

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala: Primera Sala de Decisión
Magistrado Ponente: CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Radicación: 157535-XV-458 EJÉRCITO NACIONAL
Procedencia: Juzgado Sexto de Brigadas Móviles
Procesado: TE. JOHN ANDERSON BEDOYA RESTREPO
SLR. WILSON MOSQUERA MARTINEZ
Delito: Ataque al inferior y ataque al superior
Motivo de alzada: Apelación sentencia condenatoria
Decisión: Confirma decisión.

Bogotá D.C., nueve (09) de julio de dos mil veinte (2020).

I. ASUNTO A RESOLVER

Por vía del recurso de apelación interpuesto por el DR. JORGE ENRIQUE LEAL AVENDAÑO, procede la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a examinar la sentencia de fecha 11 de marzo de 2019¹, mediante la cual el Juzgado Sexto de Brigadas Móviles del Ejército Nacional condenó al TE. JOHN ANDERSON BEDOYA RESTREPO como autor responsable del punible de ataque al inferior a la pena de doce (12) meses de prisión y al SLR. WILSON MOSQUERA

¹ Folios 1173-1213 del C.O.6.

MARTINEZ como autor responsable del punible de ataque al superior a la pena de doce (12) meses de prisión.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

Los hechos se resumieron en la decisión de primera instancia de la siguiente manera:

"La presente causa tiene su génesis en denuncia elevada ante el Juzgado 74 de Instrucción Penal Militar por el entonces soldado regular del Ejército Nacional Mosquera Martínez Wilson Alejandro orgánico del Batallón de Ingenieros No 13. Gral. Antonio Baraya e integrante del tercer contingente de 2010, mediante la cual deja entrever que estando en el Páramo de Sumapaz en formación realizada por el señor Subteniente Bedoya este hace un llamado de atención, cuando al parecer unos soldados se evaden para dirigirse a una casa para cargar los celulares, dando la perdida de uno de ellos, señalando de los hechos al soldado Moreno Martínez y a su persona como los responsables, ante la afirmación solicita llamen a la afectada y que ella sea quien directamente diga cuales fueron los uniformados, pero ante la insistencia, se transan en una discusión con el oficial yéndose a las manos, el subteniente Bedoya lo tira al piso donde lo golpea con puños, respondiendo él con una patada en la pierna del oficial y este le propina una en las costillas (sic) luego se levantó y se dirigió nuevamente a la formación.

Acepta el denunciante que ofendió de palabra al oficial, saco de su arma el proveedor y se lo lanzó

cayendo en un frailejón, luego su fusil y este le pego en el pecho, debiendo intervenir sus compañeros que los agarraron para evitar mayores contratiempos. Al calmarse la situación aprovechó la oportunidad se dirigió a la ciudad de Bogotá y denunció los hechos”².

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1 Con fundamento en denuncia instaurada el 7 de octubre de 2011 por parte del SLR. WILSON MOSQUERA MARTINEZ ante el Juzgado 74 de Instrucción Penal Militar de la ciudad de Bogotá, se dispuso la apertura formal de investigación³ en contra del ST. JHON ANDRÉS BEDOYA RESTREPO por el delito de ataque al inferior y lesiones personales. Posteriormente se acopió al presente sumario prueba trasladada de la indagación preliminar No 011-2012⁴, que por los mismos hechos se instruyó en el Batallón de Ingenieros No 13 “Gral. Baraya”.

El 1° de marzo de 2012⁵ fue escuchado en diligencia de indagatoria el ST. JOHN BEDOYA RESTREPO y a través de auto de la misma fecha se ordenó vincular formalmente a la investigación al SLR. WILSON MOSQUERA MARTINEZ por la comisión del delito de ataque al superior. Ante la renuencia del reservista MOSQUERA MARTINEZ de comparecer al proceso, el instructor libró orden de captura, la cual se hizo efectiva el 28 de mayo de

² Cfr. Folio 1173-1174 del C.O.6.

³ folio 7-8 del C.O. 1.

⁴ Obra a folios 70-161 ibídem.

⁵ Ver Folios 179-176 ibídem.

2012⁶. No obstante, la diligencia de indagatoria no pudo cumplirse y el reservista fue dejado en libertad al no contar con un abogado de oficio que le asistiera para ejercer su defensa.

Posteriormente, el 30 de mayo de 2012, pudo ser escuchado el soldado MOSQUERA MARTINEZ con todas las garantías en diligencia de inquirir⁷ y su situación jurídica se resolvió el 22 de octubre siguiente⁸, absteniéndose el instructor en proferir medida de aseguramiento en contra de los dos procesados por falta de estructuración del indicio grave de responsabilidad. Al ser la anterior decisión recurrida por la representante del Ministerio Público en primera instancia, fue revocada por este Tribunal con proveído del 26 de abril de 2013⁹, en el cual se dispuso la detención preventiva contra el ST. JHON BEDOYA RESTREPO, medida que se hizo efectiva el 20 de junio de 2013¹⁰.

Con auto del 28 de agosto siguiente¹¹ se denegó por parte del Juzgado 74 de Instrucción Penal Militar la concesión del beneficio de libertad provisional presentado por la defensa. Al ser recurrida la decisión por vía de apelación, este Colegiado resolvió de manera desfavorable a los intereses de la defensa, como quiera que impartió confirmación a la negativa de revocar la medida de aseguramiento¹².

⁶ Obra a folios 264-266 del C.O.2.

⁷ Cfr. Folios 273-277 del C.O.2.

⁸ Folios 315 y ss., ibídem.

⁹ Obra a folios 408-453 del C.O.3.

¹⁰ Cfr. folio 493 ibídem.

¹¹ Cfr. Folios 587-595 ibídem.

¹² Obra a folios 699-720 del C.O.4.

El juzgado de instrucción emitió pronunciamiento el 2 de mayo de 2014¹³, a través del cual cesó procedimiento en favor del ST. BEDOYA RESTREPO por el delito de lesiones personales dolosas y denegó la cesación por el delito de ataque al inferior. Por virtud del recurso de apelación que interpuso el defensor del oficial BEDOYA, este Tribunal con fallo del 12 de agosto de 2014¹⁴ le impartió confirmación.

3.2 Vencido el término de la instrucción, el proceso pasó a conocimiento de la Fiscalía 26 Penal Militar, despacho que mediante auto del 13 de noviembre de 2014¹⁵ declaró cerrada la investigación y el 9 de enero de 2015¹⁶ profirió resolución de acusación en contra de los señores TE. JHON ANDERSON BEDOYA por el delito de ataque al inferior y SLR. WILSON ALEJANDRO MOSQUERA MARTINEZ por el reato de ataque al superior. Interpuesto recurso de apelación contra la pieza calificatoria, procedió la Fiscalía Tercera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar a confirmarla con proveído del 30 de marzo de 2016¹⁷.

3.3 En firme el proveído de la acusación, el conocimiento del proceso le correspondió al Juez Quinto de Brigada del Ejército Nacional, despacho que con auto del 31 de julio del 2017¹⁸ decretó el inicio de la etapa del juicio y celebró audiencia de corte marcial el 26 de noviembre del 2018¹⁹. Finalmente, el

¹³ Obra a folios 786-799 ibidem.

¹⁴ Obra a folios 843-864 del C.O.5.

¹⁵ Ver folio 882 ibidem.

¹⁶ Ver folio 924-955 ídem.

¹⁷ Obra a folios 988-1012 del C.O.6.

¹⁸ Ver folio 1055 ibidem.

¹⁹ Ver folio 1139 y ss., ídem.

11 de marzo de 2019²⁰, profirió sentencia condenatoria en contra de los procesados, la cual fue apelada por el defensor del oficial BEDOYA RESTREPO y hoy es objeto de estudio por parte de esta Sala de Decisión.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El *A quo* al inicio de la decisión reseñó la situación fáctica, identificó al procesado, resumió el material de prueba, fundamentó la imputación y sintetizó la intervención de los sujetos procesales en la audiencia de corte marcial, para seguidamente determinar que las normas infringidas en el presente caso estaban previstas en el art. 99 -ataque al superior- y 100 -ataque al inferior- de la Ley 1407 de 2010.

Indicó que la competencia en el juzgamiento de los acusados correspondía a la Justicia Penal Militar y Policial, pues el hecho ilícito se desprendió de actos del servicio según da cuenta el material probatorio allegado al paginario, a través del cual se tuvo conocimiento que estando en una formación de personal el entonces ST. BEDOYA RESTREPO increpó a los soldados regulares WILSON MOSQUERA MARTÍNEZ y JESUS MORENO MARTÍNEZ porque al parecer se estaban evadiendo de la unidad para cargar sus celulares en una casa cercana, de la que se habían hurtado un celular según denunció la propietaria de la referida residencia.

Narró también la juez, que la discusión pasó a mayores cuando el SL. MOSQUERA MARTÍNEZ y el TE. BEDOYA

²⁰ Ver folio 1173-1213 ídem.

RESTREPO se trenzaron en un cruce de palabras yéndose *"al piso donde se propinaron de ambas partes puños y patadas"*²¹, luego de lo cual el oficial se digirió a la formación y ofreció disculpas, empero el soldado MOSQUERA bastante iracundo despojó el proveedor de su arma de dotación y se lo lanzó al oficial, quien esquivó el artefacto, no así ocurrió cuando el soldado MOSQUERA le tiró el arma contra sus piernas.

Sostuvo que, si bien las distintas versiones rendidas por los testigos se contradicen en algunos aspectos modales, con una evaluación conjunta del recaudo probatorio era posible establecer que *"efectivamente tanto superior como subalterno se agredieron mutuamente con palabras soeces hasta el punto de llegar a los golpes"*²². También arrió a la conclusión que en medio del altercado directo que se presentó entre ambos implicados existió maltrato, no solo de palabra sino de acto.

Frente a las exculpaciones esgrimidas por el oficial BEDOYA, referidas a que no fue grosero con el soldado y que si bien existió un forcejeo entre ambos su única intención era calmar al recluta, el A quo adujo que *"lejos de pretender encauzar la disciplina o indagar por una supuesta denuncia de hurto, actuó de manera desproporcionada contra su subordinado, teniendo que incluso pedir disculpas en la formación"*²³.

Manifestó que el procesado contaba con las herramientas necesarias para encauzar la disciplina

²¹ Cfr. Folio 1195 del C.O.6.

²² Ibidem.

²³ Cfr. Folio 1199 ibidem.

cuando el soldado ofendido le refutaba lo que él como superior le decía en la formación; sin embargo, al reaccionar de la manera desproporcionada como lo hicieron incurrieron ambos en vías de hecho, las cuales se configuraron a través de empujones, improperios y malas palabras, sin necesidad que cobrara relevancia, para el caso concreto del ataque, las lesiones personales que fueron dictaminadas por el Instituto de Medicina Legal con incapacidad de siete (7) días para el soldado MOSQUERA.

Respecto de la tipicidad de la conducta adujo que el comportamiento adoptado por el TE. BEDOYA RESTREPO se subsume en la descripción ofrecida por el artículo 100 de la Ley 1407 de 2010, al concurrir los requisitos del ataque al inferior; primero porque como sujeto activo de la conducta tenía la condición de superior jerárquico del subordinado y segundo por la efectiva producción de un ataque por vías de hecho que se reflejó en los golpes que le propinó al soldado MOSQUERA, así como el forcejeo que entre ambos ocurrió cuando se cayeron al suelo.

Destacó, además, que el ataque se produjo en actos relacionados con el servicio, pues precisamente la conducta se consumó cuando el oficial BEDOYA retornó del área de operaciones y ordenó la formación para verificar las quejas que se habían presentado por parte de una señora habitante del sector. Adicionó que la comprobación del dolo era evidente, pese a las exculpaciones expuestas por el implicado respecto que su intención no era agredir ni física ni verbalmente a

su subordinado, sino tan solo calmarlo por cuanto se encontraba exaltado.

Insistió que más allá de toda duda la prueba era fehaciente respecto que el oficial JOHN BEDOYA RESTREPO al atacar por vías de hecho al soldado MOSQUERA quebrantó el bien jurídico de la disciplina sin razón justa, aunado al hecho que como comandante le era exigible el buen ejercicio del mando y la aplicación de correctivos disciplinarios, pero nunca el actuar a través de los golpes como quiera que va en detrimento del buen nombre de la institución castrense.

Otro tanto agregó en relación del comportamiento asumido por el SLR. MOSQUERA MARTÍNEZ, al considerar que reaccionó de manera indebida frente al llamado de atención que le hizo su superior, a quien además de agredir con patadas y golpes llegó al extremo de arrojarle el proveedor de su fusil y al ver que no lo pudo lesionar con esto procedió a tirarle el arma completa golpeando en las piernas al Teniente BEDOYA, hechos que configuran los elementos típicos de carácter objetivo y subjetivo del injusto de ataque al superior.

En relación con la justificación esgrimida por el hoy reservista MOSQUERA MARTÍNEZ, indicó que no era de recibo el agredir al oficial por el solo hecho de haberlo tildado como responsable de la pérdida de un celular, ya que ante el llamado de atención del superior, que no estaba siendo abusivo, lo exigido era

que MOSQUERA guardara respeto y subordinación para evitar lo que precisamente sucedió, que se presentaran actos de provocación de parte y parte que terminaron finalmente en una agresión.

Analizada la tipicidad de las conductas, procedió el A quo a verificar si dichos comportamientos reñían con el ordenamiento jurídico y si con ellos se ocasionó un daño efectivo al bien jurídico. En este orden expuso, que la disciplina era uno de los intereses mayormente protegido dentro de la institución militar, al punto que el Legislador había determinado el ataque en su dos hipótesis como tipos de peligro, precisamente para proteger el referido bien jurídico aun de comportamientos que pudieran ponerlo en riesgo.

En tal sentido, enfatizó que la conducta adoptada por MOSQUERA al arremeter contra su superior no solo se constituía en una vía de hecho, sino que además lesionaba de manera efectiva la disciplina. Aunado a lo anterior, aseguró que desde el punto de vista de la culpabilidad *"se demostró que el joven uniformado, hoy reservista del Ejército Nacional Mosquera Martínez tenía conocimiento de su conducta y podía haber actuado de otra manera, siendo acreedor a ese juicio de reproche"*²⁴.

Concluyó, que al reunirse a cabalidad los presupuestos que demandaba la norma penal militar vigente para proferir sentencia condenatoria en contra de los acusados, las penas a imponer de cara a lo dispuesto en los artejos 99 y 100 de la Ley 1407 de 2010 era de

²⁴ Cfr. Folio 1210 del C.O.6.

12 meses de prisión, como quiera que no obraban antecedentes penales en contra. De igual manera señaló que no resultaba procedente la pena accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública, ni tampoco la de interdicción de derechos y funciones públicas acorde lo previsto en el artículo 51 *ejusdem*.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

A través de escrito de apelación presentado el 5 de abril de 2019, intervino el apoderado defensor del entonces ST. JHON ANDERSON BEDOYA, quien expuso como fundamentos del recurso de alzada, los siguientes:

5.1. Nulidad de la actuación por violación al debido proceso.

A este respecto explicó, con fundamento en el numeral 2° del artículo 388 de la Ley 522 de 1999, que en el asunto era evidente la configuración de una irregularidad sustancial desde antes de proferirse la resolución de acusación. La trasgresión del debido proceso, explicó el apelante, acaece como consecuencia de que en *"la sentencia objeto del presente recurso, se omitió el análisis de la totalidad de las pruebas obrantes en el expediente, como el dictamen médico legal practicado al señor Mosquera Martínez, la ampliación rendida médico legal (sic) del 26 de julio de 2012, dictamen opinión pericial del Dr. Máximo Alberto Duque Piedrahita"*²⁵.

²⁵ Cfr. Folio 1235 del C.O.7.

Cuestionó también la forma en que el *A quo* dictó la sentencia condenatoria en contra de su prohijado, pues lo hizo sin tener en cuenta la totalidad de las pruebas obrantes en el proceso. En tal sentido expuso el defensor que la valoración del acervo se realizó de manera parcializada, con inobservancia de los lineamientos legales y jurisprudenciales que sobre el tema se encuentran debidamente establecidos tanto a nivel interno como en el ámbito de los instrumentos internacionales, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De igual forma sustentó, de cara a los principios orientadores que rigen en materia de nulidades, que se cumplía tanto el principio de taxatividad, al encontrarse la petición respaldada en el numeral 2° del artículo 569 de la Ley 1407 de 2010, como el de protección, en tanto ni el procesado ni sus defensores habían dado lugar a la configuración del vicio, cuya trascendencia habría permeado el sentido del fallo dado que, si la funcionaria de instancia hubiera valorado todas las pruebas obrantes, *"probablemente el resultado de la sentencia sería no en sentido condenatorio, y constituye per se un detrimento, menoscabo y desconocimiento del artículo 29 constitucional"*²⁶.

5.2. Atipicidad de la conducta de ataque al inferior.

²⁶ Cfr. Folio 1236 del C.O.7.

El impugnante disintió que en la decisión censurada no se hubiera tenido en cuenta que la situación fáctica acaecida fue producto de un accidente, según se pudo comprobar en la diligencia de conciliación que se llevó a cabo entre los imputados el pasado 13 de febrero de 2014. Insistió que a su defendido no se le garantizó un debido proceso, por razón que de manera sesgada se dejaron de valorar pruebas que eran favorables a sus intereses, aun cuando en el cuerpo de la decisión se hiciera alusión que serían objeto de juicio, sin embargo, tal cometido no fue cumplido por la falladora y en su defecto incurrió en manifestaciones sin respaldo probatorio.

Frente a la atipicidad de la conducta dijo que, siendo el delito de ataque al inferior de naturaleza dolosa, no tenía lógica que el accidente acaecido entre su poderdante y el soldado MOSQUERA MARTÍNEZ fuera calificado como un delito penal, cuando en el plenario estaría demostrado que:

"(...) lo realmente ocurrido es que el oficial se le acerca y lo insta a que respete y a que guarde la debida disciplina. No obstante, el entonces soldado Mosquera con sus improperios, cometiendo el (sic) sí, el delito de ataque al superior, y que al estar tan cerca del oficial da un paso atrás, trastabilla, en la caída le lanza una patada al oficial, la cual hace impacto en la pierna, y el oficial se precipita al suelo, cayendo encima de quien fuera el soldado regular de la compañía cobalto. El soldado seguía ofuscado en el suelo, intentando agredir al oficial, y el

subteniente pretendiendo contener y calmar al irascible soldado MOSQUERA MARTINEZ. Finalmente es auxiliado por el resto de la tropa quienes separan al soldado del oficial”²⁷.

Reafirmó que, si bien al proceso fue allegado dictamen de medicina legal sobre las lesiones dictaminadas al soldado MOSQUERA, este documento no podía ser valorado como indicio de responsabilidad en contra del TE. BEDOYA, dado que la lesión en la oreja que se describe en dicha pericia, de acuerdo con la lógica y la sana crítica, no podía imputársele a su prohijado como quiera que una vez acaeció el suceso el soldado se evadió de la unidad y apareció cinco (5) días después con la denuncia de los hechos. Sumado a lo anterior, adujo, que el 7 de octubre de 2011 se hizo ampliación del dictamen de lesiones en el cual el perito forense manifestó que no era posible determinar de manera objetiva si existió el ataque de la forma en que fue planteado por el querellante.

Para el togado de la defensa resulta desafortunada la conclusión a la que se llega en la decisión de condena, luego de la valoración de los testimonios de los militares PARRA GÓMEZ, NIÑO TORRES, OLAYA ATUESTA y LOAIZA ARCHILA, pues encuentra que contrario a lo concluido por el *A quo* lo que se desprende de las probanzas es la certeza que los procesados en el momento de la discusión se cayeron al piso accidentalmente, luego de lo cual el soldado MOSQUERA le lanzó el proveedor y el fusil al oficial, actos que

²⁷ Cfr. Folio 1243 del C.O.7.

claramente demuestran la intención del soldado de causar un daño.

Con fundamento en los argumentos expuestos, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia para que en su lugar se absuelva al TE. BEDOYA RESTREPO.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Doctor MANUEL FERNANDO ALMÉCIGA, Procurador 13 Judicial Penal II, solicitó a la Sala confirmar la sentencia censurada, para lo cual anticipó que no resultaba procedente anular la actuación ni tampoco admitir la tesis sobre la ausencia de certeza en la conducta realizada por el TE. BEDOYA RESTREPO.

Frente al argumento sostenido por el recurrente, referido a que no se garantizó el debido proceso por cuanto no fueron analizados todos los medios de prueba, indico que de entrada tal pretensión estaba llamada al fracaso, pues incumplió el requisito de demostrar la trascendencia del yerro denunciado con lo cual quedaba el Tribunal impedido para resolver de fondo, a menos que se tratara de una declaración oficiosa de nulidad.

Reforzó su criterio arguyendo que el litigante se abstuvo de demostrar la manera en que la aparente omisión justipreciadora afectó el debido proceso, sea a título de vicio de estructura o de garantía, mucho menos se ocupó de señalar los efectos que la

incorrección causó a la indemnidad del proceso o afectó la decisión adoptada.

Descartó que, a efectos de derruir el acierto de legalidad de la sentencia, pudiera acogerse el argumento del censor respecto que no se hizo una juiciosa valoración sobre el dictamen de medicina legal y su correspondiente ampliación, ya que tal medio de convicción no se constituyó en el fundamento categórico a través del cual se cimentó la responsabilidad del TE. BEDOYA. Más aún, explicó el procurador, porque la prueba técnica y científica de lesiones no fatales tuvo un valor relativo en la investigación, ello en razón a que *"la vía de hecho no tiene como elemento estructural o ingrediente normativo, la materialización efectiva de una lesión en el subalterno atacado"*²⁸.

Añadió que desvirtuar las lesiones o la imposibilidad de su causación producto de una caída, poca incidencia tiene frente a la consumación del tipo penal de ataque al inferior, dado que la materialización de la conducta se predica tanto de la ofensa verbal como de los actos de violencia que dirigió el oficial BEDOYA en contra del subalterno, por lo que poca importancia tendría la gradualidad o grado de intensidad de las lesiones que se le ocasionaron al soldado MOSQUERA.

Refirió que la versión de los hechos fabricada por el defensor, a expensas de lo que la prueba militante mostraba, resultaba impertinente. En primer lugar,

²⁸ Cfr. Folio 1258 del C.O.7.

explicó, porque la afirmación del apelante respecto que las lesiones sufridas por el soldado MOSQUERA fueron producto de una caída accidental, no tienen respaldo probatorio más allá de la audiencia de conciliación, en tal sentido lo sostenido por los encartados en el marco de la justicia restaurativa no podría emplearse como medio de prueba, precisamente porque corresponde a una declaración que se da en un escenario de solución pacífica de conflictos y no en la búsqueda de la verdad de lo ocurrido, mucho menos de la responsabilidad de los conciliantes.

En segundo lugar, destacó que *"resulta infortunado extender los efectos de la conciliación a un delito típicamente militar como el consagrado en el artículo 100 del Estatuto Punitivo Castrense, cuya investigación no depende de la interposición de una querrela o está sujeta a que pueda culminar gracias al consenso y voluntad de las partes involucradas en el conflicto"*²⁹.

Frente al debate propuesto por el recurrente, en torno al origen de las lesiones del soldado MOSQUERA MARTÍNEZ, recabó que de ninguna manera la gravedad de los daños físicos en la salud de la víctima fueron determinantes en la sentencia para tipificar la conducta de ataque cometida por el Teniente BEDOYA, habida cuenta que la vía de hecho se extendió a la conducta agresiva a través de la cual se maltrató tanto física como verbalmente a un subalterno.

²⁹ Cfr. Folio 1261 del C.O.7.

Cuestionó que en el memorial recursivo se sostuviera que la única certeza existente en el sumario sea sobre la caída accidental de los involucrados en el impase, pues considera que esta coartada defensiva es poco creíble y deviene ilógica frente a la verosimilitud que ofrece la versión del joven MOSQUERA MARTÍNEZ cuando *"refiere que el oficial lo empujó y en el suelo la emprendió a golpes contra él"*³⁰, aunado a que este soldado nunca negó haberse defendido de los golpes que le asestó su superior.

En criterio, el juzgador concluyó acertadamente y con fundamento en los medios de prueba que lo ocurrido fue un altercado directo entre los involucrados, en el cual se produjo una caída como parte de la agresión recíproca que se propinaron ambas partes y no como consecuencia de un evento fortuito o ajeno a sus voluntades.

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

³⁰ Cfr. Folio 1261 del C.O.7.

ese año³¹, 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.

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 los inescindiblemente vinculados a la investigación.

VIII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Estudiado el memorial del recurso de apelación presentado por el abogado JORGE LEAL AVENDAÑO, quien representa al TE. JOHN BEDOYA RESTREPO, se extrae que la pretensión principal se orienta hacia la anulación de lo actuado a partir de la resolución de acusación, pues en sentir del apelante a su prohijado se le vulneró la prerrogativa del debido proceso, en la medida que tanto en la pieza acusatoria como en la sentencia de primer grado no se realizó una valoración probatoria en conjunto de todos los medios de prueba, al punto que los juicios emitidos por la juez en la decisión apelada estuvieron basados en algunas

³¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737, noviembre 08 de 2011, radicado 37797 y marzo 07 de 2012, radicado 38401.

probanzas que no eran favorables a los intereses de su protegido.

Un segundo tópico sobre el cual la Judicatura debe hacer el correspondiente pronunciamiento de fondo, es el que tiene que ver con la probable atipicidad de la conducta de ataque al inferior, ya que según expuso el recurrente no existió voluntad de agresión por parte del TE. BEDOYA RESTREPO al momento en que se vio inmerso en el altercado que se presentó con el soldado MOSQUERA MARTÍNEZ, por lo que el acaecimiento de la conducta de ataque al inferior se dio como consecuencia de una caída accidental que sufrieron los dos implicados cuando estaban discutiendo.

8.1 De la nulidad de la actuación por violación al debido proceso.

Se tiene dicho por esta Corporación, que el debido proceso como principio jurídico procesal de carácter sustantivo implica la observancia de determinadas garantías mínimas, tanto a favor del sujeto activo de la conducta punible como de los demás sujetos procesales y de la sociedad en su conjunto, presupuesto lógico antecedente y consecuente para hacer efectiva la realización del *ius puniendi*, garantías encarnadas en la legalidad de las formas propias de cada juicio, legalidad de los delitos, de la pena, derecho a contar con una defensa técnica, a tener la oportunidad de ser escuchado y hacer valer sus pretensiones, entre otras.

En este orden de ideas, si el Estado quiere hacer efectiva su facultad punitiva *-ius puniendi-*, todas sus actuaciones y sus decisiones deben estar sujetas al respeto y observación del principio de legalidad, esto es, acatando las normas de rito y de garantía. El rito hace referencia a la estructura formal del proceso, mientras que las normas de garantía corresponden a derechos reconocidos en favor de los sujetos procesales, tales como la publicidad, intervención, contradicción e impugnación.

Luego, si la legalidad del procedimiento se constituye en una garantía a la que el juez debe sujetarse, sin que le sea permitido adoptar trámite diferente ni desconocer el preexistente, no le es dable, en consecuencia, desconocer lo preceptuado en la norma que regula la materia específica para recurrir a otras formas no previstas en la ley u omitir las determinadas por el legislador.

Precisamente en el artículo 388 de la Ley 522 de 1999 se consagra como una causal de nulidad, "(...) 2.- *la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso (...)*"³², norma de la cual se abstrae que la nulidad sólo es procedente cuando se trate de irregularidades sustanciales, esto es, que hayan afectado los derechos fundamentales de las partes o se haya vulnerado la estructura lógica del proceso; ello bajo el entendido que los ritos y formalidades no fueron consagrados por el legislador como un formalismo, sino que conlleva implícita una

³² Con esta norma se desarrolla legalmente el precepto constitucional contenido en el artículo 29.

finalidad política traducida en garantías para quienes intervienen en el proceso.

También habrá de recordarse que la nulidad es un mecanismo de carácter residual, en tanto que se trata de una medida extrema cuando no exista ningún otro medio procesal que subsane la irregularidad, ello conforme a los principios que orientan la declaratoria de las nulidades, según los cuales: **i)** solamente es posible alegar las expresamente previstas en la ley (*taxatividad*), **ii)** no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica (*protección*); **iii)** aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (*convalidación*), **iv)** quién alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y/o el juzgamiento (*trascendencia*) y, **v)** que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (*residualidad*)³³.

En suma, la nulidad debe decretarse sobre actos procesales cuando se compruebe la existencia de una irregularidad sustancial que tenga la virtualidad de socavar la estructura del proceso o las garantías de los sujetos procesales, lo cual implica que no

³³ Radicado 17297, sentencia del 2 de octubre de 2003, MP. DR MAURO SOLARTE PORTILLA, Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia.

cualquier defecto tiene la capacidad de retrotraer la actuación ante su ocurrencia, pues se tiene que demostrar no sólo la irregularidad, sino, además, la transcendencia en relación con estos dos aspectos -las garantías de las partes y/o la estructura del proceso- aunado a que debe consultar los principios que orientan su declaratoria.

8.2 De las irregularidades sustanciales planteadas por el defensor en el caso concreto.

Con fundamento en la causal 2ª del artículo 388 de la Ley 522 de 1999 el recurrente adujo que la Juez Sexto de Brigada del Ejército Nacional vulneró el debido proceso, al dictar el pasado 11 de marzo de 2019 una sentencia condenatoria con fundamento en las pruebas de cargo que operaban en contra de su prohijado, sin tener en cuenta aquellas que le favorecían o demostraban su inocencia.

Concretamente dijo que ni el fiscal ni el juez de instancia valoraron algunas pruebas que beneficiaban los intereses del TE. BEDOYA RESTREPO y de manera genérica frente a la petición en concreto indicó lo siguiente:

"Tal y como se observa de la sentencia objeto del presente recurso, se omitió el análisis de la totalidad de las pruebas obrantes en el expediente, como el dictamen médico legal practicado al señor Mosquera Martínez, la ampliación rendida médico legal (sic) del 26 de

*julio de 2012, dictamen opinión pericial del Dr. Máximo Alberto Duque Piedrahita*³⁴.

De lo anteriormente extractado, se advierte de bulto, como atinadamente lo vaticinó el representante del Ministerio Público en el traslado del recurso, que esta Corporación se encuentra impedida para resolver de fondo la pretensión de nulidad, como quiera que con el citado argumento no se logra cumplir el deber que le asistía al recurrente de acreditar cual fue el perjuicio que se ocasionó al procesado, esto de cara al principio de trascendencia que rige en materia de nulidades.

Frente a este tópico, debe resaltar la Corporación que dentro del esquema procesal que gobierna las nulidades, el principio de trascendencia exige, en términos del artículo 392 numeral 2° del Código Penal Militar, que *"quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial, afecta garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento"*.

La norma transcrita enseña que la nulidad como remedio procesal no opera por la simple enunciación de un supuesto vicio, ni en interés exclusivo del ordenamiento, pues solo cuando material y probatoriamente se constituya un error de garantía o de estructura, demostrable a través de la afectación de las prerrogativas procesales en perjuicio de los sujetos intervinientes, es que se hace factible el éxito de una pretensión en dicho sentido.

³⁴ Cfr. Folio 1235 del C.O.7.

Pues bien, en el asunto es evidente que la postulación presentada por el defensor del TE. BEDOYA RESTREPO se realizó sin la más mínima argumentación probatoria o procesal, lo cual no era lo esperado si su anhelo era lograr la configuración de un defecto procedimental ante la supuesta falta de debido proceso. Puede leerse en el texto del recurso, que la defensa estuvo limitada únicamente a denunciar que se produjo una afectación de los derechos del enjuiciado, porque no fueron valorados en la resolución de acusación ni en la sentencia los dictámenes médico legales practicados al soldado MOSQUERA MARTÍNEZ, sin siquiera mencionar un solo elemento de juicio que hiciera suponer a esta Instancia Judicial que con el ejercicio de valoración probatorio efectuado por los funcionarios de primer grado al conjunto de pruebas, no era posible arrimar a la certeza requerida para emitir un juicio de condena en contra del oficial hoy condenado.

Considera la Sala que no resulta irrelevante el debate propuesto por el apelante, como quiera que, en efecto, los jueces al momento de emitir decisiones de fondo en el proceso penal militar no pueden estar restringidos a la valoración únicamente de las pruebas de cargo, dado que los juicios probatorios también deben recaer sobre aquellos medios de demostración que puedan desvirtuar o poner en duda la existencia de la conducta o de su autoría, esto en armonía con lo indicado por la Corte Suprema de Justicia al sostener:

"Resulta jurídicamente inadmisibles que el juez al momento de valorar el compendio probatorio

privilegie el mérito de una determinada prueba y deje de lado la imprescindible confrontación que debe hacer de todo el conjunto de probanzas, ello básicamente porque cada medio de convicción "(...) puede tener una verdad, que como tal, debe estar predispuesta a ser confrontada con las demás, para que su universo, integrados los todos, sea dable deslindar los que pueden calificarse de lógicos, no contrarios a la ciencia y a la experiencia, y descartar aquellos que se escapan a estos cánones exigidos por la ley para efectos de la apreciación probatoria, y así, de ellos, sí inferir la conclusión que irá a producir una determinada relevancia jurídica, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, por haberse llegado a la certeza sobre el objeto que se pretende demostrar, o por el contrario, a la duda sobre el mismo³⁵".

Sin embargo, encuentra la Sala que en esta oportunidad a más que el defensor no cumplió la tarea de motivación que tenía de acreditar la forma en que los medios de convicción dejados de confrontar por la juez en la sentencia tendrían incidencia directa sobre la configuración del injusto o ponían en duda el nivel de compromiso penal de su prohijado, tampoco se justifica que de manera oficiosa la Corporación deba intervenir, pues no se evidencia que en la sentencia el *A quo* haya realizado una valoración sesgada de los medios de convicción, como lo sostiene el impugnante, esto en razón a que los informes periciales que según el togado no fueron valorados en

³⁵ CSJ. Rad. No 32415 del 11 de noviembre de 2009.

favor de su prohijado³⁶ de ningún modo logran desvirtuar la configuración del punible de ataque al inferior que se juzga.

Adviértase que de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico el juez tiene la libertad de valoración frente a los resultados de la peritación, lo cual significa que puede apartarse de las conclusiones a las cuales ha llegado el peritaje si éstas no ofrecen elementos de juicio que permitan dilucidar la controversia, que en este caso concreto recae sobre la materialización no de una lesión física en la salud del agredido sino en la configuración de una vía de hecho como elemento integrador del tipo penal de ataque al inferior.

Teniendo en cuenta los anteriores presupuestos, encuentra la Sala que si bien el togado de la defensa planteó situaciones que en su concepto constituyen irregularidades que afectan sustancialmente el debido proceso, tan simple enunciación, referida a que no se valoraron dos informes periciales, en modo alguno esto conlleva por sí mismo a la invalidez de la actuación, pues aunado a lo escueto de las aserciones esgrimidas en el recurso, el apelante ni siquiera demostró sumariamente, más allá del desarrollo teórico de los principios orientadores que rigen las nulidades, de qué forma debió la juez valorar los medios de convicción echados de menos y cuál era el mérito persuasivo que

³⁶ Obra a folio 64 del C.O.1 Informe médico legal de lesiones no fatales practicado al soldado MOSQUERA MARTÍNEZ y a folios 285 y ss., del C.O.2, estudio forense especializado rendido por el médico cirujano MAXIMO ALBERTO DUQUE PIEDRAHITA, con el fin de asesorar un proceso de investigación relacionado con unas lesiones personales.

tenían frente al cúmulo de pesquisas que gravitan en contra de su tesis defensiva, por tanto al no encontrar la Corporación una sustentación acorde con el *petitum* ni demostrada la conculcación de las garantías fundamentales del encartado, no resulta procedente acoger la solicitud de nulidad.

8.3 La atipicidad de la conducta de ataque al inferior.

En la sentencia de primera instancia se declaró al Teniente JOHN ANDERSON BEDOYA RESTREPO autor responsable del delito de ataque al inferior, cuyo supuesto de hecho legal se encuentra descrito en el artículo 100 de la Ley 1407 de 2010 y consiste en: *«El que en actos relacionados con el servicio, ataque por vías de hecho a un inferior en grado, antigüedad, o categoría, (...)»*

La premisa fáctica que tuvo en cuenta la falladora para emitir la decisión de condena fue que el oficial, el 2 de octubre de 2011, estando en una formación con el personal militar acantonado en la vereda Lagunitas, jurisdicción del Páramo de Sumapaz, golpeó con puños y patadas al soldado WILSON MOSQUERA, cuando lo reprendía por haberse evadido en compañía del Soldado JESÚS MORENO a una casa vecina para cargar sus celulares, de cuyo inmueble fue hurtado un celular según denunció la propietaria del mismo.

Para el recurrente la apreciación probatoria que fundó la condena es violatoria de los principios de debido

proceso y presunción de inocencia, por dos principalísimas razones: (i) lo ocurrido fue un accidente, dado que el oficial se cayó encima de su subalterno justo en el momento que lo estaba reprendiendo, por lo que se descartaría el dolo de la acción desplegada por el oficial BEDOYA y por consiguiente la conducta resultaría atípica y, ii) el análisis probatorio de la prueba testimonial y pericial fue selectivo y sesgado en punto de la materialización del reato de ataque al inferior.

Antes de entrar a examinar los argumentos de la impugnación y con el objeto de verificar si logran demostrar la configuración de los errores de raciocinio denunciados en precedencia, debe la Judicatura recordar que en nuestro ordenamiento jurídico se contempla el sistema de valoración probatoria de la sana crítica³⁷, como pilar fundamental de la actividad intelectual que debe realizar el juez al momento de fallar, pues para llegar a la certeza o a la ausencia de ésta se requiere de la exposición clara de la forma en la que se valoraron las pruebas y las razones de mérito que se le otorgó a cada una de ellas.

Ahora bien, se dice que se desconocen las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba, cuando el juzgador establece por sí mismo el valor del caudal probatorio sin tener en cuenta los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y las reglas de la ciencia, ya que ciertamente no le está permitido

³⁷ Ley 522 de 1999, artículo 401. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS. "Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica."

razonar de manera discrecional y arbitraria en la decisión, sino que se le exige " (...) una motivación consistente en la expresión de las razones que el juzgador ha tenido para determinar el valor de las pruebas, con fundamento en las citadas reglas"³⁸.

Con fundamento en las anteriores premisas jurídicas y jurisprudenciales, pasa el Colegiado a resolver si de acuerdo con el valor asignado por la juzgadora de primera instancia a los medios de convicción obrantes en el sumario, era posible determinar en grado de certeza el elemento subjetivo del tipo penal de ataque al inferior que extraña el apelante o si, por el contrario, la prueba allegada demuestra que no existe congruencia típica entre el comportamiento realizado por el oficial BEDOYA y la conducta punible enrostrada, al haber mediado una situación accidental en la que si bien se dio el desvalor de resultado no así el de acción.

Adviértase en primer lugar, que para la adecuación típica objetiva y subjetiva del delito de ataque al inferior, se requiere la presencia de unos elementos especiales que estructuran la conducta punible, los cuales básicamente son: i) un sujeto activo que ostente la condición de superior jerárquico en grado, antigüedad o categoría del agredido; ii) correlativamente el carácter de inferior en grado, antigüedad o categoría del uniformado sobre quien recae el ataque; iii) la ejecución de un ataque por

³⁸ Sentencia C-202/05.

vías de hecho y, iv) que ese ataque se produzca en actos relacionados con el servicio.

Es evidente que el debate propuesto por el apelante recae sobre la inexistencia del elemento del ataque por vías de hecho, puesto que se constata del memorial recursivo que sobre las demás descripciones objetivas del reato no hizo reparo alguno. Ahora bien, en sentir del defensor las pruebas aducidas dan cuenta que el día de los hechos no existió una agresión del superior hacia el subalterno, sino un accidente que se presentó cuando el oficial intentó disciplinar al soldado MOSQUERA a través de un llamado de atención, empero al encontrarse tan cerca uno del otro, el soldado regular decide dar "*(...) un paso atrás, trastabilla, en la caída le lanza una patada al oficial, la cual hace impacto en la pierna, y el oficial se precipita al suelo, cayendo encima de quien fuera el soldado regular de la compañía cobalto. El soldado seguía ofuscado en el suelo, intentando agredir al oficial, y el subteniente pretendiendo contener y calmar al irascible soldado MOSQUERA MARTINEZ. Finalmente es auxiliado por el resto de la tropa quienes separan al soldado del oficial*"³⁹.

Frente al particular, conviene no perder de vista lo dicho recientemente por esta Corporación frente a lo que se debe entender como "*vías de hecho*", que no es más que "*(...) aquella trasgresión manifiesta, evidente y grosera de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política y en las leyes, por lo que para el ámbito castrense, tiene lugar cuando el superior o subalterno obran de manera arbitraria e injusta según su*

³⁹ Cfr. Folio 1243 del C.O.7.

antojo, vulnerando los derechos básicos de otro militar o policial, en otras palabras, las vías de hecho corresponden a una actuación violenta que se exterioriza a través de acciones verbales o físicas que tienen como objetivo agredir a otro uniformado en su dignidad, desconociendo las normas de respeto que regulan las relaciones entre militares y policiales, sin que importe que se produzca afectación a la integridad física o moral del atacado”⁴⁰.

Bajo ese entendido, considera la Sala que no le asiste razón al recurrente cuando estima que el ataque por vías de hecho no existió, pues de cara al caudal probatorio resulta desafortunada su tesis según la cual lo ocurrido fue una situación accidental en la que inicialmente el soldado MOSQUERA se tropieza y cae al suelo, luego de lo cual le lanza una patada en la pierna al oficial BEDOYA, quien no tuvo opción distinta que caerse encima del recluta, momento en el que, según afirma el defensor, aprovecha el superior no para agredirlo sino para tratar de calmarlo como quiera que el subalterno se encontraba ofuscado.

Tal hipótesis la fundamentó en lo consignado en el acta de conciliación que por el delito de lesiones personales se llevó a cabo en el presente sumario, diligencia surtida el 13 de febrero de 2014⁴¹ en la que el Soldado WILSON MOSQUERA reconoció que las lesiones personales que sufrió fueron la consecuencia de un accidente, ante lo cual obtuvo la suma de \$ 1.500.000 que le sufragó el oficial como contraprestación por

⁴⁰ TSM, Radicado 158725 MP. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, 12 de febrero de 2019.

⁴¹ Cfr. Folios 741 y ss., del C.O.4.

los daños y perjuicios causados en su salud física el día de los hechos.

A juicio de este Colegiado las manifestaciones hechas por el referido Soldado MOSQUERA MARTINEZ resultan insuficientes para demostrar que no sufrió un ataque por parte de su superior, pues de una parte, como bien lo sostuvo el agente del Ministerio Público ante esta Instancia, lo dicho por éste en el marco de la justicia restaurativa tiene como finalidad la solución de un conflicto y no necesariamente el establecimiento de la verdad, máxime cuando en el ámbito del proceso penal tal acto surge como condición de procedibilidad del ejercicio de la acción del delito de lesiones personales, dada la incapacidad diagnosticada; y de otra, existe en el plenario nutrido acervo probatorio a través del cual se puede constatar la conducta violenta investigada.

En este orden de ideas, el acta de conciliación no resulta pertinente ni suficiente para confirmar o desvirtuar la existencia del ataque violento del Teniente BEDOYA RESTREPO, el 2 de octubre de 2011, al momento de encauzar la disciplina del Soldado MOSQUERA, esto amén que sólo procedía para las lesiones personales, como quiera que frente al delito de ataque al inferior no se admite la conciliación.

Véase que aunque el soldado MOSQUERA MARTINEZ haya aceptado que las lesiones en su humanidad fueron producto de un accidente, dicha información no viene soportada con probanza alguna, pues las referencias que

hicieron algunos testigos integrantes del pelotón "COBALTO" que estuvieron presentes en la formación donde se llevó a cabo el acontecimiento no se compadecen con lo argumentado por el apelante en el recurso, en relación a que se trató de una circunstancia excepcional la cual fue desconocida por la juez de instancia al realizar una valoración probatoria sesgada y en detrimento de los derechos del TE. BEDOYA, en punto de la adecuación típica de la conducta.

Para sustentar lo argumentado es pertinente recordar lo dicho por los testigos de descargo, que cita el defensor como no objetos de valoración por el *A quo* y con los cuales aspira confirmar la hipótesis que se trató de un incidente en el que no medió la voluntad del procesado:

- SLR. DEIBY PARRA GÓMEZ, afirmó: *«...empezaron a discutir y la tensión se fue aumentando y la discusión estaba muy fuerte se gritaba uno al otro y entonces mi teniente como que se le fue encima al soldado MOSQUERA MARTÍNEZ para encararlo y el soldado al ver que se le fue encima el echo hacia atrás y pues hay (sic) no estoy seguro si lo empujó o no el caso es que el soldado se calló (sic) y le alcanzó a pegar una patada a mi teniente y pues al caerse jalo a mi teniente y **se cayeron los dos al piso y pues hay (sic) se empezaron a revolcar y forcejear entre los dos** y pues al rato se separaron (...) »*. Agregó que el oficial pidió

disculpas frente a la formación⁴². (Negrillas fuera de texto original).

- El Soldado DEIVER NIÑO TORRES indicó que el Teniente BEDOYA encaró al SLR. MOSQUERA y que éste se cayó hacia atrás, en ese momento le pegó una patada al oficial cayéndose ambos al piso, luego de lo cual se revolcaron y forcejearon por un corto tiempo; también corroboró que el superior se paró frente a la formación y ofreció excusas por lo sucedido⁴³.
- Los soldados OLAYA ATUESTA⁴⁴ y LOAIZA ARCHILA⁴⁵ coincidieron en que se encontraban en la parte de atrás de la formación, sin embargo, alcanzaron a observar que los procesados se enfrascaron en una discusión que finalizó cuando se cayeron ambos al piso y se agredieron, seguido a esto les consta que el oficial BEDOYA presentó disculpas públicas.

Como se puede evidenciar, las premisas de las alegaciones defensivas carecen de fundamento de cara a lo depuesto por los deponentes, pues de ningún modo la prueba testimonial citada exhibe el acaecimiento de una conducta carente de conocimiento y voluntad por parte del TE. BEDOYA RESTREPO; al contrario, con estas se constata que al momento en que ambos se cayeron al suelo sobrevinieron una serie de agresiones físicas y

⁴² Folio 124 del C.O.1.

⁴³ Folio 127, ibídem.

⁴⁴ Folio 156, ibídem.

⁴⁵ Folio 159, ibídem.

verbales que permitieron exteriorizar la ejecución de la vía de hecho.

Ahora bien, aun cuando se aceptara el supuesto de hecho alegado por la defensa, referido a que el oficial BEDOYA se cayó encima del soldado de manera accidental cuando éste último le propinó una patada que le hizo perder el equilibrio, carece de sentido para la Sala que una vez en el suelo el teniente no se haya levantado y reincorporado frente a sus hombres como quiera que se encontraba al mando y en medio de una formación militar, lo demostrado es que se enfrascó en una riña con el hoy reservista MOSQUERA y que tuvieron que ser separados por los espectadores, todo lo cual deja en evidencia la poca virtualidad que tiene la tesis de la situación accidental propuesta por el libelista como causal de ausencia del injusto típico de ataque al inferior en el ámbito de la tipicidad.

Rememórese que cuando se habla de la realización accidental de la conducta, esto es, no dolosa ni culposa, nos encontramos en la esfera de las causas de ausencia de responsabilidad denominadas caso fortuito o fuerza mayor⁴⁶, las cuales hacen parte del estudio del tipo objetivo positivo del delito.

Ahora bien, para que un hecho pueda ser considerado como atípico por vía de alguna de estas dos causales, debe constatarse la ausencia no sólo de la libre determinación de la voluntad del sujeto activo sino de la voluntad misma, pues de comprobarse que la persona

⁴⁶ Artículo 33, numeral 1° de la Ley 1407 de 2010.

tuvo el control sobre una acción queda al descubierto la presencia del elemento esencial doloso de la conducta.

Véase que de acuerdo con la doctrina el caso fortuito puede abarcar los siguientes supuestos:

"a) en los cuales el sujeto produce el hecho objetivamente típico sin infringir el deber objetivo de cuidado; (...) b) en los que se produce el resultado accidental en el curso de una inicial actuación antijurídica (dolosa o sólo culposa), es decir, no querido ni debido a infracción del deber objetivo de cuidado (...)"⁴⁷.

Mientras que con la fuerza mayor se abarcan algunos acontecimientos, en los cuales se encuentra anulado por completo el control de la voluntad de los movimientos del sujeto y su origen puede ser:

"a) Natural, como un terremoto que hace atropellar por un vehículo a un peatón, o un vendaval que hace caer a una persona sobre otra, a quien lesiona, o sobre un objeto que daña; b) proveniente de acometida o golpes de animales (...); c) causada por movimientos involuntarios de otra persona que a su turno pueden forzar movimientos de un tercero, quien a su turno cae sobre un objeto de valor y lo daña; d) proveniente de fuerza de una persona que actúa dolosamente y obliga a otra a realizar un movimiento corporal lesivo, como quien lleva por la fuerza el brazo y

⁴⁷ BARBOSA CASTILLO y otros, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Universidad Externado de Colombia, 2019.

*la mano de otro para hacer clavar el puñal contra la víctima*⁴⁸.

Con las anteriores ilustraciones considera la Judicatura que se puede clausurar el debate en punto de la inexistencia de la vía de hecho por la carencia de voluntad del sujeto activo del delito de ataque al inferior, pues aunque el recurrente no determinó en cuál de las dos causas de ausencia de responsabilidad habría actuado su patrocinado, como quiera que solo arguyó a lo largo de su intervención recursal que se trató de un accidente, es claro que en ninguna de las dos se satisfacen los requisitos exigidos por la normatividad para excluir la responsabilidad del ajusticiado.

A tal conclusión llega la Sala luego del examen oficioso de la pretensión, dado que no se vislumbra que el procesado al momento de corregir a su subordinado le hubiera causado una lesión a través de la exteriorización de un movimiento corporal involuntario o no querido, pues de hecho en el relato que hizo el TE. BEDOYA en la diligencia de inquirir, aunque obviamente negando cualquier desproporción o exceso, admitió la utilización de la fuerza física en el forcejeo que enfrentó con su subalterno, lo que, en alguna medida, respalda los testimonios de cargo que soportan la presencia del elemento subjetivo del injusto y que fueron valorados por la juez para edificar el juicio de condena contra el oficial.

⁴⁸ Ídem.

Obsérvese a continuación la parte pertinente de lo dicho en su indagatoria:

"(...) empezamos a discutir, yo le dije que hiciera silencio y el que no, que él no había sido y seguía renegando que no, y manoteando, entonces yo me le acerque a él como para encararlo, le dije que, que era lo que quería, que no me contestara así, que esa no era la manera, entonces el soldado vio que yo ya estaba un poco exaltado y se fue hacia atrás y se tropezó no sé con qué, y al caer me lanzó una patada y me la pegó en la pierna, cuando ya iba a caer yo lo cogí de la guerrera para que no se cayera, y me pudo el peso de él y los dos nos fuimos al suelo, como el soldado estaba ofuscado **en el suelo empezamos a forcejear** pero la intención mía era calmarlo, entonces los otros soldados vieron que ya las cosas estaban complicándose y que el soldado no me quería soltar, entonces se metieron unos soldados de nombre LOAIZA y el otro no me acuerdo, y lo cogieron a él y el otro a mí y **nos separaron, entonces yo me calmé**, volví a la formación le pedí excusas al resto de soldados por lo que había pasado"⁴⁹ (negrillas fuera de texto).

Con lo anterior se corrobora que en efecto existió una pelea entre el TE. BEDOYA RESTREPO y el SLR. MOSQUERA MARTINEZ, la cual se prolongó en el tiempo y en el espacio al extremo que tuvieron que ser separados por los mismos soldados que asistieron a la formación, por tales razones es que dable resulte concluir que el valor otorgado por el A quo a los testimonios, en

⁴⁹ Cfr. Folio 189 del C.O.1.

conjunto con la prueba pericial, resulte abiertamente acertado de cara a las reglas de la sana crítica y con respeto por el derecho a un debido proceso, ya que dichas probanzas permiten evidenciar en grado de certeza la vía de hecho en que incurrió el oficial acusado y las circunstancias de tiempo, modo y lugar - concomitantes, anteriores y posteriores- en que ésta acaeció, por lo tanto la refutación que frente a este respecto elevó el defensor tampoco encuentra vocación de prosperidad.

Conforme a las razones expuestas, los errores en la valoración probatoria denunciados por el impugnante jamás se configuraron y, por el contrario, se evidencia que los fundamentos probatorios de la condena son adecuados y suficientes. En consecuencia, como lo solicitó el delegado de la Procuraduría en el traslado de rigor, no se acogerán las pretensiones del recurso de apelación y por tanto se confirmará la sentencia de primera instancia que declaró penalmente responsable al Teniente JOHN ANDERSON BEDOYA RESTREPO por el delito de ataque al inferior.

Finalmente, sea procedente aclarar que contra la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación discrecional⁵⁰, con miras a obtener de la Corte Suprema de Justicia su pronunciamiento respecto de temas jurídicos concretos, bien para unificar posturas conceptuales, actualizar la doctrina o para abordar un tópico aún no desarrollado, ora para

⁵⁰ En tanto el delito por el cual se condenó al procesado no conlleva una pena cuyo máximo excede 8 años de pena privativa de la libertad.

asegurar la garantía de derechos fundamentales⁵¹, recurso que de interponerse se guiará por el procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Penal de 2000 -Ley 600 de ese año-, de conformidad con lo ordenado recientemente por el máximo órgano de cierre en lo penal dentro de los procesos 49522(15-11-17), MP. DR. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA; AP6766-2017, radicado No. 49808(11-09-17), MP. DR. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA; AP6540-2016, radicado No. 48713 (28-09-16), MP. DR. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA⁵².

En mérito de lo 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: DESPACHAR DE MANERA DESFAVORABLE el recurso de apelación presentado por el doctor JORGE ENRIQUE LEAL AVENDAÑO -defensor del TE. JOHN BEDOYA RESTREPO-, según lo dispuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR la providencia adiada 11 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Sexto de Brigada del Ejército Nacional, a través de la cual se condenó al

⁵¹ Artículo 205 de la Ley 600 de 2000, en concordancia con el artículo 368 de la Ley 522 de 1999.

⁵² Cfr. con los radicados: 27965 (05-12-07), 25471(22-05-08), 28937 (11-11-09), 30592 (05-10-11), Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

TE. JOHN ANDERSON BEDOYA RESTREPO por el delito de ataque al inferior, conforme lo esbozado en la parte considerativa de esta decisión.

TERCERO: PROCEDE contra la presente providencia el recurso de casación discrecional, que podrá interponerse dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de esta decisión, conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000.

CUARTO: NOTIFICADA la presente decisión, vuelva la actuación al juzgado de origen para lo de su competencia, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la secretaria de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUELVA. -



Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ

Magistrado Ponente



Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ

Magistrado



Capitán de Navío (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Magistrado

Abogada MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria