

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala: Primera de Decisión

Magistrado ponente: CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ

Radicación: 158920-XV-371 PONAL.

Procedencia: Juzgado de Primera Instancia del
Departamento de Policía Nariño

Procesados: PT. JOSÉ ESTIVEN VALENCIA BECERRA
PT. EDISON FERNANDO TENORIO CABEZAS
PT. YIRA YURLEIDY PEÑALOZA RENTERIA

Delito: Lesiones Personales

Motivo de alzada: Apelación sentencia

Decisión: Confirma condena y revoca absolución

Bogotá D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil dieciocho (2018). -

I. ASUNTO POR TRATAR

Se conoce de los recursos de apelación interpuestos por el DR. JULIO HUMBERTO BENAVIDES BURBANO -defensor del PT. EDISON FERNANDO TENORIO y PT. JOSE ESTIVEN VALENCIA BECERRA-, del DR. ROLANDO ROSERO ARTURO -apoderado de la PT. YIRA YURLEIDY PEÑALOZA RENTERÍA-, y de la DRA. PAULA VANESSA BURBANO OVIEDO en calidad de Procuradora 279 Judicial I Penal, contra la

sentencia de fecha 13 de marzo de 2018¹ proferida por el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Nariño, a través de la cual condenó a los Patrulleros JOSÉ ESTIVEN VALENCIA BECERRA, EDISON FERNANDO TENORIO CABEZAS y YIRA YURLEIDY PEÑALOZA RENTERÍA a la pena principal de dos (2) años de prisión y multa de quince (15) salarios mínimos mensuales vigentes para el año 2013, lo que corresponde a la suma de OCHO MILLONES OCHOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS (\$8'842.500,00), a los dos primeros como autores responsables del delito de lesiones personales, en tanto que a ésta última como autora y responsable del punible de lesiones personales dolosas en la modalidad de autoría por comisión impropia. En la misma sentencia se absolvió a la procesada PEÑALOZA RENTERÍA por el delito de prevaricato por omisión.

II. HECHOS

Fueron resumidos por el A quo de la siguiente manera:

"Dio origen a la presente investigación, la novedad ocurrida en las instalaciones del CAI "El Potrerillo" de esta Ciudad, en la madrugada del día 5 de julio de 2013, cuando en procedimiento policial el señor CARLOS ENRIQUE BENAVIDES, fue conducido y agredido dentro de las instalaciones del Cai (sic), por el personal que conoció el caso, Patrulleros EDISON FERNANDO TENORIO CABEZAS y JOSE ESTIVEN VALENCIA BECERRA, ante la indiferencia de la señora PT. YIRA YURLEI (sic)

¹ Ver folio 576-620 C.O. 3

PEÑALOZA RENTERIA, quien se encontraba de servicio, desempeñándose como Jefe de Información del referido CAI."

A consecuencia de los golpes el ciudadano sufrió fractura en el lado izquierdo de la cara y lesiones en diferentes partes del cuerpo, por lo cual el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses le fijó incapacidad definitiva de treinta y cinco (35) días y, como secuelas, la pérdida funcional del órgano de la masticación de carácter transitorio.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1 La Fiscalía Seccional de Pasto (Nariño) inició diligencias de investigación con base en la denuncia instaurada por el señor CARLOS ENRIQUE BENAVIDES RUIZ², las que posteriormente fueron remitidas a la Jurisdicción Penal Militar por competencia. El caso fue conocido por el Juzgado 182 de Instrucción Penal Militar, el que mediante auto adiado 03 de marzo de 2015³ ordenó apertura a la indagación preliminar en averiguación de responsables, delito por establecer.

Luego de practicar algunas probanzas, el instructor dio apertura formal a la investigación penal en contra de los Patrulleros JOSÉ ESTIVEN VALENCIA BECERRA, FERNANDO TENORIO CABEZAS y YIRA YURLEIDY PEÑALOZA RENTERIA como autores del delito de lesiones personales, aunado a que a ésta última uniformada se

² Folios 2-47 C.O. 1

³ Ver folio 48-49 *ídem*

le investigó además por prevaricato por omisión, disponiéndose la práctica de algunas probanzas y vinculando a los uniformados mediante diligencia de indagatoria⁴.

El 28 de abril del 2016⁵ el instructor resolvió provisionalmente la situación jurídica de los procesados, absteniéndose de imponer medida de aseguramiento alguna en su contra al considerar que no se daban los fines exigidos para ello.

3.2 Culminada la etapa instructiva avocó el conocimiento de la investigación la Fiscalía 165 Penal Militar, declarándola cerrada mediante auto del 29 de agosto de 2016⁶, luego de lo cual con auto del 09 de septiembre de ese año⁷ dispuso correr traslado a las partes para que presentaran alegatos precalificatorios, y con providencia de fecha 11 de octubre de 2016⁸ calificó el mérito del sumario acusando a los Patrulleros EDISON FERNANDO TENORIO CABEZAS y JOSÉ ESTIVEN VALENCIA BECERRA como autores y presuntamente responsables del delito de lesiones personales, y a la PT. YIRA YURLEIDY PEÑALOZA RENTERÍA por su autoría y presunta responsabilidad respecto del delito de lesiones personales dolosas en la modalidad de omisión impropia, y autora del reato de prevaricato por omisión.

⁴ A la PT. YIRA YURLEIDY PEÑALOZA RENTERIA se le indagó el 25 de abril de 2016, ver diligencia a folio 268 y ss., del C.O 2; al PT. EDISON FERNANDO TENORIO CABEZAS en la misma fecha, ver folio 276 y ss., *idem*; y PT. JOSE ESTIVEN VALENCIA BECERRA el 26 del mismo mes y año, ver folio 285 y ss., *idem*

⁵ Ver folio 294-316 C.O.2

⁶ Ver a folio 402 C.O.3 auto de sustanciación de fecha 29 de agosto de 2016, en el que se avoca el conocimiento de la investigación

⁷ Ver a folio 413 auto de sustanciación de fecha 9 septiembre de 2016

⁸ Folios 442-455 C.O.3

3.3 En firme la acusación, la Fiscalía 165 Penal Militar⁹ dispuso el envío de las sumarias para conocimiento del Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Nariño, despacho éste que las avocó, decretando la iniciación a juicio mediante auto del 30 de marzo de 2017¹⁰, ordenando, además, la práctica de algunas pruebas solicitadas por la defensa de los procesados y negando otras mediante auto del día 17 de julio de 2017¹¹.

Posteriormente el 30 de octubre de 2017¹², fijó fecha y hora para llevar a cabo audiencia de corte marcial la cual fue aplazada¹³; llegada la fecha y hora programadas, el juez de conocimiento instaló formalmente la corte marcial y la llevó a cabo conforme se plasmó en la respectiva acta¹⁴. Subsiguientemente el juez de conocimiento profirió sentencia el día 13 de marzo de 2018¹⁵ condenando a los Patrulleros EDISON FERNANDO TENORIO CABEZAS y JOSÉ ESTIVEN VALENCIA BECERRA como autores del punible de lesiones personales, y a la PT. YIRA YURLEIDY PEÑALOZA RENTERIA como autora del delito de lesiones personales dolosas en la modalidad de omisión impropia, absolviéndola por el delito de prevaricato por omisión, providencia que fue recurrida por los defensores de los procesados y la

⁹ Ver folio 468 C.O.3

¹⁰ A través de auto del 30 de enero de 2017 visible a folio 472 *ídem*

¹¹ Visible a folio 483-485 *ídem*

¹² Folio 499 de C.O.3

¹³ Mediante auto del 07 de noviembre de 2017, ver folio 511 *ídem*

¹⁴ Ver vista pública folio 531-570 *ídem*

¹⁵ Ver folio 576-620 *ídem*

procuradora judicial, la cual hoy concita la atención de ésta Sala de Decisión.

IV.DE LA PROVIDENCIA APELADA

La A quo afirmó que existía la certeza de la ocurrencia del hecho por estar probada su materialización y porque a pesar que el denunciante estaba alicorado narró lo sucedido de manera coherente, orientado en tiempo y espacio, incluso describió físicamente a los uniformados que lo condujeron al CAI y a la uniformada que se encontraba allí en esa fecha.

Indicó que aparecía la evidencia necesaria para demostrar el maltrato físico del que fue víctima el señor CARLOS BENAVIDES RUIZ, la presencia de éste en el CAI Potrerillo -a donde fue conducido por los policiales- y las lesiones que fueron dictaminadas por medicina legal con una incapacidad definitiva de treinta y cinco (35) días y secuelas médico legales de perturbación funcional del órgano de la masticación de carácter transitorio.

Sobre el análisis de la prueba recolectada concretamente adujo la falladora:

"No resulta atendible la propuesta presentada por los ilustres abogados defensores de restarles credibilidad a los testigos de cargo, porque conforme se expresó en párrafos que preceden, resulta casi imposible que lo dicho por los testigos sea idéntico o incluso en varias

versiones el mismo testigo no guarde plena identidad con lo que previamente había declarado y que por ello se deba considerar al testigo como mendaz, no, la credibilidad de un testigo se rige por reglas de la sana crítica y de ahí emana la aptitud, alcance o capacidad que se le brinde a su dicho para mostrar la verdad, los aspectos mencionados por los defensores en nada ponen en duda los temas estelares de los testimonios de las señoras NELLY DEL CARMEN LEON RAMIREZ y EVELYN KATHERINE IGUA LEON sobre el procedimiento llevado a cabo en su residencia por parte de los hoy procesados, ni de la versión del ofendido CARLOS ENRIQUE BENAVIDES, sobre la conducción al CAI y las lesiones que sufrió allí por parte de los policiales que lo condujeron y la presencia de una mujer policía, quien no hizo nada para evitar que los policiales se detuvieran; circunstancias que analizadas en conjunto al caudal probatorio inserto en el expediente, contribuyen dar credibilidad al dicho del denunciante para cuando sucedieron los hechos objeto de juzgamiento que permiten acreditar la existencia de un procedimiento policial, así como el uso de la fuerza desmedida que hicieron los policiales en presencia de la señora YIRA YURLEIDY PEÑALOZA RENTERIA”¹⁶.

En razón a lo dicho la juez consideró que los procesados eran merecedores de un juicio de reproche, en tanto fueron conscientes de la antijuridicidad de su conducta dada su experiencia y trayectoria en los procedimientos donde había perturbación de la

¹⁶ Folios 599-600 C.O.3

tranquilidad o en casos de violencia intrafamiliar, y a pesar de ello decidieron ejecutarla optando por causar lesiones en el cuerpo del denunciante.

Y respecto de la policial PEÑALOZA RENTERÍA, sostuvo que tenía la obligación como policía y jefe de información del CAI de disuadir a sus compañeros del comportamiento ilícito que desplegaban, guardó silencio y no hizo nada para evitar los resultados conocidos. Agregó que la uniformada estaba obligada por mandato constitucional y legal a proteger la vida e integridad del conducido y en consecuencia a actuar frente al injustificado ataque del que estaba siendo sometido el ciudadano, lo cual no hizo, no ejerció acción alguna para impedir ese mal procedimiento, estando en la obligación de hacerlo.

Afirmó que la responsabilidad de la procesada PEÑALOZA RENTERÍA se erigió de una serie de circunstancias fácticas que asignaban credibilidad al dicho del denunciante, quien expuso lo ocurrido con coherencia, sin tener intención alguna de perjudicar a la uniformada.

Concluyó que estaban reunidos a cabalidad los requisitos del artículo 396 del Código Penal Militar (Ley 522 de 1999) para condenar a los acusados PT. JOSÉ ESTIVEN VALENCIA BECERRA y PT. EDISON FERNANDO TENORIO VALENCIA por el punible de lesiones personales, y a la PT. YIRA YURLEIDY PEÑALOZA RENTERÍA por el reato de lesiones personales dolosas en la modalidad de autoría por omisión impropia.

En ese mismo proveído decidió absolver de toda responsabilidad a la uniformada por el delito de prevaricato por omisión, delito por el que fue llamada a responder en juicio dada la desatención de las obligaciones funcionales que le competían, al no dejar ninguna constancia escrita del caso conocido por el cuadrante de policía respecto de la conducción del ciudadano y de las lesiones que le propiciaron dentro del CAI.

Frente a lo anterior consideró la falladora: "(...) que por encima del imperativo normativo instructivo, que es la función, está el deber legal, y el deber legal primero era el de denunciar, y en ese caso, no hizo nada, entonces la omisión de denuncia, está subsanando (SIC) la no anotación, porque ella no tenía la obligación de anotar, sino de presentar el informe denuncia como mínimo, o realizar la captura en flagrancia de los policiales en el momento en que cometían el delito de Lesiones Personales".¹⁷

Indicó el A quo, que la acusación no fue clara en relación con la normativa infringida, que no se trataba de haber realizado una anotación sino del deber de denunciar los hechos ilícitos, "y este delito ya está tipificado como **omisión de denuncia**, es decir es un prevaricato pero determinado, no a título de tipo penal en blanco y esto no fue alegado por la Fiscalía Penal Militar, ni por la Honorable Representante del Ministerio Público, quienes solicitaron que se impusiera una sentencia condenatoria a la PT. PEÑALOZA RENTERIA.

¹⁷ Folio 612 C.O.4

*Por lo precedente este despacho atenderá la petición del señor Defensor, respecto del delito de Prevaricato por Omisión, quien solicita que se profiera una sentencia de carácter absolutorio, ya que las pruebas aportadas no dan ese grado de certeza requerida para emitir una sentencia de carácter condenatorio*¹⁸. En esas condiciones, indicó que no obraba en el proceso pruebas que condujeran a la certeza de la realización de ese punible, esto de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 396 de la Ley 522 de 1999, razones que la llevaron a tomar la decisión exculpatoria.

V. ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

5.1 El defensor de confianza de los patrulleros TENORIO CABEZAS y VALENCIA BECERRA apeló la sentencia de condena proferida en contra de sus poderdantes al considerar que el fallo debía revocarse y, en consecuencia, absolver a los uniformados dado que la juez de instancia no tuvo en cuenta las contradicciones y falsedades de los testigos de cargo, asunto éste que incluso amerita la compulsa de copias para investigar el falso testimonio.

Dijo que no fue posible alcanzar el grado de conocimiento y certeza requerida para condenar, por tanto, la decisión impugnada contrarió el principio de *in dubio pro reo*. Para argumentar su dicho intentó disminuir la credibilidad de los testigos, concretamente realizó un examen comparativo entre el dicho de la declarante NELLY DEL CARMEN LEÓN RAMIREZ al inicio de la investigación y sus respuestas en la

¹⁸ Folios 613 C.O. 4

audiencia de corte marcial, resaltando las contradicciones entre uno y otro evento.

5.2 De otra parte, el doctor RICARDO ROMERO ARTURO, defensor de la patrullera YIRA YURLEIDY PEÑALOZA RENTERIA, impugnó la decisión condenatoria para lo cual argumentó que fue injusta la condena proferida en contra de su representada bajo una responsabilidad objetiva, proscrita por el ordenamiento jurídico, pues, según el profesional, no existió certeza de la ocurrencia de los hechos y mucho menos de la responsabilidad de la uniformada.

Adujo que lo realmente claro era la perturbación a la tranquilidad de la residencia de la señora EVELIN KATHERINE IGUA LEÓN, lo que dio lugar a que los familiares se vieran obligados a llamar a la central de la Policía Nacional para que restablecieran el orden. Fue entonces cuando los uniformados intentaron hacer entrar en razón al particular CARLOS ENRIQUE BENAVIDES, quien debido a su alto grado de alicoramiento se exaltó y se negó a colaborar con el procedimiento policial, debiendo aquellos emplear la fuerza para conducirlo, resaltando con ello que las posibles lesiones se presentaron dentro de la vivienda y no en el CAI, como lo aseveró el denunciante.

Respecto de los hechos descritos como sucedidos en el CAI -como fueron los golpes, lanzarle un balde con agua fría, rociarle gas pimienta-, consideró que no podían ser ciertos en tanto que por ser las

instalaciones del habitáculo un recinto tan pequeño, con escasa ventilación, lo último que se haría allí sería usar químicos que afectaran a los mismos uniformados, o dañar la presentación del CAI al mojarlo con agua, razones por las que restó credibilidad a lo manifestado por el afectado.

Bajo tal dinámica, criticó que el denunciante no haya dado datos concretos sobre la mujer policía que supuestamente estuvo en el CAI mientras los otros uniformados lo agredían, de donde arguyó que los hechos no necesariamente ocurrieron como los explicó el afectado, máxime cuando existen contradicciones entre los testigos y entre estos y el denunciante, evidenciando con ello el deseo de obtener provecho económico de la situación.

También aseveró que no existió prueba alguna sobre lo ocurrido desde el trayecto en que el ofendido fue sacado de la residencia hasta llegar al CAI, ya que las lesiones pudieron haberse presentado antes de llegar a ese recinto policial, pues lo único visto por su representada fue a dos policías dialogando con un civil. Para sustentar su tesis tuvo en cuenta lo explicado por los testigos de cargo, quienes aseveraron que los uniformados le propinaron patadas en la cabeza para sacarlo de la vivienda, y además puso en duda que el denunciante hubiera ingresado al CAI el día de los acontecimientos.

Finalmente, adujo que existía un manto de dudas sobre lo realmente acontecido, lo cual no podía ser

subsanoado a través de conjeturas o meras suposiciones en contra de la acusada. Solicitó la aplicación del principio *in dubio pro reo* en debida forma, en aras de absolver a su prohiada de cualquier cargo.

5.3 A su turno, la doctora PAULA VANESSA BURBANO OVIEDO en calidad de Procuradora 279 Judicial I Penal apeló el numeral cuarto de la sentencia del 13 de marzo de 2018, mediante la cual se dispuso absolver a la PT. YIRA YURLEIDY PEÑALOZA RENTERIA del punible de prevaricato por omisión, deprecando se revoque dicha decisión y en su lugar se condene a la policial por ese delito.

Lo anterior al considerar que el juzgado de instancia erró al absolver a la uniformada aduciendo que la Fiscalía Penal Militar no enunció la norma en la cual estaba contemplado el deber jurídico exigido a los servidores públicos -vacío de congruencia en la acusación-, dejando de lado qué precisamente la Corte Suprema de Justicia bajo el radicado 34852 del 27 de junio de 2012 abordó un asunto de la Justicia Penal Militar sobre el punible de prevaricato por omisión, en donde el acusador no realizó expreso señalamiento de las normas o preceptos que consagraban las obligaciones funcionales imputadas, contexto similar al tratado en el presente caso, "*Empero el Tribunal hizo énfasis en que las obligaciones funcionales si fueron incluidas en las respectivas decisiones de manera clara y específica, de suerte que pudieron sintetizarse en los deberes de (i) adelantar las gestiones necesarias*

para judicializar al conductor del camión y (ii) inmovilizar el vehículo”¹⁹.

Insistió en que la no mención de las normas expresas donde reposaban los deberes funcionales infringidos no impiden la estructuración típica del delito de prevaricato por omisión, pues en un caso similar la Corte Suprema de Justicia concluyó: “*que los agentes efectivamente incurrieron en una afectación penalmente relevante del bien jurídico de la administración de justicia, haciéndose merecedores al correlativo juicio de reproche*”.

Transcribió apartes de la sentencia en comentario para indicar el desacierto de absolver por la omisión en el pliego acusatorio de mencionar la norma donde figuraba la obligación de hacer las anotaciones, aspecto éste que operaría en el evento que la procesada hubiere alegado carencia de conocimiento sobre el deber jurídico quebrantado o en caso de dudas frente a la preexistencia o exigibilidad del mismo, lo que según la recurrente no ocurrió en el presente caso; contrario a ello, la uniformada confirmó conocer suficientemente su condición como jefe de información y de ahí su deber de relacionar los asuntos conocidos durante su turno. A partir de allí dedujo que la actuación de la uniformada fue dolosa, en tanto sabía que omitía un acto propio de las funciones constitucionales legales o reglamentarias de su cargo, situación debidamente identificada en la pieza calificatoria.

¹⁹ Folio 641 C.O.4

Afirmó que la falladora de manera descontextualizada destacó un precedente de la Corte Constitucional, cuando lo propio era entenderse *"en función del interprete y destinatario del mandato jurídico concreto, pues solo así se podrá acreditar que aquel lo conoce y lo comprende, en tanto se estima que, dada la publicidad de la norma en cuestión, se ha garantizado que todos los ciudadanos conozcan su contenido, más aún cuando entre aquel colectivo existen sujetos con especial cualificación para discernir los puntos exactos de la misma"*²⁰. Así entonces, coligió que la jurisprudencia aludida dentro de la sentencia no apoyaba la tesis central de absolución, por el contrario, los precedentes analizados entregaban argumentaciones tendientes a incriminar y hacerle un juicio de reproche a la acusada, dada la acreditación del conocimiento previo que tenía frente a la existencia y exigibilidad de un específico deber jurídico preexistente al momento de los hechos.

Recalcó que cuando los policiales condujeron al particular CARLOS BENAVIDES al CAI Potrerillos, la procesada -PEÑALOZA RENTERÍA- como jefe de información debió dejar expresa constancia de la llegada del civil a las instalaciones policiales en calidad de conducido, acto propio de sus funciones que omitió para favorecer las condiciones de ausencia de control, intensificar la situación de vulnerabilidad del ciudadano y obstaculizar de manera grave cualquier proceso para establecer la trazabilidad de los hechos, identidad de los

²⁰ Folio 645 C.O. 4

responsables, tiempo de permanencia en las instalaciones, el modo en el que el particular salió de ellas, a tal punto que fue de la versión de la víctima que se logró reconstruir el drama acontecido en el CAI.

Por las anteriores razones, dijo que no se apreciaban vacíos de congruencia como lo sostuvo el *A quo*, en tanto los hechos *"de la acusación que soportan la tipicidad del delito describen con claridad y precisión las circunstancias tanto objetivas como subjetivas de modo, tiempo y lugar en las que se dio la omisión de la PT. PEÑALOZA RENTERIA como Jefe de Información del CAI Potrerillo (identidad fáctica), y el delito por el cual ella fue acusada (identidad personal) es el mismo por el que se pidió condena por parte de la Fiscalía 165 Penal Militar (identidad jurídica), observando los términos que sobre el principio de congruencia ha señalado la Corte Suprema de Justicia, dentro de los radicados 44337 de marzo de 2016, y 46893 febrero 8 de 2017"*²¹.

Otra omisión en la que incurrió la PT. PEÑALOZA RENTERIA, según la recurrente, fue el no haber denunciado los violentos comportamientos desplegados por los uniformados del cuadrante que conocieron el caso, aspecto este que subsumió la falladora en la defraudación de la posición de garante que tenía frente al señor CARLOS ENRIQUE BENAVIDES, teoría del caso que no fue expuesta por la fiscalía, advirtió la apelante.

²¹ Folio 646 *idem*

Finalmente, arguyó que la ausencia de mención de normatividad específica frente al deber funcional no puede convertirse en un criterio de apreciación probatoria para debilitar el mérito de los restantes elementos de prueba, es un asunto que debe ser superado por el operador jurídico cuando se evidencia el deber de proceder en las circunstancias particulares del asunto, como ocurrió en el presente caso, todo lo cual la llevó a solicitar la condena de la acusada.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El DR. MISAEL FERNANDO RODRIGUEZ CASTELLANOS, Procurador Judicial 11 Penal II, luego de hacer un sucinto análisis de los antecedentes procesales, deprecó de la Sala ordenar el envío de la actuación a la justicia ordinaria por competencia, y de manera subsidiaria, en caso de considerar ser competente para conocer del asunto, solicitó el envío del expediente al Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria- para que se agote el trámite de la definición de competencia en los términos que consagra el párrafo transitorio 1 del artículo 19 del Acto Legislativo 02 de 2015, norma que modificó el artículo 257 de la Constitución Política.

Lo anterior en consideración a que para el representante del Ministerio Público los hechos que se investigan no podían ser restringidos a unas lesiones personales, al dar cuenta el denunciante que

fue sometido a golpes al interior de una unidad policial sin justificación alguna por dos agentes del orden ante la omisión de una mujer policía.

Afirmó que quien debe conocer el caso es la justicia ordinaria, instancia que tiene la competencia general mientras que la justicia penal militar es la excepción, pues en casos como el analizado se puede auscultar la posibilidad de estar frente al delito de tortura agravada, *"en virtud de la eventual participación de un servidor público y por recaer sobre la presunta víctima de un hecho punible o una falta disciplinaria (art. 179, numerales 2 y 4)"*²².

Luego de explicar con dogmática y jurisprudencia el alcance del delito de tortura a nivel nacional e internacional, adujo que la justicia ordinaria es la competente para conocer ese tipo de conductas que son consideradas como de lesa humanidad, lo que rompe objetivamente el vínculo con el servicio y de contera el fuero competencial asignado a la jurisdicción castrense.

Indicó que de la misma sentencia se podía evidenciar que los uniformados desbordaron su actuar funcional en cuanto al uso legítimo de la fuerza respecto de un ciudadano sometido a un operativo policial, aunado al actuar omisivo de parte de la uniformada que estaba en el CAI. Insistió en que desde que los procesados extralimitaron o excedieron el desarrollo de una acción policial legítima y vulneraron la integridad

²² Folio 659 C.O.4

personal de un ciudadano, se rompió el vínculo con el servicio público y en esa medida la competencia de la justicia castrense.

Concluyó aseverando que si la conducta desplegada no resultó ser tortura agravada y en cambio se determinó que se trataba de lesiones personales, es un desenlace que debía arribar la justicia ordinaria, ello aunado a que en caso de duda de competencia era esa la llamada a conocer del asunto.

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación, de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999 y 203.3 de la nueva codificación castrense -Ley 1407 de 2010-, normatividad aquella que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada para hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de ese año²³, como de los ocurridos con posterioridad a la misma, no obstante encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico colombiano el Código Penal Militar de 2010, Ley 1407 de este año, mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, autos de mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737; noviembre 08 de 2011, radicado 37797 y marzo 07 de 2012, radicado 38401, entre otros

Se analizará el asunto bajo las limitaciones impuestas por el artículo 583 de la Ley 522 de 1999, de tal suerte que la segunda instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el impugnante, salvo la nulidad y aquellos inescindiblemente vinculados a la investigación.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Antes de adentrarnos a resolver los recursos de alzada propuestos por las partes, es necesario que el Colegiado examine los aspectos que en punto de la competencia fueron expuestos por el delegado del Ministerio Público ante esta instancia, puesto que de hallarse fundados resultaría inocuo resolver las apelaciones.

8.1 De la competencia de la jurisdicción penal militar para conocer del presente asunto.

Como punto de partida se debe resaltar que los procesados PT. JOSE ESTIVEN VALENCIA BECERRA, PT. EDISON FERNANDO TENORIO CABEZAS y PT. YIRA YURLEIDY PEÑALOZA RENTERÍA, para la fecha de los hechos indagados pertenecían al Departamento de Policía Nariño y prestaban primer turno de vigilancia en el Centro de Atención Inmediata "Potrerillos", los dos primeros conformaban la patrulla del cuadrante No. 13, en tanto que la PT. PEÑALOZA ostentaba el cargo de jefe de información de ese CAI.

En razón de su competencia funcional conocieron de un caso de policía relacionado con violencia intrafamiliar, reportado a través de una llamada telefónica a la central en la que requerían la presencia de una patrulla policial con el fin de controlar la situación y restablecer los derechos de las personas afectadas. Fue entonces esa la razón por la cual arribó al lugar la patrulla del cuadrante No. 13 y condujeron al presunto infractor -CARLOS BENAVIDES- hasta el CAI Potrerillos, procedimiento que posteriormente fue denunciado por el ciudadano aduciendo haber sido objeto de maltrato físico por los uniformados que integraban la patrulla ante la mirada complaciente de quién fungía como jefe de información de esa unidad policial.

Ante ese panorama, el señor procurador judicial ante esta instancia rindió concepto en los siguientes términos: *"En consecuencia se solicita al H. Tribunal Superior Militar que se declare incompetente para conocer del recurso interpuesto y en su lugar debe remitir el expediente ante la Fiscalía General de la Nación, para que asuma su conocimiento"*²⁴, a lo que agregó: *"Subsidiariamente, en el evento en que la H. sala de decisión considere que la justicia castrense es la competente para conocer de la presente investigación previa, con profundo respeto se solicita que se remita la actuación al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, para que se agote el trámite de la definición de competencia en los términos que consagra el parágrafo transitorio 1º del artículo 19*

²⁴ Folios 656-663 C.O. 4

del acto legislativo 01 de 2015, norma que modifica el artículo 257 de la Constitución política"²⁵.

Para argumentar su petición consideró que los policiales desbordaron su actuar funcional rompiendo el vínculo con el servicio público, lo que de contera soslayó la competencia de la justicia castrense para conocer de los delitos cometidos por los uniformados bajo las circunstancias denunciadas, *"sin que para ello corresponda realizar ninguna verificación por parte de la autoridad diferente a la justicia ordinaria, pues esta instancia es la regla general y la justicia penal militar la excepción"*²⁶.

De vital importancia, antes de referirnos a cada uno de los subtemas propuestos por el togado, la Sala estima prudente realizar algunas precisiones de orden conceptual, dogmático y jurisprudencial sobre el fuero penal militar, argumentos que servirán de fundamento jurídico para el análisis subsiguiente.

8.1.1. Presupuestos para que opere el Fuero Penal Militar.

El artículo 221 de la Carta Política de nuestro país preceptúa que *"De las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar"*, delimitación precisa e inequívoca de la competencia de esta jurisdicción

²⁵ Ídem

²⁶ Folios 658 C.O. 4

especial que reproduce el artículo 1° de la Ley 1407 de 2010 -actual Código Penal Militar-, al igual que lo hacía la Ley 522 de 1999, en su artículo 1°.

También el artículo 2° de la referida Ley 1407 de 2010 de manera puntual determinó: *"Delitos relacionados con el servicio. Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo dentro o fuera del territorio nacional, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les ha asignado"*, esto es, concretó de manera precisa los elementos que estructuran el fuero penal militar.

De las anteriores disposiciones se infiere sin equívoco que son dos los elementos que estructuran el fuero penal militar, uno de orden subjetivo - ser miembro de la Fuerza Pública en servicio activo -, y otro de orden objetivo o funcional -el delito debe tener relación con el servicio-, relación que debe ser próxima y directa, derivada del ejercicio de las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, debiéndose distinguir entre los actos que ejecuta el miembro de la Fuerza Pública en ejercicio de las actividades propias de su cargo y aquellos que puede ejecutar en su condición de persona natural (Corte Constitucional sentencia C- 358 de 1997)²⁷.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-358 del 05 de agosto de 1997, MP. DR. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, "2. En los precisos términos de la Constitución Política, la jurisdicción penal militar conoce (1) de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, (2) siempre que

El primero de los elementos no requiere mayor explicación, en tanto que, como miembro de la Fuerza Pública en servicio activo, debe entenderse aquél funcionario que ha sido dado de alta como oficial, suboficial o soldado de las Fuerzas Militares (Ejército, Armada, Fuerza Aérea), o como oficial, miembro del nivel ejecutivo, suboficial, auxiliar de policía o agente en la Policía Nacional y que, para el momento de la ocurrencia del hecho, se halle en esa condición -en servicio activo-.

El segundo de los elementos -objetivo- alude a que el delito objeto de investigación guarde una relación con el servicio, esto es, que ha de entenderse que la conducta es ejecutada por el miembro de la Fuerza Pública en ejercicio de las actividades concretas orientadas a cumplir o realizar las finalidades propias de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional consagradas en la Constitución, las leyes y los reglamentos, por lo cual, la conducta punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad lícita ligada directamente a una función propia del cuerpo

ellos tengan "relación con el mismo servicio". De esta manera, la misma Carta ha determinado los elementos centrales de la competencia excepcional de la justicia castrense, con lo cual limita el ámbito de acción del legislador en este campo y exige un más estricto control de constitucionalidad sobre él, pues, como bien se expresó en la sentencia C-081/96 de esta Corporación, entre más definida se encuentre una institución por la Carta, menor será la libertad de configuración del Legislador sobre ella. Por ende, la ley que señala cuáles son los delitos que corresponde conocer a esta jurisdicción debe respetar la orden constitucional que impone tanto el contenido esencial del fuero militar como su carácter limitado y excepcional. La extensión de éste, por fuera de los supuestos constitucionales, menoscabaría la jurisdicción ordinaria, que se impone como juez natural general, por mandato de la misma Constitución y, por contera, violaría asimismo el principio de igualdad, el cual sólo se concilia con una interpretación restrictiva de las excepciones a la tutela judicial común."

armado, vínculo que debe ser próximo y directo (Corte Constitucional sentencia C-358 de 1997)²⁸.

Coherente con el anterior planteamiento, la Sala debe precisar que cuando la Constitución y la ley se refieren al "servicio", ha de entenderse como la sumatoria de todas las actividades, misiones, cometidos, trabajos, labores, tareas, objetivos, menesteres y acciones que deben desarrollar los miembros de las instituciones militares y policiales para lograr el cumplimiento de los fines previstos en los artículos Constitucionales 217²⁹ y 218³⁰, respectivamente, así como las demás funciones fijadas por los diversos ordenamientos.

Consecuentemente, para que opere el fuero penal militar deben estar acreditados tanto el elemento subjetivo como el objetivo, esto es, se itera, la conducta punible ha de ejecutarse por un miembro de

²⁸Corte Constitucional, sentencia C-358 del 05 de agosto de 1997, MP. DR. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ: "3. La expresión "relación con el mismo servicio", a la vez que describe el campo de la jurisdicción penal militar, lo acota de manera inequívoca. Los delitos que se investigan y sancionan a través de esta jurisdicción no pueden ser ajenos a la esfera funcional de la fuerza pública. Los justiciables son únicamente los miembros de la fuerza pública en servicio activo, cuando cometan delitos que tengan "relación con el mismo servicio". El término "servicio" alude a las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares - defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional - y de la policía nacional - mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica."

²⁹Artículo 217.- La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

³⁰Artículo 218. La ley organizará el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

la Fuerza Pública en servicio activo, bajo un vínculo claro entre el hecho y la misión del servicio; en esa medida, debe surgir como una extralimitación o abuso de poder ocurrido durante el desarrollo de las actividades propias que lleven a cumplir con los fines constitucionales legales o reglamentarios.

Contrario sensu, las conductas punibles ejecutadas por cualquier miembro de la Fuerza Pública en servicio activo por fuera de las actividades que conlleven al cumplimiento de los fines determinados no guardan ninguna relación con el servicio, pues ésta no surge por el sólo hecho de su investidura militar o policial, de ahí que se hace necesario distinguir entre los actos que ejecuta el miembro de la Fuerza Pública en ejercicio de las actividades propias de su cargo y aquellos que puede ejecutar en su condición de civil o persona particular.

Así las cosas, resulta necesario precisar que el legislador mediante el Código Penal Militar consagró los denominados por la doctrina y la jurisprudencia delitos típicamente militares y delitos militarizados, a los cuales el propio legislador al incorporarlos en el tráfico jurídico de antemano examinó la relación con el servicio, imprimiéndoles las características y exigencias propias como ingredientes normativos (Corte Constitucional sentencia C-533 de 2008)³¹.

³¹Corte Constitucional, sentencia C- 533 del 28 de mayo de 2008, MP. DRA. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ: "7.10. *En efecto, en el plano normativo, el legislador al configurar el Código Penal Militar, puede crear tipos penales militares, o modificar o incorporar los tipos penales ordinarios siempre y cuando tome en cuenta lo que genuinamente tiene relación directa con los*

Los denominados delitos típicamente militares son aquellos cuya estructuración contiene elementos y características propias del servicio militar y policial, los cuales protegen bienes jurídicos que guardan una relación íntima, intrínseca, exclusiva, esencial y fundamental con el funcionamiento y la estructura de esas instituciones, necesarios para el cumplimiento de la misión asignada a aquellas como la Disciplina, el Servicio, los intereses de la Fuerza Pública, el Honor, la seguridad de la Fuerza Pública, por mencionar algunos.

Por su parte, los denominados delitos militarizados comprenden aquellos tipos penales comunes a los cuales el legislador les incorporó elementos y circunstancias propias del servicio militar y policial, tales como el peculado sobre bienes de dotación, peculado por demora en entrega de armas, municiones y explosivos; tráfico de influencias para obtener ascensos, distinciones o traslados; abuso de autoridad especial y omisión de apoyo especial.

actos propios de servicio militar y policial, es decir, los adapte al contexto de la función militar o policiva. De tal manera, el Código Penal Militar puede contener, en relación con el servicio, (i) tipos penales típicamente militares, siempre y cuando consideren las características propias del servicio militar y policial, y (ii) tipos penales comunes, incorporándoles elementos y circunstancias propias del servicio que presta la fuerza pública y que resulta relevante tomar en consideración. Como lo ha considerado esta corporación, tanto en los delitos típicamente militares como en los comunes adaptados a la función de la fuerza pública, el concepto de servicio o misión legítima constituye un referente obligado para el legislador, quien toma de éste características y exigencias propias para proyectarlas luego como ingredientes o aspectos de las diferentes especies punitivas. En estos dos casos convergen de manera ciertamente más acuciosa los elementos personal y funcional que integran la justicia penal militar."

Además de los anteriores tipos penales, el legislador incorporó al Código Penal Militar, por vía de remisión legislativa, el catálogo de delitos comunes previsto en el Código Penal y demás leyes complementarias, previsión legislativa introducida en artículo 195³² de la Ley 522 de 1999, norma declarada exequible en sentencia C-878 de 2000³³, que fue reproducida de manera idéntica en el actual estatuto punitivo -Ley 1407 de 2010, artículo 171³⁴-.

Resáltese de lo dicho, que actualmente no existe discusión alguna sobre la competencia de la jurisdicción penal militar para investigar y sancionar aquellas conductas punibles descritas en la Codificación Castrense, como también los delitos

³² Ley 522 de 1999: "Artículo 195. 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."

³³ Corte Constitucional, sentencia C-878 del 12 de julio de 2000, MP. DR. ALFREDO BELTRAN SIERRA: "Por tanto, ha de entenderse que el artículo 2 de la ley 522 de 1999 es exequible bajo los supuestos antes señalados, es decir, que son delitos relacionados con el servicio, aquellos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo derivados directamente de la función constitucional que le es propia. Así, cualquier relación con ésta, consecuencia de una interpretación amplia del artículo 2 acusado, no puede servir de fundamento para desconocer la competencia que, en términos generales, ostenta la justicia ordinaria.

4.3. En el mismo sentido ha de entenderse el artículo 195 de la ley 522 de 1999, que igualmente se acusa de ser contrario a la Constitución, pues cuando un miembro activo de la fuerza pública en servicio activo cometa delito tipificado en el código penal ordinario o leyes complementarias, sólo podrá ser investigado y juzgado de conformidad con las normas del Código Penal Militar, cuando el delito cometido tenga relación directa y sustancial con las funciones constitucionales asignadas a la fuerza pública.

(...) En consecuencia, ha de concluirse que el artículo 195 de la ley 522 de 1999 es exequible, en el entendido que la jurisdicción penal militar sólo tendrá competencia para conocer de los delitos comunes que llegue a cometer el miembro de la fuerza pública, cuando estos delitos tengan relación directa con el marco de las actividades asignadas a la fuerza pública por la Constitución. Si la mencionada relación no existe, la competencia para conocer de la comisión de un delito de esta naturaleza será privativamente de la jurisdicción ordinaria."

³⁴ Ley 1407 de 2010: "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."

comunes contemplados en el Código Penal y demás normas complementarias, cuando tales conductas delictuales sean ejecutadas por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

Finalmente, se ha de precisar que todo delito es contrario a Derecho por vulnerar las disposiciones legales y en la mayoría de los casos los derechos fundamentales de las personas; en esa medida, los actos del servicio no pueden ser delictivos porque surgen como mandato de la propia Constitución, por lo cual un hecho o conducta propia del servicio no amerita castigo, por esa razón la justicia castrense no investiga actos del servicio sino las conductas punibles ejecutadas en relación con el servicio (Corte Const. Sentencia C-358/97)³⁵, en tanto que el delito no puede ser un medio para cumplir con los fines constitucionales.

No obstante lo dicho, la Corte Constitucional en sentencia C-358/97³⁶ también ha aquilatado que cuando

³⁵Corte Constitucional, sentencia C-358 del 05 de agosto de 1997, MP. DR. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ: "La Corte precisa: es obvio que nunca un acto del servicio puede ser delictivo, razón por la cual una conducta propia del servicio no amerita jamás castigo. Por ello la justicia castrense no conoce de la realización de "actos del servicio" sino de la comisión de delitos "en relación" con el servicio."

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-358 del 05 de agosto de 1.997, MP. DR. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ: "el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública. Al respecto es importante mencionar que esta Corporación ya ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de la persona, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia. (...)

el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad, de contera se rompe el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio, situaciones en las que la competencia para conocer del caso debe ser atribuida a la justicia penal ordinaria, en tanto que, la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente, la disciplina y la función propiamente militar o policial.

Consecuente con los pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en esta materia, el propio legislador de manera expresa, atendiendo la libertad de configuración legislativa otorgada en la Carta Política, en el artículo 3 de la Ley 1407 de 2010 determinó cuáles delitos no guardan relación con el servicio, así: "Artículo 3. *Delitos no relacionados con el servicio. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, **en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el Derecho Internacional Humanitario,** ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio, entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por*

Por consiguiente, un delito de lesa humanidad es tan extraño a la función constitucional de la Fuerza Pública que no puede jamás tener relación con actos propios del servicio, ya que la sola comisión de esos hechos delictivos disuelve cualquier vínculo entre la conducta del agente y la disciplina y la función propiamente militar o policial, por lo cual su conocimiento corresponde a la justicia ordinaria".

Colombia" (resaltos fuera de texto), disposición declarada exequible por la guardiana del orden Constitucional en sentencia C-469 de 2009³⁷.

En este orden de ideas, con la claridad conceptual expuesta en precedencia, le corresponde ahora a este Colegiado examinar si la conducta investigada en el caso bajo estudio se desarrolló dentro de los parámetros determinados en el artículo 221 de la Constitución Política y por ello la competencia debe continuar siendo regentada por esta justicia especializada, o por el contrario, debe darse paso a lo solicitado por el representante de la sociedad ante esta instancia.

8.1.2. De las lesiones personales investigadas y su configuración como grave violación a los derechos humanos.

Afirmó el representante de la sociedad que "(...) debe auscultarse la posibilidad de estar frente a la configuración del punible de tortura, contemplado en el artículo 178 del Código Penal, que en este caso sería en la modalidad agravada, en virtud de la eventual participación de un servidor público y por recaer sobre la presunta víctima de un hecho punible o de una falta disciplinaria (art. 179, numerales 2 y 4)³⁸.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-469 del 15 de julio de 2009, MP. DR. JORGE IVAN PALACIO PALACIO: "Primero: Declarar cumplida la exigencia del artículo 167 de la Constitución Política, en cuanto al artículo 3° del proyecto de Ley. En consecuencia, declarar EXEQUIBLE el artículo 3° del proyecto de Ley 111/06 Senado, 144/05 Cámara, "Por la cual se expide el Código Penal Militar", respecto de las cuestiones analizadas en esta decisión y que fueron materia de las objeciones presidenciales estudiadas en la Sentencia C-533 de 2008."

³⁸ Folio 659 C.O. 4

Para sustentar su hipótesis adujo que se integró al ordenamiento jurídico interno dos mecanismos internacionales que trataban sobre la tortura y que en virtud del bloque de constitucionalidad -artículo 93- y el principio *pro homine* resultaban aplicables a este tipo de casos, como lo era la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes (Ley 70 de 1986), y la Convención Interamericana de Derechos Humanos para sancionar y prevenir la tortura (Ley 409 de 1997). Así entonces, consideró que *"La competencia para conocer de este tipo de conductas es la jurisdicción ordinaria, y en particular cuando se puede estar frente a la configuración del tipo penal de tortura, que es considerado un delito de lesa humanidad, pues el acto que la puede tipificar y que está relacionado con el servicio, rompe objetivamente el vínculo con éste y de contera el fuero competencial asignado a la jurisdicción castrense"*³⁹.

Al respecto, la Sala debe señalar que si bien es cierto el ciudadano CARLOS BENAVIDES resultó lesionado en el procedimiento de policía llevado a cabo en la ciudad de Pasto, según se infiere de los medios de prueba allegados al proceso, no por ello es factible pregonar que nos encontramos frente a la configuración del delito de tortura agravada, pues para concluirlo es menester probar circunstancias que permitan cualificar y agravar la conducta, tarea que dejó de lado el representante de la sociedad.

³⁹ Folio 660 C.O.4

Tal falencia argumentativa releva a esta Corporación de continuar con el análisis del asunto, sin embargo, en aras de dar claridad y resolver la inquietud relacionada con la competencia de esta jurisdicción, es del caso recordar que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de julio de 2016, bajo el radicado SP9477-2016 N. 42129, con ponencia del Magistrado LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO, analizó los presupuestos exigidos para considerar una conducta como tortura, veamos:

*"Posteriormente la Ley 589 de 2000, art. 6, que modifica el artículo 279 del Código Penal de 1980, se apoya en la "Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", adoptada en Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 y aprobada mediante la Ley 70 de 1986, que en su artículo I entiende por tortura "todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos **graves**, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones*

legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas" (negrilla fuera del texto).

*Por eso, el citado tipo penal demandaba para los dolores o sufrimientos infligidos a la persona el calificativo "graves" contemplado en el mencionado instrumento internacional, mientras los ingredientes y elementos normativos que lo configuran son similares, conforme puede constatarse en la transcripción de él: "El que inflija a una persona dolores o sufrimientos **graves**, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación incurrirá en prisión... En la misma pena incurrirá el que ocasione **graves** sufrimientos físicos con fines distintos a los descritos en el inciso anterior. No se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas" (negrillas fuera de texto).*

El actual Código Penal, Ley 599 de 2000, reprodujo en su artículo 178 la conducta de tortura manteniendo su estructura típica, con ligeras modificaciones a los incisos 2, al reemplazar las locuciones "ocasiona graves sufrimientos físicos" por "comete la conducta", y 3, al cambiar el vocablo "fortuita" por "inherente", del artículo 279 del Código Penal de 1980.

Ello trajo como consecuencia que en la descripción del artículo 178 de la Ley 599 de 2000, una de las exigencias para la configuración del delito contra la autonomía personal era la de que los dolores y sufrimientos infligidos a la víctima tuvieran la connotación de "graves", calificativo incluido en las definiciones que de tortura hicieran la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1975 sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 1, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, art. 1, y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, art. 7.

Por su parte, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura suscrita en Cartagena el 9 de diciembre de 1985, aprobada mediante la Ley 409 de 1997, señala en su artículo 2 que "se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la

realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo".

Con fundamento en ella, la Corte Constitucional en la sentencia C-148 de 2005 advierte que: "en dicho instrumento internacional aprobado mediante la Ley 409 de 1997 no solamente se excluye la expresión "graves" para efectos de la definición de lo que se entiende por tortura, sino que se señala claramente que se entenderá como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. Es decir que de acuerdo con la Convención Interamericana configura el delito de tortura cualquier acto que en los términos y para los fines allí señalados atente contra la autonomía personal, incluso si el mismo no causa sufrimiento o dolor".

Pero además con sustento en los artículos 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que imponen preferir en materia de los derechos la interpretación más favorable contenida en los tratados de derechos humanos o principio pro homine, privilegia la definición de la Convención, al considerar que es la más protectora frente a las personas que son sometidas a ese flagelo y porque los instrumentos internacionales permiten su aplicación.

Por tanto, declaró inexecutable la expresión "graves" del artículo 178 de la Ley 599 de 2000, al constatar que "i) con ella se vulnera

claramente la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y consecuentemente el artículo 93 superior y ii) por cuanto el artículo 12 constitucional no hace ninguna distinción sobre la prohibición de la tortura que se fundamenta además en el respeto de la dignidad humana (art. 1 C.P.)”.

En esa medida, el dolor o sufrimiento infligido a la persona no ha de ser grave; para la estructuración del tipo penal basta que siendo físico o psíquico persiga los fines señalados en él, se trate de acto expiatorio por un hecho cometido o que se sospecha ha cometido, o de presión o amenaza por razón que comporte algún tipo de discriminación, que afecte su autonomía sin atender a grados o a la intensidad de aquellos.

El casacionista se apoya en lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Irlanda contra el Reino Unido definido en sentencia del 18 de enero de 1978, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 10832, “Luis Lizardo Cabrera” República Dominicana 7 de abril de 1998, y los autores Carlos A. Mahiques y Gonzalo Bueno, para distinguir la tortura de los tratos inhumanos o degradantes.

A partir del artículo 3° del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950, dicho Tribunal considera que las practicas conocidas como “cinco

técnicas"⁴⁰ llevadas a cabo en los centros de interrogatorios no identificados, debido a la "intensidad" del sufrimiento producido no podían considerarse torturas sino actos constitutivos de tratos inhumanos y degradantes.

El criterio esencial para distinguirlas es "la intensidad del sufrimiento infligido", de manera que la tortura sería una forma agravada del tratamiento inhumano.

La Comisión en el caso 10832 citado, admite que "La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura no funda como criterio para definir la tortura la intensidad o grado de sufrimiento físico o mental experimentado por la víctima", y "considera que tanto la Convención Americana como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, le confieren cierta laxitud para evaluar si, en vista de su gravedad o intensidad, un hecho o práctica constituye tortura o pena o trato inhumano o degradante"⁴¹.

Por su parte, el primer autor citado acude al "mínimo de gravedad en la intensidad del sufrimiento", concepto que cumpliría la doble función de identificación y diferenciación, permitiendo esta última establecer tres niveles en

⁴⁰ "Colocación de pie contra una pared, "estrés position" durante las identificaciones y de los periodos de algunas horas; encapuchamiento, cubriendo la cabeza de los detenidos con un saco negro o azul; ruido constante antes de los interrogatorios producido por un fuerte silbido; falta de sueño, ya que antes de los interrogatorios no se les permitía dormir y falta de alimento sólido y líquido"; La doctrina penal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estudio de casos; AVELINA ALONSO DE ESCAMILLA, pág. 184.

⁴¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe N° 35/96 de 19 de febrero de 1998, numeral 82.

función a la gravedad y la jerarquización del trato: tortura, inhumano y degradante; para el segundo el "grado de sufrimiento" es el que distingue la tortura de los tratos inhumanos y a estos de las penas degradantes, por lo cual aquella "debe ser una forma agravada de trato inhumano".

Ninguno de los anteriores criterios tiene aplicación al caso de estudio, pues si bien CARLOS BENAVIDES resultó lesionado el día de marras, no menos cierto es que brilla por su ausencia elemento de prueba del que se pueda deducir que le infligieron dolores o sufrimientos con el fin de obtener información o confesión, de castigarlo por un acto cometido o que sospecharon cometió, que lo intimidaron o coaccionaron en aras de discriminarlo, o en general, que lo hicieron con algún fin distinto al de desarrollar un procedimiento policial.

Las agresiones físicas per se constituyen violaciones del derecho a la integridad de la persona, como ocurre con otros delitos tales como la privación de la libertad, la muerte, etc., que por ese sólo hecho se constituyen en violaciones de los derechos fundamentales, pero en manera alguna su simple ocurrencia puede calificarse como una grave violación a los derechos humanos, en tanto que estas corresponden a hechos ocurridos en circunstancias que representan una inusitada gravedad, como ocurre en los delitos de lesa humanidad, según lo ha precisado la Corte Constitucional en las sentencias citadas en

el numeral 8.1.1 de estas consideraciones, tales como el genocidio, desaparición forzada, tortura, etc.

Esas graves violaciones a los derechos humanos, como lo ha sostenido la Corte Constitucional y lo ha determinado de manera expresa el legislador en el artículo 3 de la Ley 1407 de 2010, no guardan ninguna relación con el servicio, por ello no son de competencia de la Jurisdicción Penal Militar, sin embargo, el caso bajo estudio no corresponde a ninguna de esas situaciones, pues el procedimiento de policía no tenía como objetivo la búsqueda del señor CARLOS BENAVIDES para lesionarlo bajo los propósitos contemplados en el artículo 178 del Código Penal⁴², por el contrario, los medios de convicción dan a conocer que se trató de unas lesiones acaecidas durante un acto policial que buscaba restablecer la tranquilidad a un grupo de ciudadanos que reportaron actos violentos al interior de una familia, hecho calificado por la primera instancia como una extralimitación o uso excesivo de la fuerza ante la actitud hostil y pendenciera del ciudadano.

⁴² **"ARTICULO 178. TORTURA.** <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 10. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que inflija a una persona dolores o sufrimientos **graves**, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a doscientos setenta (270) meses, multa de mil sesenta y seis punto sesenta y seis (1066.66) a tres mil (3000) salarios mínimos legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

En la misma pena incurrirá el que cometa la conducta con fines distintos a los descritos en el inciso anterior.

No se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o inherente a ellas."

El uso de la fuerza se encuentra reglado no sólo por normas internas como el Código Nacional de Policía, sino por instrumentos internacionales como el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 14/169 del 17 de diciembre de 1979, artículo 3, y los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en La Habana Cuba -27 de agosto al 07 de septiembre de 1990-, numeral cinco de las disposiciones generales.

Básicamente las citadas disposiciones prevén que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, entendidos como aquellos que les corresponde realizar la persecución del crimen, las capturas y detenciones ordenadas por los jueces, podrán hacer uso de la fuerza y de las armas *"solo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas"*, de manera excepcional, en forma proporcional y como una medida extrema cuando sea inevitable de acuerdo a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga.

En el caso que nos ocupa los procesados se hallaban laborando bajo las reglas de los derechos humanos, en tanto que desarrollaban recorridos de rutina en cumplimiento de la misión constitucional y legal encomendada a los miembros de la Policía Nacional en

zonas urbanas, como es la protección de las personas, sus vidas, bienes y honras, en tareas preventivas y de persecución de actividades criminales, luego, la utilización de la fuerza debía estar sujeta a las disposiciones antes referidas.

El servicio que cumplían en ese momento los policiales que integraban el cuadrante No. 13 del CAI Potrerillos del Departamento de Policía Nariño, era precisamente garantizar la seguridad y la tranquilidad de los residentes de los sectores que pertenecían a la jurisdicción del referido CAI, quienes para ello debían hacer presencia como autoridad policial donde fueren requeridos, tal como ocurrió en el caso de estudio al ser solicitados para que conocieran un caso de violencia intrafamiliar, en esa medida las lesiones personales se presentaron como un hecho derivado directamente de la misión asignada a esos uniformados, sin que por ello se pueda decir que al ciudadano le infringieron sufrimientos excesivos atentatorios de la integridad personal y la dignidad humana para considerar aquellas lesiones como una forma de tortura⁴³.

Conforme a las anteriores consideraciones, resulta evidente que el hecho tuvo relación con el servicio que cumplían los procesados -elemento objetivo estructural del fuero penal militar-, así como la condición de patrulleros de la Policía Nacional en servicio activo que aquellos ostentaban -elemento subjetivo-; así también, que la conducta cuestionada

⁴³ Sentencia C-587 de 1992 y C-148 de 2005 Corte Constitucional.

no cumple los requisitos normativos para ser calificada como tortura agravada, en tanto no se encuentra presente el complemento teleológico que corresponde a la finalidad alternativa que le sirve para darle el carácter autónomo del delito, a saber⁴⁴:

- i) obtener de la persona agredida o de un tercero información o confesión, ii) castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido, iii) coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación o, iv) con cualquier otro propósito, por ejemplo, económico o sádico, razones por las cuales la competencia para conocer del presente asunto se halla en cabeza de la jurisdicción especial militar.

Consecuente con las anteriores inferencias, la Sala deberá despachar de manera negativa la pretensión del representante del Ministerio Público ante esta Instancia, en consecuencia, no accederá a la petición de remitir el proceso a la jurisdicción ordinaria como tampoco someterlo a conflicto de competencia, debiéndose continuar con el estudio de las apelaciones impetradas contra la sentencia de primer grado.

8.2. De las apelaciones interpuestas por los abogados de la defensa.

Se evidencia con claridad que el problema jurídico a resolver tiene relación con la valoración de los

⁴⁴ Sentencia del 15 de julio de 2015, radicado 45795 (SP 9145-2015), MP. EYDER PATIÑO CABRERA, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

medios de prueba allegados al proceso, pues mientras para la juez dan claridad de lo sucedido e infiere de ellos la responsabilidad de los encartados, para la defensa sus imprecisiones y contradicciones deben conllevar a la absolución de sus poderdantes en aplicación del principio universal de *in dubio pro reo*, en tanto con ellas no se alcanzó el grado de conocimiento y certeza requerido para condenar.

Para desarrollar esta tarea se tendrá en cuenta algunas pautas determinadas por la Corte Suprema de Justicia, las que a su tenor literal indican lo siguiente:

"El hecho de que un testigo haya entregado dos versiones diferentes frente a un mismo aspecto, obliga a analizar el asunto con especial cuidado, bajo el entendido de que: (i) no puede asumirse a priori que la primera o la última versión merece especial credibilidad bajo el único criterio del factor temporal; (ii) el juez no está obligado a elegir una de las versiones como fundamento de su decisión; es posible que concluya que ninguna de ellas merece credibilidad; (iii) ante la concurrencia de versiones antagónicas, el juez tiene la obligación de motivar suficientemente por qué le otorga mayor credibilidad a una de ellas u opta por negarles poder suasorio a todas; (iv) ese análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica, lo que no se suple con comentarios genéricos y ambiguos sino con la explicación del raciocinio que lleva al juez a tomar la decisión, pues sólo de esa manera la misma puede ser controlada por

las partes e intervinientes a través de los recursos; (v) la parte que ofrece el testimonio tiene la carga de suministrarle al juez la información necesaria para que éste pueda decidir si alguna de las versiones entregadas por el testigo merece credibilidad, sin perjuicio de las potestades que tiene la parte adversa para impugnar la credibilidad del testigo; (vi) la prueba de corroboración juega un papel determinante cuando se presentan esas situaciones; entre otros aspectos”.

Del examen de los medios de prueba en forma conjunta, se evidencia que siendo aproximadamente las 03:00 horas del día 05 de julio de 2013, la central de radio de la Policía Nacional reportó un caso de violencia intrafamiliar en el sector el Tierrero, sur de Pasto, cuyo conocimiento estuvo a cargo de los patrulleros JOSE ESTIVEN VALENCIA y EDISON TENORIO CABEZAS, quienes prestaban primer turno de vigilancia y pertenecían al cuadrante No. 13 del CAI Potrerillos.

Al llegar al sitio encontraron a CARLOS ENRIQUE BENAVIDES RUIZ alterado y en avanzado estado de alicoramiento, de acuerdo al dicho de los policiales, perturbando la tranquilidad de las personas que allí se encontraban, entre ellos la señora NELLY DEL CARMEN LEÓN RAMIREZ, quien fuese la persona que solicitó la presencia policial dado que su padre, el señor CARLOS LEONEL LEÓN VILLACRES, sufría del corazón y cualquier disturbio lo afectaría, según lo explicó la referida testigo; de igual forma vivía

allí la compañera del afectado, EVELYN KATHERINE IGUA LEÓN, quien dio a conocer los hechos ocurridos ese día de la siguiente manera:

"La verdad CARLOS estaba dentro de mi casa y llegaron dos policías a pie, llegaron, lo sacaron, lo forcejearon, le pegaban golpes en la espalda para que saliera de la casa. (...) la verdad la que llamó fue mi madre para que se lo llevara, para que CARLOS no perturbara en la casa, porque simplemente estábamos hablando y estábamos hablando duro. Yo le decía que se vaya de la casa y que regresara después, que regresara en sano juicio, ya que él había tomado unos tragos, toda vez que había llegado a la casa embriagado. Luego ya llegaron los agentes de la policía, ellos lo estrujaban para que salga, le pegaban los golpes en la espalda. Luego se lo llevaron al CAI del Potrerillo que queda como a dos cuadras de la espalda (sic) "45.

En relación con el estado de pre sanidad del denunciante, esto es, su condición de salud antes del desarrollo de lo sucedido, los declarantes aseguraron de manera espontánea, desprevenida y concreta que era bueno, aunque se encontraba en estado de embriaguez; concretamente esto refirió EVELYN IGUA LEÓN: *"Físicamente estaba bien, no le miré ningún golpe o algo por el estipulo (sic), ese día que llegó a la casa estaba en estado de embriaguez, porque no hablaba bien, se le sentía el olor a licor, no se podía parar bien, no sé con*

⁴⁵ Folios 67-73 C.O.1.

quien estuvo tomando ni con que personas lo hizo”⁴⁶. De igual manera la señora NELLY DEL CARMEN LEÓN RAMIREZ dijo: “En ese momento lo miré bien, no observé que tuviera lesiones.”⁴⁷

Conteste con las declaraciones anotadas, la víctima, CARLOS ENRIQUE BENAVIDES RUIZ, manifestó que “ese día estábamos disgustados con mi novia EVELYN, llegué como se dice uno a hacerla de a buenas, llegué como a las dos de la mañana a la casa de ella ubicada en Santa Clara, llegué solo, llegué tomado unos tragos que me había tomado con unos amigos del taller. Llegué a la casa de ella hacerla de buenas. Lo que pasa es que la puerta donde vive ella tiene un ganchito que se abre y entré a la casa, subí por las gradas y golpié (sic) en la puerta donde vive ella; y como los abuelos de ella no me quieren, entonces de una habían llamado a la policía para que no llegara a molestar, porque yo no dejaba dormir en las horas de la madrugada. Ya llegaron dos policías en una moto y el abuelo de EVELYN de nombre CARLOS LEONIDAS le abrió la puerta y les pidió que me llevaran a mí.”⁴⁸, de lo cual se colige que el estado de pre sanidad de CARLOS BENAVIDES era bueno y no había perdido su cognición producto del alicoramiento o alteración, pues no sólo narró la manera como ingresó a la vivienda de su compañera sentimental sino que explicó paso a paso lo ocurrido, relato que concuerda con lo manifestado por EVELYN.

Los mismos indagados TENORIO y VALENCIA aseveraron no haber visto ninguna lesión visible en la humanidad de

⁴⁶ Ídem

⁴⁷ Folios 127-133 C.O. 1

⁴⁸ Folios 153-162 ídem.

CARLOS BENAVIDES cuando llegaron a conocer el caso, aunque sí dieron a conocer que tenía mal aspecto físico y su vestuario estaba sucio, es más, uno de ellos dijo que su ropa estaba ensangrentada; así lo relató textualmente EDISON FERNANDO TENORIO: "lo que se mire (sic) es que el señor tenía la ropa sucia, como si hubiera estado haciendo fuerza con alguien, o haya estado en alguna pelea, pero yo verle algún tipo de lesión no"⁴⁹, y el PT. VALENCIA BECERRA: "Él estaba ensangrentado la ropa, la tenía sucia y ensangrentada, pero lesiones físicas yo no le mire ninguna. (...) de pronto él se pudo haber causado la (sic) lesiones o alguna situación antes de dicho procedimiento, porque cuando nosotros llegamos a la vivienda, como le dije anteriormente él presentaba una fechada (sic) o apariencia de que había tenido algún tipo de riña o pelea que hubiese podido causar algún tipo de lesiones de embriaguez, exaltado o lo que hizo en su residencia golpearse así mismo, o más aun en el momento en que huye, pudo haber llegado a buscar problemas donde amigos, porque a la residencia de él no regresó, sé que no regresó a la residencia porque dejamos los números de teléfono y nunca nos llamaron y si no lo hicieron fue porque no regresó o algún tipo de situación"⁵⁰, circunstancias últimas que no están acreditadas con los demás medios probatorios, quedando sólo en el dicho de aquellos para justificar su actuar.

Tampoco quedó demostrado, como lo afirman los procesados, que CARLOS BENAVIDES huyó cuando era conducido al CAI. Esto relató el PT. VALENCIA BECERRA: "(...) al impulsarnos este caso TENORIO y yo nos

⁴⁹ Folios 281 C.O.2

⁵⁰ Folios 289-292 ídem.

dirigimos al sector mencionado donde al llegar a la residencia hay una persona en el segundo piso donde nos manifiesta que entremos que el señor está muy insoportable y que hagamos el favor de retirarlo de la vivienda, no sé el nombre de dicha persona, ya que por los propios medios de él, no quería salir, al momento en que ingresamos noto a un sujeto el cual estaba exaltado, embriagado, sucio y al ver si (sic) vestimenta parecía como si hubiese tenido algún tipo de peleas o riñas no se con exactitud si fue dentro de la vivienda o antes de ingresar a la vivienda, en eso, lo notamos que el señor está sujeto a una escalera que lleva al segundo piso, eso lo hizo al vernos, manifestando que el de la casa no salía que el (sic) tenía un problema con su esposa y quería solucionarlo, en la parte de la residencia había unas tres personas donde estaba por lo que escuchamos la esposa, el padre de la esposa y un familiar y nos pedían de favor que los (sic) retiráramos que estaba insoportable, optamos por hacerle llamados o diciéndole que se soltara de las escaleras y que saliéramos a hablar para llegar a que inconveniente tenían, el señor siguió reacio y aún más exaltado sin hacer caso omiso a nuestros llamados (sic), tocó utilizar la fuerza de manera proporcional con el fin de poder soltar a esa persona de dicha escalera, lo agarramos de las manos y de la cintura para poderlo soltar, al momento en que lo soltamos pusimos a la persona en medio de mi compañero y yo, agarrándolo de los brazos, en esto el señor se lanza al piso, y, empieza a agredirse en una puerta y en la parte de las escaleras brutalmente, con el fin de que no lo saquemos de la vivienda, al ver esto, y para evitar que no se siga causando lesiones o nos cause lesiones a nosotros o alguien de sus familiares decimos (sic) sacarlo de la vivienda, donde lo agarré de las manos y se

las puse a la parte de atrás, le dije a mi compañero TENORIO que yo me quedaba con el ciudadano y que él fuera averiguar a los residentes de la vivienda si el señor había causado daños, lesiones o algún tipo de situación y que si querían poner algún denuncia o alguna queja, (...) en eso voy hablando con el señor el cual se calmó un poco y empiezo a preguntarle porque era la reacción así y cuál era el originador del problema, él me manifestó que fue por una situación de celos (...), el señor actuó otra vez de forma irregular y empezó a manotear al conseguir soltármeme del brazo y empezar a correr a un sector cercano del CAI Potrerillo, en ese momento mi compañero TENORIO ya había terminado de hablar con los ciudadanos y salimos a la búsqueda del señor, el señor se metió o se escudriñó por un taller de carros que había cerca al sector, logrando escaparse, y al ver esto procedimos a informar a la central de radios (...) "⁵¹.

Por su parte el otro integrante de la patrulla del cuadrante que conoció el caso, PT. TENORIO CABEZAS dijo: "(...) entonces preguntamos que pasaba y una muchacha comenzó a gritar que lo sacáramos que el señor estaba muy grosero y que la había estado insultando, entonces le dijimos al señor que se soltara de las gradas y que nos acompañara que saliera de la residencia a lo cual el señor hizo caso omiso, ya que el señor (sic) reiteradamente le dijimos que saliera y no nos hizo caso, con mi compañero procedimos cada uno a tomarlo de un lado y lo halamos de los brazos para que se desprendiera de las gradas, cuando ya logramos sacarlo de las gradas el señor se comenzó a revolcar en el suelo y no se dejaba agarrar para sacarlo o conducirlo hacía fuera, lo cual con mi compañero tocó hacerle unas llaves, o sea tocó

⁵¹ Folios 255-293 C.O. 2.

cogerlo por el cuello y mandarle las manos hacía atrás para que no fuera a manotear y a lesionarnos a nosotros en el manoteo, lo paramos, él ya se calmó, comenzó hablar, mejor dicho a comentarnos la historia que era lo que había pasado y lo tomó mi compañero del brazo y lo sacó hasta la calle se fueron hablando, porque el señor ya se calmó, yo me quedé al interior de la residencia preguntando a la muchacha (...) que si iba a colocar alguna denuncia (...), luego ya me estaba retirando de la casa, cuando el muchacho le manoteo al compañero y agarró a correr, entonces inmediatamente empezamos a correr detrás del señor, y se nos metió por unos callejones y se nos perdió, entonces le reportamos a la central y a móvil 3 (...)”⁵².

Y se dice que el dicho de los encausados no encuentra respaldo probatorio, respecto a que el particular no alcanzó a ser conducido a las instalaciones del CAI, sí consideramos que CARLOS BENAVIDES fue esposado y no se reportó la pérdida de este elemento para el servicio, aspecto sobre el cual EVELYN IGUA LEÓN afirmó: “Hasta donde yo miré cuando lo sacaron a CARLOS, miré que en la parte de afuera de la casa uno de los policías le pegaba patadas, mientras otro lo tomaba por el cuello, aclarando que CARLOS estaba esposado y se las pusieron en un zaguán dentro de la casa, le pegaban puños, lo estrujaban (...)”⁵³, y el mismo lesionado corroboró al indicar que “(...) Cuando estuvimos en la puerta de afuera de la casa entre los dos policías me esposaron hacía atrás, en donde un policía me iba encuellando y el otro llevaba la moto y me llevaron a pie hasta el CAI del Potrerillo que queda a una cuadra de la

⁵² Folios 276-283 C.O.2

⁵³ Folios 67-73 C.O. 1.

casa de mi novia"⁵⁴, advirtiéndole sí que los procesados no admitieron haber usado este elemento, pues según el patrullero TENORIO: *"Eso es mentira, primero esposas nunca se le colocaron porque cuando se las íbamos a colocar el señor ya se calmó"*⁵⁵, y el patrullero VALENCIA afirmó: *"Eso también es falso y con respecto a que lo esposamos o le echamos gas, ninguna de esas situaciones son verdaderas, primero porque en la estación esposas para todos no había (...)"*⁵⁶.

Todo ello aunado a la versión de la patrullera PEÑALOZA RENTERÍA, quien aseveró haberse percatado cuando sus compañeros condujeron hasta el CAI a la persona que protagonizaba escándalo público, concretamente esto manifestó: *"Digamos que ellos pueden haber entrado al antejardín del CAI pero yo los miré dialogando a los tres, el ciudadano como que estaba agrediendo a la novia o a la esposa no sé, pero ellos le decían que se calmara, ya que el ciudadano estaba un poco embriagado, ellos le decían que se calmara porque había estado agrediendo a la esposa, no sé si era novia o esposa, el caso fue de violencia intrafamiliar"*⁵⁷.

Bajo las pruebas analizadas, es claro que el ciudadano CARLOS BENAVIDES fue conducido desde el lugar donde alteraba el orden público hasta el CAI Potrerillos, y por ende no es creíble la postura de los patrulleros acusados de hacer creer lo contrario, al punto que para restar credibilidad a lo manifestado por la patrullera YIRA YURLEIDY el PT.

⁵⁴ Folios 154 C.O. 1

⁵⁵ Folio 280 C.O.2

⁵⁶ Folio 292 *ídem*

⁵⁷ Folios 268-275 *ídem*.

VALENCIA aseveró que con quién hablaba en las afueras de la unidad policial era con un hombre de nombre JOSÉ que les pidió ayuda, en tanto como se anotó, la uniformada PAÑALOZA describió a la persona que estaba a las afueras del CAI hablando con los policiales como el reportado por un caso de violencia intrafamiliar.

En suma, del examen conjunto de los anteriores medios de prueba se infiere de manera razonada que la pre sanidad de CARLOS BENAVIDES cuando llegó a la casa de su compañera sentimental era buena, se encontraba sin lesiones en su cuerpo, lugar en donde se inició la intervención policial y los uniformados tuvieron que usar la fuerza para controlarlo y retirarlo de manera forzada, así se refirieron los testigos presenciales de los acontecimientos que hoy nos convoca, recordemos:

La señora EVELYN KATHERINE IGUA LEÓN al respecto manifestó: *"Hasta donde yo miré cuando lo sacaron a CARLOS, miré que en la parte de afuera de la casa uno de los policías le pegaba patadas, mientras otro lo tomaba del cuello, aclarando que CARLOS estaba esposado y se las pusieron en un zaguán dentro de la casa, le pegaban puños, lo estrujaban. Cuando lo sacaron de la casa no miré que CARLOS tuviera alguna lesión, solamente observé que lo estrujaban y le pegaban. (...) Lo que pasa es que como él estaba borracho no quería salir de la casa y les hacía caso (sic) a los policías, entonces los policías para que él saliera debieron utilizar la fuerza. (...) Si lo jalonearon, y le pegaban golpes en la espalda y lo llevaban encuellado. (...) Antes no se habían presentado*

*esos hechos, era la primera vez que CARLOS actuaba de esa manera*⁵⁸.

En el mismo sentido lo explicó el señor CARLOS LEONEL LEON VILLACRES: "Cuando me desperté por el ruido, ya me di cuenta que estaba la policía en la casa. Yo de la ventana de mi pieza miré que a este muchacho lo estaban sacudiendo feamente, después a lo que lo iban sacando para la calle lo iban pateando y lo llevaban con las manos hacía atrás. No sé para donde se lo llevaban. (...) Ambos policías eran los que maltrataban a ese señor, estaba (sic) muy bravos los agentes. (...) El forcejeaba con los policías para no dejarse llevar, porque como digo lo estaban maltratando. (...) CARLOS sí creo que regresó creo que después de aproximadamente una media hora, porque seguramente los policías lo soltaron. El regresó a la casa a gritar, diciéndole a mi nieta EVELYN que saliera, pero ella no salió. El cuando regresó a la casa y como no se la abría la puerta, lanzó una piedra y quebró el vidrio de la ventana de la casa y luego no se lo escuchó más, y él se había ido. Lo que hice fue esperar y al día siguiente fui a la URI de la Fiscalía a colocar la denuncia en contra de CARLOS. Después de que coloque la denuncia, como a los 8 días CARLOS me pagó los 40 mil pesos del vidrio. (...) Eso no se había presentado antes. Era la primera vez que sucedía un hecho de esos. Tampoco nosotros íbamos a tolerar. (...) Manifiesto que por lo menos en la quiebra del vidrio era la primera vez que se presentó, y que ese señor no ha llegado en otras ocasiones a molestar a la casa."⁵⁹, testimonio que le ofrece credibilidad a esta Instancia, atendiendo su coherencia y armonía con las demás testificaciones,

⁵⁸ Folios 67-73 C.O. 1

⁵⁹ Folios 134-140 C.O. 1.

como también que no se abstrae afán alguno por favorecer al lesionado, si consideramos su animadversión con éste de acuerdo a las referencias dadas por el mismo ofendido y su compañera.

También se cuenta con la versión de la señora CLARA ELENA ORDOÑEZ DE PALACIOS, abuela del ofendido, quien a pesar de no ser testigo presencial de los hechos dio fe del estado en el que llegó el denunciante a su casa luego del acontecimiento, indicando que "(...) lo que pasa es que CARLOS BENAVIDES llegó en horas de la madrugada hasta mi casa, donde yo bajé y le dije que es lo que quieres ya que este llegaba mojado, donde este manifestó que si le podía prestar \$10.000 pesos, entonces yo le dije que para que necesitaba esa plata entonces me manifestó que iba a poner una denuncia ya que me pegaron los señores agentes, donde yo saque la plata y se la entregué y este se fue, donde a los tres días llegó nuevamente a la casa y le dije mire esa cara como estas y él dijo que por eso fue que le pidió la plata que eso se lo habían hechos (sic) los policías en la noche"⁶⁰.

Para la defensa de la uniformada PEÑALOZA RENTERÍA las lesiones fueron ocasionadas antes de ingresar al ciudadano al CAI Potrerillos, buscando con ello demostrar que su defendida no observó el procedimiento llevado a cabo. Para ello atacó la versión de CARLOS BENAVIDES, quien manifestó en la denuncia que: "(...) LA POLICÍA DEL CAI POTRERILLO LLEGÓ, YO EN ESE MOMENTO ME ENCONTRABA EN LAS GRADAS DE LA CASA Y LOS POLICÍAS COMENZARON A JALONARME, ME LLEVARON AL CAI DEL POTRERILLO, ME GOLPEARON CON BOLILLO, EN LA ESPALDA,

⁶⁰ Folios 264-266 C.O. 2.

ME DIERON PATADAS, EN LAS PIERNAS Y GOLPES EN LA CARA, ME ECHARON AGUA, GAS PIMIENTO Y ME DEJARON SALIR”⁶¹, argumentando para ello que su defendida sólo vio a tres personas en la parte exterior del Centro de Atención Inmediata sin que ingresaran hasta donde ella estaba, pero además, que por el poco espacio del recinto se imposibilitaba que a CARLOS le hubieran lanzado un balde con agua y menos aún que hayan usado gas pimienta⁶², pues por la escasa ventilación los mismos uniformados hubieran resultado lesionados.

El argumento por sí sólo podría ser creíble sino fuera porque la investigación cuenta con varios medios de prueba de los que se puede deducir lo contrario, piénsese en la ya referida versión de la señora CLARA ELENA ORDOÑEZ, abuela del afectado, la que dijo que “(...) el estado era mojado, y según manifestaba CARLOS para esa fecha le dolía la cara por los golpes que le habían hechos (sic) los policías y un químico que le habían echado, CARLOS estaba con aliento alcohólico pero no estaba borracho, yo no miré que estuviera sangrando pero como era en la madrugada no puedo afirmar que más le había pasado. (...) Que lo golpearon fue cuando lo llevaron para el CAI del cual no me dijo que nombre. (...) aproximadamente eran como las tres de la mañana”⁶³; y la declaración de EVELYN KATHERINE, quien dio a conocer que: “Como a los 15 minutos CARLOS regresó a la casa en horas de la madrugada, no recuerdo la hora exacta. Cuando el regresó lanzó una piedra a la ventana de la casa, entonces yo mire por la ventana sin que él me mirara y él estaba en

⁶¹ Folio 5 C.O. 1

⁶² Folio 636 C.O.4

⁶³ Folios 264-266 C.O.2.

la calle y se lo (sic) miraba mojado la roja (sic), lo miraba que se quejaba y decía que por mi culpa le habían hecho eso. Luego miré que se iba con rumbo a su casa que quedaba cuatro cuadras más debajo de la mía y miré que iba cojeando”⁶⁴, agregando “(...) Luego llamé a la abuela de él de nombre ROSA el apellido no lo tengo muy presente, a quien le pregunté por CARLOS y ella me contó que CARLOS había llegado mojado a la casa y golpeado la cara, me decía que el cuerpo estaba lleno de moretones, había estado mojado y con olor a gas”⁶⁵

El recuento y análisis que se viene realizando, da cuenta que la agresión al denunciante ocurrió en las instalaciones del CAI Potrerillos, tal como lo manifestó éste al precisar que “En el momento que me llevaron no me maltrataron, solamente me colocaron esposas y me encuellaron para llevarme al CAI. Ya dentro del CAI fue que me maltrataron”⁶⁶, resultando, de acuerdo a las pericias, con fractura en el “arco cigomático”, lesión que dio lugar a que le dictaminaran treinta y cinco (35) días de incapacidad definitiva, además de reconocerle como secuelas perturbación funcional del órgano de la masticación de carácter transitorio, lo cual demuestra con suficiencia, como lo afirmo el A quo, que los causantes de éstas fueron los patrulleros JOSÉ ESTIVEN VALENCIA BECERRA y EDISON FERNANDO TENORIO CABEZAS, integrantes del cuadrante No. 13 del CAI Potrerillos, ello bajo la anuencia de la patrullera YIRA YURLEIDY PEÑALOZA RENTERIA, quien a pesar de ser garante de la vida e integridad del ciudadano

⁶⁴ Folios 67-73 C.O.1

⁶⁵ Folios 68 C.O. 1

⁶⁶ Folio 158 C.O. 1.

conducido hasta esa unidad policial de la cual era la jefe de información, no hizo nada para evitar la lamentable golpiza de la que estaba siendo objeto CARLOS BENAVIDES, ni puso el hecho en conocimiento de sus superiores y/o autoridades judiciales o disciplinarias.

En relación con la uniformada YIRA PEÑALOZA, se le acusó de ser autora del delito lesiones personales en la modalidad de autoría por omisión impropia, dado que, como ya se advirtió, había sido nombrada para el día de los acontecimientos como jefe de información del CAI Potrerillos y no hizo nada para evitar que sus compañeros TENORIO CABEZAS y VALENCIA BECERRA agredieran y lesionaran al señor CARLOS BENAVIDES RUIZ, ni dio cuenta de ello ante ninguna autoridad, cargos que según la defensa no pueden prosperar ante la inexistencia de elementos probatorios estableciendo lo realmente ocurrido, máxime cuando las conductas antijurídicas pudieron presentarse en la misma residencia o camino al habitáculo policial.

Debemos iniciar recordando que el jefe de información de un CAI es el responsable y superior inmediato de la unidad, encargado de los servicios de la guardia y de la seguridad de las instalaciones, entre otros, de acuerdo a lo señalado en el reglamento de Supervisión y Control de Servicios de la Policía Nacional.

En relación con los deberes "esenciales" de quien funja como tal, el Manual para el Comando de Atención

Inmediata -CAI- los especifica de la siguiente manera⁶⁷:

- "a) Atender y recepcionar en primera instancia los requerimientos ciudadanos.*
- b) Apoyar el enlace de las comunicaciones entre las unidades del CAI.*
- c) Mantener actualizados los libros del CAI y diligenciar en forma oportuna los informes a las diferentes autoridades.*
- d) Informar novedades al superior que inspeccione las instalaciones.*
- e) Responder por los elementos entregados para el servicio, mantener el aseo de las dependencias y sus alrededores.*
- f) Propender la buena presentación personal y al uso de prendas reglamentarias para el servicio.*
- g) Evitar la presencia de la ciudadanía dentro del habitáculo en actividades diferentes a las del servicio.*
- h) Conocimiento amplio y detallado de la jurisdicción del CAI, para el direccionamiento de las patrullas en la atención de motivos de policía o cuando se requiera apoyar una unidad a través de los medios de comunicación."*

En dicho instrumento jurídico también se especifica que el servicio de policía es público, a cargo del Estado, encaminado a mantener y garantizar el libre ejercicio de las libertades y la convivencia pacífica de todos los habitantes del territorio nacional. Explica que este servicio propende por la armonía

⁶⁷ Resolución No. 00913 del 01 de abril de 2009, por el cual se expide el Manual para el Comando de Atención Inmediata, CAI.

social, la convivencia ciudadana, el respeto recíproco entre las personas y de éstas hacia el Estado, dado que la actividad policial tiene carácter eminentemente comunitario, preventivo, educativo, ecológico, solidario y de apoyo judicial; así mismo, se constituye en la base sobre la que se asientan el resto de los servicios del Estado, en la medida en que éstos necesitan un entorno de respeto a la ley y el orden para funcionar adecuadamente.

Retornando al asunto que concierne la atención de esta Sala de Decisión, la sentencia recurrida da cuenta que la procesada tenía posición de garante frente a la vida e integridad del señor CARLOS ENRIQUE BENAVIDES, al tenor de lo consagrado en el artículo 25 del Código Penal, cuyo texto es como se consigna a continuación:

"ACCIÓN Y OMISIÓN. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

- 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.*
- 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.*
- 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.*
- 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.*

Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales”.

Como se analizó *ut supra*, BENAVIDES RUIZ fue conducido hasta el Centro de Atención Inmediata, lugar donde los uniformados TENORIO CABEZAS y VALENCIA BECERRA lo agredieron físicamente, situación que fue claramente denotada por el denunciante en los siguientes términos: “Ya dentro del CAI primero me daban rodillazos en las dos piernas. Luego los dos policías me empezaron a pegar con el bolillo en la espalda y por las costillas y a lo último cuando me caí, ya me daban puños en la cabeza y en la cara porque yo no les quería dar mi número de cédula. Yo no sé porque me trataban así. No sé porque lo hacían y lo hacían en presencia de una mujer policía que estaba sentada en un

escritorio dentro del CAI (...) en donde ella no les dijo nada a los policías”⁶⁸.

Esa mujer policía resulto ser la PT. PEÑALOZA RENTERÍA, quien, como se anotó, no sólo ostentaba la posición de garante por su condición de policía sobre las personas que allí fueran conducidas, sino dadas sus funciones como jefe de información y comandante de esa unidad menor, lo que le permitía contar con las herramientas para evitar que se cometieran actos como el investigado, en tanto podía dar órdenes, pedir ayuda a la central en caso de perder el control de la situación, llamar como refuerzo a los demás cuadrantes del sector, dar aviso inmediato a sus superiores, entre otros, no obstante, decidió guardar silencio y omitir cumplir con las funciones que el cargo le demandaba, contribuyendo con su actuar a que se diera el resultado conocido, esto es, que pudo evitarlo y el no hacerlo equivale a producirlo.

La Corte Suprema de Justicia en sentencias No. SP7135, radicado 35113 del 05 de junio de 2014 y SP14547, radicado 46604 del 12 de octubre de 2016, hicieron un análisis exhaustivo sobre la figura de la comisión por omisión u omisión impropia, de la siguiente manera:

“1. Tratándose de acciones negativas o de índole omisivas, suelen distinguirse las de omisión propia, cuando se sanciona el incumplimiento del

⁶⁸ Folio 155 C.O. 1.

deber definido por el legislador independientemente del resultado, como en los delitos de inasistencia alimentaria (art. 233 C.P.), omisión de medidas de socorro (art. 131), omisión del agente retenedor o recaudador (art. 402) prevaricato por omisión (art. 414), entre otros, y las de omisión impropia o comisión por omisión, que tienen lugar cuando el resultado, que por antonomasia es producido con una conducta activa, es conseguido a través de una omisión, esto es, un no hacer que produce el resultado típico previsto en la ley, eventos estos para los cuales se utilizan por regla general las cláusulas de equivalencia o equiparación punitiva entre la acción y la omisión.

Para este comportamiento omisivo se entra a verificar el nexo de evitación, es decir, la conducta esperada que, de haber sido realizada, el sujeto habría interrumpido o evitado el resultado, y a fin de equiparar la causación de éste y la relación del omitente con el bien protegido, se ha de analizar el deber jurídico de la persona llamada a evitar esa consecuencia, precisar así quién debe garantizar su no causación, ora mediante la función de protección o de vigilancia.

La posición de garante (Garantenstellugen), es entendida como el deber jurídico que tiene el autor de evitar un resultado típico, ubicación que le imprime el obrar para impedir que éste se produzca cuando es evitable, (...).

En síntesis, para la Corte la posición de garante es la situación en que se halla una persona, en

virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Por ello, cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona dicha posición de garante.

En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión.

En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas⁶⁹.

Quiere destacar la Sala, para la resolución del asunto, cómo la posición de garante no opera desde un plano general o abstracto, pues, independientemente de que se tenga previamente o asuma el rol, es lo cierto que la atribución de responsabilidad penal demanda no solo de conocimiento respecto de la existencia del riesgo

⁶⁹ Así lo sostuvo en la sentencia del 27 de julio de 2006, radicado 25536, y lo ratificó en el fallo del 4 de febrero de 2009, radicado 26409.

específico, sino de posibilidad material de evitación, en tanto, el nexos causal se construye precisamente a partir de la demostración de estos dos elementos y la verificación de su incidencia capital en el resultado”.

Descendiendo al caso concreto, la PT. YIRA PEÑALOZA abandonó la posición de garante exigida por razones de su condición y cargo, cuando los policiales agredieron físicamente a CARLOS BENAVIDES RUIZ y ella no hizo nada para evitarlo, pues si examinamos los elementos ya esbozados para la configuración de tal instituto no podríamos desconocer, en primer lugar, que sí hubo una situación de peligro para el bien jurídico, en éste caso referido a la integridad personal de BENAVIDES RUIZ, tampoco puede ignorarse, en segundo término, que se produjo un resultado dañoso consistente en las lesiones que recibió en su cara y que le produjeron una secuela de perturbación funcional del órgano de la masticación, y, como tercero, que PEÑALOZA RENTERÍA estaba en la obligación de impedir ese resultado, contaba con los medios necesarios para impedirlo y la posibilidad de utilizarlos con ese propósito de evitación.

Bajo tal contexto no son admisibles las exculpaciones de la defensa, en el sentido de que a CARLOS BENAVIDES no lo ingresaron al CAI, sino que fue observado por la patrullera hablando con los uniformados en la parte exterior del recinto policial, cuando lo realmente acaecido fue que lo agredieron los compañeros delante de ella y no hizo

nada para evitarlo, a pesar de su condición de policía, garante de los derechos humanos, y dado el cargo de jefe de información que cumplía PEÑALOZA en ese momento.

Las anteriores disquisiciones permiten concluir que los procesados actuaron contrariando la ley, sin que las lesiones ocasionadas a la integridad de CARLOS BENAVIDES hayan sido cobijadas bajo una causal de ausencia de responsabilidad que amparara su comportamiento, de manera que ante la materialidad del ilícito, la demostración de autoría y responsabilidad de los encartados al tenor de lo dispuesto en el artículo 396 de la Ley 522 de 1999, no queda camino diverso que confirmar en este sentido la condena impuesta por el fallador primario.

8.3. Del recurso de apelación interpuesto por la doctora PAULA VANESSA BURBANO, en calidad de procuradora judicial penal.

Apeló la representante de la sociedad la sentencia absolutoria proferida en favor de la PT. YIRA YURLEIDY PEÑALOZA RENTERÍA por el delito de prevaricato por omisión para que en su lugar se profiera condena en su contra, al considerar que no por la Fiscalía haber dejado de enunciar de manera concreta la norma en la que estaba contemplado el deber de la procesada de cumplir con las funciones que el cargo de jefe de información le imponía, se dejaba de estructurar el delito.

Afirmó que PEÑALOZA RENTERÍA era conocedora de la obligación de consignar en los libros de control los casos que llegaban al CAI durante su turno, sin embargo, no registró el ingreso ni la salida del señor CARLOS BENAVIDES, omitiendo un acto propio de sus funciones para favorecer condiciones de ausencia de control, intensificar la condición de vulnerabilidad de un civil, además, obstaculizar de manera grave cualquier proceso para establecer la trazabilidad de la llegada del ciudadano al CAI, por tanto, se trataba de una actuación dolosa, debiéndose impartir condena en contra de la policial procesada.

Sin duda alguna es evidente que dentro de las funciones de la uniformada estaba el *"Mantener actualizados los libros del CAI y diligenciar en forma oportuna los informes a las diferentes autoridades"*, lo cual quiere decir que estaba en la obligación de consignar el ingreso y salida de quienes fueran conducidos a la unidad policial, así como el correctivo impartido o el procedimiento judicial que debía llevarse a cabo con el posible ciudadano infractor.

En esas condiciones, razón le asiste a la apelante al manifestar que la base para la absolución estaba indebidamente formulada en las condiciones probadas dentro del plenario, en tanto de la indagatoria de la uniformada se abstrae que no tenía carencia de conocimiento sobre el deber jurídico quebrantado, y que *"El interés subyacente en no cumplir con un mandato lógico, claro y conocido, consistía en no dejar ningún"*

tipo de registro sobre la presencia de aquel individuo en las instalaciones del CAI, pues ello implicaba consignar un punto de ingreso a un contexto de retención transitoria en el cual todos los que se encontraban en turno fungían como garantes de su seguridad e integridad”⁷⁰.

Así las cosas, más allá de la argumentación, valoración probatoria y jurisprudencial que llevó a cabo la señora procuradora respecto de la conducta penal de prevaricato por omisión, es menester analizar si la intención de la patrullera PEÑALOZA de no consignar la realidad de lo sucedido el 05 de julio de 2013 en horas de la madrugada con el señor CARLOS BENAVIDES, tenía como propósito evitar que saliera a la luz pública la agresión de la que aquél fue objeto por parte de sus compañeros de turno.

En efecto, al realizar el juicio de valoración del injusto, entendido como la desaprobación del acto o desvalor sobre la acción (aspecto objetivo y subjetivo), así como el desvalor de resultado (antijuridicidad), en cuanto comprende la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, es necesario analizar no solo aspectos materiales de tipicidad, sino que además, ese examen debe contener un componente de orden subjetivo, esto es, sobre el dolo y los demás elementos subjetivos distintos a éste, el que “(...)se agota, en sede de tipicidad, con el conocimiento de los hechos y la voluntad, y en el escaño de la culpabilidad, con el conocimiento de la

⁷⁰ Folio 646 C.O.4.

antijuricidad del comportamiento"⁷¹, en otras palabras, el dolo que se examina en el juicio de tipicidad, conlleva una diferencia notable en el aspecto cognitivo al analizado en el juicio de culpabilidad, en el primero, el conocimiento es meramente potencial, denominado dolo avalorado⁷², mientras que en el segundo, esto es en el juicio de culpabilidad, comporta un conocimiento efectivo, actual y actualizable de la antijuricidad de su conducta, que es lo que los doctrinantes y la jurisprudencia han denominado como el dolo valorado, juicios de valor que permitirán al operador judicial continuar finalmente con el juicio de culpabilidad (reprochabilidad y/o exigibilidad), esto es, la valoración negativa para determinar la responsabilidad penal.

Tanto el conocimiento como la voluntad deben estar demostrados dentro del proceso a través de los medios de prueba allegados, incluidas las indagatorias⁷³, no obstante, en caso de ausencia de prueba directa es posible inferirlo deductivamente de los actos

⁷¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 31357, sentencia del 23 de junio de 2010, MP. DR. AUGUSTO IBAÑEZ GUZMAN

⁷² Conforme a lo preceptuado en el artículo 24 de la ley 1407 de 2010, la acción dolosa comporta el conocimiento del aspecto objetivo de la conducta punible y que, a su vez, el sujeto actúe con voluntad de realizar el hecho, por ello el legislador emplea las expresiones conocer y querer, en suma, el comportamiento doloso está compuesto por un aspecto cognoscitivo referido al conocimiento de la infracción penal y uno volitivo o voluntario, referido a la intención o deseo de realizar esa conducta.

⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 27677, sentencia del 02 de diciembre de 2008, MP. DR. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA: "La Sala ha enfatizado en que para la determinación procesal del dolo aunque es factible que a través de la confesión del procesado, respaldada por los demás elementos de prueba, se logre acreditar, en ocasiones se debe establecer a partir del examen de las circunstancias externas que rodearon los hechos, ya que tanto la intencionalidad en afectar un bien jurídico, o la representación de un resultado ajeno al querido por el agente y su asunción al no hacer nada para evitarlo, al ser aspectos del fuero interno de la persona se han de deducir de los elementos objetivos que arrojan las demás probanzas."

externos que rodearon la conducta del agente y de las circunstancias objetivas que conllevaron a la acreditación del hecho, esto es, con los mismos elementos con los que se encuentra acreditada la tipicidad y la antijuridicidad, como también pueda inferirse con observancia de los postulados de la sana crítica⁷⁴.

Nada de esto analizó la falladora primaria, se limitó a expresar que *"Conforme a lo anterior el despacho considera que por encima del imperativo normativo instructivo, que es la función, está el deber legal, y el deber legal primero era el de denunciar, y en este caso, no hizo nada, entonces la omisión de denuncia, está subsanado la no anotación, porque ella no tenía la obligación de anotar, sino de presentar el informe denuncia como mínimo, o realizar la captura en flagrancia de los policiales en el momento en que cometían el delito de Lesiones Personales, pero esto nunca lo alegó la fiscalía penal militar en su acusación"*⁷⁵, fundamentación que no comparte este Colegiado, en tanto como se dijo su cargo y condición le imponían el deber legal de dejar constancia de los hechos y novedades presentadas durante su turno, tal como se abstrae del manual de funciones del CAI aducido en esta providencia, de ahí que le asista razón a la impugnante que su verdadera intención o propósito era ocultar o no dejar rastro alguno del delito principal *"lesiones personales"* cometido en la humanidad de CARLOS BENAVIDES.

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 39482, sentencia del 31 de julio de 2013, MP. DR. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

⁷⁵ Folio 612 C.O. 4.

Si bien a la procesada se le encontró responsable del delito de lesiones personales, como ya se analizó, la omisión funcional se estructura como un momento distinto, por tal motivo se trata de dos conductas que deben analizarse por separado, el prevaricato por omisión -al no consignar en las minutas del CAI la novedad- se constituye como el delito medio para ocultar el delito principal -lesiones personales-, comportamientos autónomos dados en momentos diferentes sobre los cuales no es posible aplicar el concurso aparente de delitos sino el real, en tanto no se dan todos los presupuestos básicos para ello, a saber: **i)** la unidad de acción, esto es, que se trate de una sola conducta que encuadra formalmente en varias descripciones típicas, pero que realmente sólo encaja en una de ellas; **ii)** que la acción desplegada por el agente persiga una única finalidad y **iii)** que lesione o ponga en peligro un solo bien jurídico⁷⁶.

No se hacía necesario en este caso que dentro de la resolución de acusación se transcribiera la normatividad que consagraba la obligación de dejar registros de las novedades presentadas durante el turno de servicio⁷⁷, para determinar la preexistencia del mandato que "*obliga a una determinada acción*"⁷⁸ y de esa manera la procesada se pudiera defender del delito enrostrado⁷⁹, en tanto se trata de un acto conocido y ejecutable desde la misma formación policial, normatizado en distintos instrumentos

⁷⁶ Radicación 21629 del 15 de junio de 2005, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia

⁷⁷ Folio 611 C.O. 4

⁷⁸ Folio 611 *idem*

⁷⁹ Folio 612 *idem*.

institucionales, sobre el cual tenía pleno conocimiento la justiciable según lo dio a conocer en diligencia de indagatoria al exponer que: *"Anteriormente me habían llamado para una versión donde manifesté que no recordaba nada de los hechos, pero realizado un recorderis recuerdo que para esa fecha más o menos como a las 03:00 horas y algo, mis compañeros PT. TENORIO y PT. VALENCIA BECERRA, estaban dialogando en la parte externa del CAI con un ciudadano, no recuerdo su nombre, estaba en estado de embriaguez, los miro charlando pacíficamente no hice anotación en el CAI, como en el CAI se hacen anotaciones de los casos más relevantes y no observé nada extraordinario ese día, (...) ⁸⁰".*

Quiere decir lo anterior, que PEÑALOZA tenía conocimiento sobre su rol como jefe de información, sabía con claridad que debía realizar las anotaciones de las novedades y actuaciones de policía desplegadas durante el turno, usando para ello los libros de control llevados en el CAI, a pesar de ello no lo hizo para no dejar prueba de la irregular actuación de sus compañeros y de ella misma, de allí que le asista razón a la apelante en el sentido de que el comportamiento doloso de la PT. YIRA PEÑALOZA estaba demostrado con suficiencia y claridad, sin que pueda tomarse como argumento de su absolución el supuesto vacío de congruencia por no haberse transcrito la norma que describía el deber.

En estas condiciones, en el presente caso se encuentran estructurados los elementos del tipo penal

⁸⁰ Folios 270 C.O. 2.

de prevaricato por omisión descrito en el artículo 414 de la Ley 599 de 2000, en tanto la uniformada YIRA YURLEIDY PEÑALOZA RENTERÍA en su condición de servidora pública omitió un acto propio de sus funciones que conocía como policía y jefe de información del CAI Potrerillo, consistente en plasmar los registros de lo ocurrido ese 05 de julio de 2013 con el señor CARLOS BENAVIDES RUIZ, sin que hubiere justificación alguna para atentar de manera efectiva contra la Administración Pública, como al efecto lo hizo al poner en tela de juicio la probidad y profesionalismo de la institución policial en el conocimiento de los motivos que dieron lugar a su intervención, de allí que se impartirá condena en su contra revocando, en consecuencia, la sentencia absolutoria proferida a su favor.

Para efectos de la dosificación punitiva correspondiente, se tendrá en cuenta que la juez primaria determinó la pena principal a imponer a la PT. YIRA YURLEDY PEÑALOZA RENTERIA, como autora del delito de lesiones personales, en dos (2) años de prisión y multa de quince (15) SMLMV, aspecto que no mereció ningún reparo por parte de los apelantes.

Ahora ante la realidad de declararla responsable del delito de prevaricato por omisión⁸¹, debemos recordar que el artículo 32 de la Ley 1407 de 2010 prevé que en temas de concurso de conductas el procesado, para

⁸¹ Ley 599 de 2000. "Artículo 414. PREVARICATO POR OMISION. El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años."

efectos de punibilidad, quedará sometido al tipo penal que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles, debidamente dosificadas cada una de ellas.

La expresión "otro tanto" a que hace referencia la disposición referida, no se debe calcular con base en el extremo punitivo mayor, sino sobre la pena ya individualizada del delito base o delito de mayor gravedad, que para este asunto es el punible de lesiones personales dolosas, a este monto, se le incrementará otro tanto, estimando las modalidades específicas de la conducta, gravedad y número de delitos concursantes. Sobre esta temática, así lo ha referido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, veamos:

"El "otro tanto" autorizado como pena en el concurso delictual no se calcula con base en el extremo punitivo mayor previsto en el tipo penal aplicado como delito base, ese 'tanto' corresponde a la pena individualizada en el caso particular mediante el procedimiento indicado para el delito más grave. Esta es la sanción que se incrementa habida consideración de las modalidades específicas, gravedad y número de delitos concursantes, sin que pueda exceder el doble, ni resultar superior a la suma aritmética de las que corresponderían si el juzgamiento se realizara separadamente para las distintas infracciones, ni superar los 40 años de prisión de que trata el

*inciso segundo del artículo 31 de la Ley 599 de 2000.*⁸²

En ese orden de ideas, a la pena impuesta a la PT. PEÑALOZA RENTERÍA, en la sentencia adiada 13 de marzo de 2018, de dos (2) años de prisión y multa de quince (15) SMLMV, se le aumentará una sexta parte por el concurso, de manera que la pena privativa de la libertad a imponer será de dos (2) años y cuatro (4) meses de prisión y la multa quedará en diecisiete punto cinco (17,5) SMLMV para la fecha de los hechos, confirmando el mecanismo sustitutivo de suspensión condicional de ejecución de la pena, en tanto se dan los presupuestos para ello consagrados en el artículo 63 de la Ley 1407 de 2010.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Primera Sala de decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IX. RESUELVE:

PRIMERO: DESATENDER la petición del DR. MISAEL FERNANDO RODRIGUEZ CASTELLANOS, Procurador 11 Judicial Penal II ante esta Instancia y, en consecuencia, no acceder a la petición de remitir el proceso a la jurisdicción ordinaria como tampoco someterlo a conflicto de competencia, por las razones antes expuestas.

⁸² Sala de Casación Penal, radicado 15868 del 15 de mayo de 2003, MP. DR. HERNÁN GALÁN CASTELLANOS.

SEGUNDO: DESESTIMAR las pretensiones de los impugnantes, DR. JULIO HUMBERTO BEVAVIDES BURBANO - defensor del PT. EDISON FERNANDO TENORIO CABEZAS y PT. JOSÉ ESTIVEN VALENCIA BECERRA-, y DR. ROLANDO ROSERO ARTURO -apoderado de la PT. YIRA YURLEIDY PEÑALOZA RENTERÍA-, **CONFIRMANDO** parcialmente la sentencia condenatoria del 13 de marzo de 2018 proferida por el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Nariño.

TERCERO: ATENDER las pretensiones de la DRA. PAULA VANESSA BURBANO OVIEDO -Procuradora 279 Judicial I Penal- y, como consecuencia de ello, **REVOCAR** el numeral cuarto y **MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia del 13 de marzo de 2018, para en su lugar proferir **CONDENA** en contra de la PT. YIRA YURLEIDY PEÑALOZA RENTERÍA, determinando que por el concurso heterogéneo entre los delitos de lesiones personales y prevaricato por omisión se le impondrá la pena privativa de la libertad de dos (2) años y cuatro (4) meses de prisión, así como multa de diecisiete punto cinco (17,5) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de los hechos, según lo plasmado en precedencia.

CUARTO: PROCEDE contra la presente providencia el recurso de casación, que podrá interponerse dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de esta decisión, conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000⁸³.

⁸³ Sentencia AP6540-2016, radicado 48713 del 28 de septiembre de 2016 MP. DR. LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA Sala de Casación Penal, Corte Suprema de

QUINTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen para los fines subsiguientes, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ

Magistrado Ponente

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ

Magistrado

Capitán de Navío (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA

Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria