces que la legítima defensa se configura en la facultad de auto protección, en búsqueda de restablecer el derecho negado por la agresión, lo que implica no sancionar a quien actúa para defender bienes jurídicos individuales o personales, propios o de terceras personas ante una agresión injusta, sin embargo, en el caso sub júdice el SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSE NOLBERTO no puede alegar legítima defensa del bien jurídico de la disciplina, pues él no es el titular de dicho bien jurídico, tampoco es sujeto pasivo del delito, sino que es el objeto material de la conducta inadecuada del suboficial, por ello, no puede alegar defensa propia, tampoco podría alegar defensa del tercero titular de la disciplina -Fuerza Pública- pues la disciplina es un bien jurídico de carácter institucional, el que se defiende a través de la autoridad disciplinaria, de manera que en ambas hipótesis actuar a nombre propio o de un tercero para defender la disciplina, suplanta el régimen

disciplinario y se caería en una justicia de propia mano ilegítima.

8.2.- Sobre el bien jurídico de la disciplina se habrá de señalar, que los tipos penales que la protegen, buscan mantener las relaciones internas dentro de la estructura militar o policial, relaciones que se materializan por el cumplimiento de las órdenes que emite el superior dentro de sus facultades y que obedece el subalterno dentro de sus deberes, en esta interacción, el cuerpo militar genera cohesión y masa, en otras palabras, se afirma que la disciplina es la columna vertebral de la institución castrense. Es ese el concepto abstracto del bien jurídico de la disciplina y a partir de allí se ha de generar tanto la interpretación de la adecuación típica, como de la posibilidad de la causal de ausencia de responsabilidad, como en el caso sub júdice, que es la que plantea el problema jurídico, la legítima defensa.

En el punible de ataque al superior ni el SS. VERGARA LÓPEZ CARLOS ALBERTO ni el SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSE NOLBERTO, son titulares del bien jurídico de la disciplina al ser este un bien supra individual, colectivo, o social, que busca la vigencia de un sistema jurídico y organizacional. En este sentido, si la legítima defensa parte de la premisa del conflicto entre bienes jurídicos del agresor y del agredido, en

el caso sub júdice ninguno de los dos es titular del bien jurídico de la disciplina, y consecuente con ello ninguno podría alegar la defensa dicho bien jurídico.

Lo anterior lleva a esta Sala de Decisión, a afirmar que en el caso sub júdice ante la imputación jurídica del punible de ataque al superior, no resulta viable la aplicación de la causal de ausencia de responsabilidad de la legítima defensa.

8.3.- El Juzgado Militar Sexto de Brigada, reconoce la configuración de la legítima defensa dentro del punible de ataque al superior imputado al SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSE NOLBERTO, sin embargo, como se indicó en precedencia, esta figura no es viable, pues el imputado no se puede abrogar la titularidad del bien jurídico de la disciplina como un bien individual y personal, pues se itera, el bien jurídico de la disciplina, es de aquellos denominados supra individuales o sociales.

La sentencia reconoce la legítima defensa, pero con una configuración de exceso y por tal razón considera la conducta punible merecedora de una sanción atenuada; en criterio de esta Sala, el erróneo reconocimiento de la causal de legítima defensa, surge de confundir el objeto jurídico de la conducta típica, con el titular del bien jurídico que el tipo penal de ataque al superior protege, pues el contexto fáctico

en que ocurrió aquella vía de hecho, el bien jurídico que allí se amenazaba o se ponía en peligro era la disciplina del cual el titular no es el militar y adicional a ello se trata de un bien jurídico general e institucional; por el contrario, distinto es pregonar que el bien jurídico que se agredía era el honor, que sí es de aquellos individuales o personales. Nótese como el A Quo desarrolla esta hipótesis confundiendo el bien jurídico y la titularidad de los sujetos:

*"Concurre una causal de ausencia de responsabilidad, toda vez que el comportamiento por el cual se está juzgando al SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSE NOLBERTO, se da a raíz del **trato discriminatorio** que recibió el soldado por su **color de piel** por parte de su comandante el SS. VERGARA LOPEZ CARLOS (...) se logra probar que el SLP. MOSQUERA ASPRILLA al exponer su descontento con las órdenes que se le fueron dadas ante su comandante, SS. VERGARA LOPEZ, quien se dirigió con **palabras grosera y racistas** en contra del soldado, quien exigió a su comandante que le diera el **respeto** que él merecía, y acorde a los testimonios aportados el proceso siguió con los **tratos discriminatorios** en contra de su subalterno, llevando al soldado a realizar los actos por los cuales se inició el presente proceso."*
(negrilla fuera de texto) (Fols.372-373).

En este momento de la argumentación, conveniente resulta también señalar que la defensa por estrategia o no, entra en el campo argumentativo de confundir el objeto material del delito con el bien jurídico que tutela el punible de ataque al superior y por ello termina entrando en el debate de la legítima defensa:

"mi prohijado actuó en garantía y protección de sus derechos, (...) para la fecha de los hechos mi prohijado escucha por parte de su superior palabras soeces, tratos degradantes que afectan su moral, su buen nombre y dignidad humana. También escucha insultos por su color de piel. Mi prohijado solo exige respeto de su superior, pero este sigue, sigue y sigue agrediéndolo verbalmente." (Fols 387-388).

Advierte la Sala de Decisión que si los agravios que causaron el accionar del SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSE NOLBERTO, le afectaron su moral, su buen nombre y su dignidad, estaríamos hablando de la afectación permanente al bien jurídico del honor según la ley penal militar (Ley 1407,2010. Art.121) o de la integridad moral según la ley penal ordinaria (Ley 599,2000 art.220) y bajo ese entendido el mencionado soldado titular de esos bienes jurídicos, en caso de ejecución permanente del agravio, le asistiría todo el derecho para asumir su defensa, es decir, la hipótesis de legítima defensa ante una agresión injusta permanente, aclarando que situación distinta son los eventos de injurias o calumnias recíprocas. Sin embargo, en el caso sub judice, se enmarcó la vulneración en otro bien jurídico distinto del cual el procesado no es titular y por ende no le asiste el derecho a asumir su defensa.

Bajo esta premisa argumentativa de no admitir la legítima defensa en el caso sub júdice, resultaría innecesario abordar la discusión planteada entre la

sentencia y el apelante sobre si la legítima defensa que se abordó, era excesiva o proporcional.

En ese entendido, podría señalarse que se están afectando el principio de legalidad y la garantía de las formas propias del juicio, al aceptar la conducta del SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSÉ NOLBERTO como defensiva del bien jurídico de la disciplina del cual él no es el titular, y en este contexto ante el agravio al principio de legalidad y la garantía de las formas propias del juicio, resulta imperioso pregonar la violación del debido proceso, vulneración que conlleva a reponer los yerros mencionados, por el camino procesal que sería la declaratoria de nulidad.

Sin embargo, dicha declaratoria no sería viable porque al corregirse el yerro en pro de restablecer el principio de legalidad, se excluiría en favor del condenado la figura de la legítima defensa en exceso, lo que implicaría necesariamente un aumento punitivo, razón que resulta contraria a la filosofía del recurso de apelación, pues quien recurre una decisión, solo lo hace en los aspectos que le resultan perjudiciales, en busca que la situación se mejore, pero nunca hacerse más gravosa (CSJ.Rad.84666. mar.2016)¹³.

¹³ **Corte Suprema de Justicia, Sala de decisión de Tutelas No.2, (10 de marzo de 2016). Rad. 84666 [M.P. Fernando Castro]**

Conforme a lo anterior, se ha de tener presente que el derecho constitucional (Constitución Política, art.31)¹⁴ a la *non reformatio in pejus*, impide agravar la situación del apelante único, incluso bajo el argumento de restablecer el principio de legalidad vulnerado en la sentencia de primera instancia en virtud a que sobre el sentenciado, no pueden recaer los efectos de los yerros en que incurren los funcionarios en su labor de administrar justicia (CSJ. SP. Rad.45312 ene.2017)¹⁵.

Finalmente, decretar la nulidad con el fin de subsanar las irregularidades presentadas en el proceso, dirigidas a corregir las mismas y emitir nueva sentencia conforme a derecho, vulnera la prohibición constitucional de la reforma peyorativa, es decir, si de oficio se decreta la nulidad, en el caso sub júdice la corrección del yerro implica empeorar la condena del apelante único, ello es lo que la jurisprudencia (CSJ. SP. Rad. 23544 abr.2008)¹⁶ ha llamado la reforma en peor indirecta, como consecuencia de la declaratoria de nulidad, aclarando el máximo tribunal de justicia, que jamás se podrá agravar la situación aumentando la pena, mediante el remedio extremo de la declaratoria

¹⁴ **Artículo 31 [Título II]. Constitución Política de Colombia. GC: 116. ARTICULO 31.** Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.
El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

¹⁵ **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (25 de enero de 2017). Rad. 45312 [M.P. Eugenio Fernández / Luis Hernández].**

¹⁶ **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (11 de abril de 2008). Rad. 23544 [M.P. Javier Zapata].**

de nulidad, aunque la razón para la misma haya sido la vulneración del principio de legalidad, pues prevalece la *no reformatio in pejus*.

En suma, la reforma en peor no se puede desarrollar, así se trate del resultado indirecto de una declaratoria de nulidad, en busca de preservar el principio de legalidad que se haya vulnerado en el trasegar del proceso, teniendo en cuenta que la jurisprudencia decantó que si bien el principio de legalidad es vital, los efectos por los yerros en que haya incurrido el funcionario judicial en su labor no los puede asumir el sentenciado, pues prima el principio constitucional de la prohibición de reforma en peor, sobre el principio de legalidad.

8-4.- Corolario de lo anterior, y partiendo del reconocimiento de la vulneración al principio de legalidad conculcado en la sentencia por el reconocimiento de la legítima defensa en exceso en el caso sub júdice, esta Sala de Decisión se abstendrá de revocar o de decretar la nulidad en procura de restablecer el principio de legalidad, pues de hacerlo la corrección implicaría una reforma en peor en la sentencia, contrariando así el principio constitucional de la *non reformatio in pejus*, y en consecuencia habrá de confirmarse la sentencia condenatoria impuesta al SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSÉ NOLBERTO con una punibilidad de dos (02) meses de

prisión, por cuenta del reconocimiento de la legítima defensa en exceso, como lo consideró el A Quo en su decisión.

En mérito de lo expuesto la Tercera Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

9. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Militar Sexto de Brigada, mediante la cual condenó al procesado SLP. MOSQUERA ASPRILLA JOSÉ NOLBERTO como autor único responsable del delito de ataque al superior, a la pena de dos (02) meses de prisión, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DEVOLVER el proceso al despacho de origen por intermedio de la Secretaria de esta Corporación, para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Coronel (RA) **FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS**
Magistrado Ponente

Capitán de Navío **JULIAN ORDUZ PERALTA**
Magistrado

Teniente Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado

Abogada **MARTHA LOZANO BERNAL**
Secretaria