

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala: Segunda de decisión
Magistrado ponente: CR. (RA) WILSON FIGUEROA GOMEZ
Radicación: 158788-162-XIV-225-ARC
Procedencia: Juzgado de Primera Instancia de las
Brigadas de Infantería de Marina de la
Armada Nacional
Procesado: IMP JOSE ANTONIO LORA ZUÑIGA
Delito: Ataque al superior
Motivo de alzada: Apelación sentencia condenatoria
Decisión: Confirma decisión.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021).

I. VISTOS

Conoce la Sala el recurso de apelación incoado por la abogada **MARIA DEL PILAR MORENO RAMOS** en contra de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado de Primera Instancia de las Brigadas de Infantería de Marina de la Armada Nacional, por medio de la cual condenó al IMP. **JOSE ANTONIO LORA ZUÑIGA** a la pena principal de un (1) año de prisión por el delito de ataque al superior.

II. HECHOS

El MYCIM **HENRY VELASQUEZ BLANQUICETT**¹ puso en conocimiento los informes que daban cuenta de los hechos acaecidos el 28 de junio de 2012, en desarrollo de la Orden de Operaciones No. 73-CBAFLIM80-S3-379 "MESIAS" expedida por el Batallón Fluvial de Infantería de Marina de la Armada Nacional, que tenía como misión la interdicción, vigilancia y seguridad a través del control fluvial sobre el perímetro de la unidad *MORELIA*, en donde el IMP. **JOSE ANTONIO LORA ZUÑIGA** integrante del Elemento de Combate Fluvial 80-2 empujó al ST. **JORGE SABOGAL OTALORA**, quien era su comandante, incitándolo a pelear e intentando agredirlo físicamente, ello como consecuencia del llamado de atención que le había hecho el superior porque al parecer estaba realizando de manera irregular inspección a una embarcación.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Por los hechos que vienen de referirse, el 18 de julio de 2012 el Juzgado 108 de Instrucción Penal Militar aperturó investigación penal en contra del IMP. **JOSE ANTONIO LORA ZUÑIGA** por los presuntos punibles de ataque al superior y amenazas². El uniformado fue

¹ Mediante señal No. 021008R-AY-SCABAFLIM80-JUL-12, remitió los informes suscritos por: STCIM Jorge Sabogal Otálora, SMCIM Johnny Arizala Valencia, C3CIM Francisco Jiménez Pérez, CSCIM Liberado Magrovejo Atencio, C2CIM Yorlan Castro Morales, IMP Javier Osorio Sossa, IMP José Lora Zúñiga.

² Cuaderno original 1, folios 14-15.

vinculado mediante indagatoria al proceso³ y se resolvió su situación jurídica provisional el 6 de noviembre de 2012 absteniéndose de imponer medida de aseguramiento⁴.

Clausurada la etapa instructiva con auto del 4 de agosto de 2016⁵, el Fiscalía Penal Militar calificó el mérito del sumario profiriendo resolución de acusación en contra del encartado por el delito de ataque al superior y le cesó procedimiento por el de amenazas.

Una vez en firme la decisión⁶ y recibido el expediente por el Juzgado de Primera Instancia de las Brigadas de Infantería de Marina de la Armada Nacional, se realizó la audiencia de Corte Marcial⁷. El citado despacho profirió sentencia condenatoria el 31 de agosto de 2017, imponiendo al uniformado la pena de un (1) año de prisión como autor del delito de ataque al superior⁸. Decisión que fue objeto de recurso de apelación por parte de la defensa⁹.

³ Efectuada el 25 de octubre de 2012, asistido por la abogada María Eugenia Salazar Benítez -defensora de oficio-. CO1, folios 59-63.

⁴ Auto interlocutorio del 6 de noviembre de 2021, CO1, folios 66-71.

⁵ Cuaderno original 2, folio 302.

⁶ La providencia calificatoria quedó ejecutoriada el 7 de diciembre de 2016

⁷ Audiencia celebrada el 29 de marzo de 2017. CO3, folios 422-429.

⁸ Cuaderno original 3, folios 430-448.

⁹ Cuaderno original3, folios 465-470.

IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA

La sentencia objeto de impugnación ante esta Corporación¹⁰ estableció que se encontraban reunidos los requisitos exigidos en el ordenamiento castrense para imputar a título de autor el delito de ataque al superior al IMP **JOSE ANTONIO LORA ZUÑIGA**. Tipo penal, dispuesto en el artículo 99 de la Ley 1407 de 2010, que requiere para su configuración típica objetiva la presencia de un sujeto activo calificado que además de integrante uniformado de la Fuerza Pública registre la condición de inferior en categoría, grado o antigüedad que el sujeto objeto de ataque, agregando que la conducta está constituida por la existencia de un ataque por vías de hecho que ha de producirse en actos relacionados con el servicio.

Indicó que el Infante de Marina Profesional **JOSE ANTONIO LORA ZUÑIGA** agredió a su superior jerárquico, Subteniente **JORGE SABOGAL OTALORA**, uniformados entre los cuales existía una relación jerárquica de carácter militar. Así mismo, se tiene que el señalado oficial, quien era el comandante del Elemento Fluvial 80-2 para la fecha de los hechos, le correspondía preservar la disciplina de los hombres bajo su cargo, haciendo uso de los mecanismos jurídicos dispuestos en el Reglamento de Régimen Disciplinario para lograr dicho fin.

¹⁰ Cuaderno original 3, folios 430-448.

Señaló que las probanzas permitían demostrar que ciertamente se dio la vía de hecho en el momento que el oficial llamó la atención al IMP **JOSE ANTONIO LORA ZUÑIGA** por haber sometido dos veces a control a una embarcación, ante lo cual, el procesado tomó una actitud agresiva en contra de su comandante, empujándolo, insultándolo e intentado agredirlo físicamente y amenazándolo que lo iba a matar.

Precisó que el estado de exaltación del infante de marina era tal que el oficial debió cambiarse de bote para evadir la agresión física. Encontrándose el encartado bajo los efectos de sustancias embriagantes, las cuales había consumido en compañía del IMP **JAVIER OSORIO SOSSA**, quien estaba celebrando su cumpleaños. Arremetida que se produjo en desarrollo de actividades propias del servicio, en tanto, los uniformados desarrollaban la Orden de Operaciones No. 73-CBAFLIM80-S3-379 "MESIAS" que tenía como misión la interdicción, vigilancia y seguridad a través del control fluvial sobre el perímetro de la unidad Morelia.

Referente a la tipicidad subjetiva, estableció que la conducta le fue imputada a título de dolo, por cuanto el infante conocía los hechos constitutivos de la conducta y quiso su realización, pues sabía que atacaba a su superior jerárquico y dirigió su voluntad para atentar contra la integridad física del oficial.

Ello se había evidenciado, según los testimonios, en que el infante de marina fue neutralizado por el personal militar para evitar una tragedia, ya que el uniformado, encontrándose en otro bote, insistía en agredir a su superior, lanzándose al agua con ese propósito.

Precisó que la antijuricidad material de la conducta se concretó cuando se presentó un ataque por vías de hechos a su superior jerárquico sin justa causa, afectándose el bien jurídico de la Disciplina, puesta de manifiesto, en la actuación desplegada por el IMP **LORA ZUÑIGA** quien, en presencia de otros infantes de marina, entre los que se encontraba **WILMER ENRIQUE PADILLA MEJIA**, atacó por vías de hecho a su superior, demostrando así, irrespeto por la jerarquía militar y por la operación encomendada, percibiendo sus compañeros indisciplina y ausencia de afinidad con el servicio, puesto que el soldado acusado presentaba olor a tufo producto de licor.

Frente a la culpabilidad, sostuvo que para el 28 de junio de 2012 el IMP **JOSE ANTONIO LORA ZUÑIGA**, tenía la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta y de autodeterminarse con base en esa comprensión, es decir, era imputable, como quedó evidenciado en el informe técnico DSNRN-DRSICCDTE-050555-C del 23 de marzo de 2016. Así mismo, el acusado era conocedor de encontrarse en una operación militar, por tanto, tenía prohibido ingerir bebidas embriagantes y atacar a su

comandante por vías de hecho como efectivamente aconteció. Suceso, que fue aceptado por el acusado en su indagatoria y también corroborado por su compañero de armas, **WILBERT PADILLA MEJIA**.

Aseguró que el enjuiciado era conocedor de que la ley y la doctrina militar le exigían otro comportamiento durante el ejercicio de la operación que se desarrollaba en la que se cumplía misiones tácticas. Agregando, que no se encontró demostrada la influencia de terceros que hubieran podido afectar psíquicamente o condicionarlo a incumplir los deberes de su cargo, que pudiera configurar una insuperable coacción ajena.

Por último, dosificó la pena a imponer en un (1) año de prisión, partiendo de la mínima por no existir atenuantes ni agravantes, señalando que por expresa prohibición legal no era factible suspender la ejecución de la pena.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La titular de la defensa técnica interpuso y sustentó dentro del término correspondiente recurso de apelación contra el fallo condenatorio¹¹, requiriendo decretar la nulidad de la decisión de condena por estimar que a su prohijado se le vulneró el derecho de defensa. Subsidiariamente solicitó que, de no proceder

¹¹ Cuaderno original 3, folios 465-470.

la mentada nulidad se modificara la imputación efectuada, puesto que, en su sentir, el punible de ataque al superior de haberse dado solo alcanzó el grado tentado.

Inicialmente, sostuvo que el procesado estuvo desprovisto de defensa técnica durante todo el ciclo instructivo, lo que se evidencia al constatar que la defensora de oficio, abogada **MARIA EUGENIA SALAZAR BENITEZ**, solo asistió al procesado en diligencia de indagatoria, al punto que ni siquiera se notificó del auto que resolvió su situación jurídica provisional. Omisión que la censora adjudica al error presentado en la digitación de la dirección aportada por la togada, razón por la que en posteriores actuaciones ésta no acudió al llamado del despacho. Incuria que se constata además en que la apoderada no solicitó pruebas ni ejerció el derecho de contradicción, lo que conllevó a que la defensa fuera meramente formal. Falencias que no pueden ser atribuibles a su prohijado, en tanto, se puede constatar que este compareció a cada una de las citaciones del juzgado.

Violación del derecho de defensa en el que la censora considera también se incurrió durante el desarrollo de las etapas calificatoria y de juzgamiento, en tanto el abogado **CARLOS ALBERTO SAENZ LUNA**, tampoco ejerció la defensa material del procesado, puesto que, ni siquiera presentó alegatos precalificatorios y su actuación en la audiencia de juicio oral en nada ayudó

a su defendido, por el contrario, coadyuvó a la petición de condena de la fiscalía y del Ministerio Público. Por lo que concluyó que no ejerció el derecho de contradicción a los argumentos de responsabilidad expuestos por las partes. Por consiguiente, sostuvo que la falta de defensa técnica conllevó a que se produjera una sentencia de carácter condenatoria.

Refirió como sustento de su petición lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia T-544 de 2015, así como lo reseñado por la Corte Suprema de Justicia en providencia SP154-2017, en la que se estableció que el derecho a la defensa es intangible, permanente y real. Garantía que en su sentir se negó en la actuación procesal, en tanto, el condenado estuvo en total abandono por parte de la defensa en la instrucción, puesto que solo se limitó a acompañar al procesado en la diligencia de indagatoria. De manera que, en su criterio resultó palpable la violación del debido proceso.

Referenció igualmente la sentencia SP490-2016, que señala entre otros deberes del juez, el de salvaguardar los derechos de los sujetos e intervinientes evitando la vulneración de la defensa técnica.

Finalmente, solicitó que de no acogerse su petición de nulidad se estableciera la presencia del dispositivo amplificador del tipo penal correspondiente a la

tentativa, puesto que, aunque las probanzas permitían avizorar que su prohijado increpó al oficial verbalmente no se configuró la vía de hecho en tanto no se produjo una agresión física, dado que los uniformados que allí se encontraban impidieron que **LORA ZUÑIGA** lograra atacar a su superior jerárquico.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 1 Judicial Penal II conceptuó que se debe decretar la nulidad de lo actuado por violación al derecho de defensa. Soportó su posición señalando que la actuación permite concluir que ciertamente el procesado estuvo desprovisto de defensa técnica, desde la fecha que rindió indagatoria, 25 de octubre de 2012 hasta el 3 de octubre de 2016, fecha en la que se le reconoció personería jurídica al nuevo togado quien actuó hasta la audiencia de corte marcial.

Estimo que la defensora que asistió en diligencia de indagatoria al procesado no se notificó personalmente de ninguna de las decisiones adoptadas con posterioridad por el juzgado instructor, ni ejerció actuación alguna en procura de ejercer materialmente la defensa del sindicado.

Indicó que no obstante haberse posesionado como apoderado de confianza desde el cierre del ciclo

instructivo, el abogado **CARLOS ALBERTO SAENZ** no ejerció ninguna actividad en favor del procesado, pues no presentó alegatos precalificatorios y en la audiencia de juicio oral compartió los argumentos de los otros sujetos procesales que pedían condena para su defendido, sin que se observara, por lo menos intentar que su prohijado aceptara cargos con el fin de lograr rebajar la pena impuesta, por lo consideró vulnerados los derechos del uniformado.

Sostuvo que el derecho a la defensa material estaba consagrado como garantía en instrumentos internacionales y que la Corte Suprema de Justicia, en providencia radicada bajo el número 28115 del 8 de mayo de 2008, señaló: *"el derecho a la defensa técnica es una garantía de rango superior, su eficacia no quedaba al libre ejercicio de quien oficiosamente es postulado por el funcionario o defensor público o contractual (...)"*.

En esas condiciones, concluyó que ninguna actividad real de defensa se desarrolló por parte de los dos abogados que actuaron en la presente causa, lo que determinó que solo existiera una defensa formal en la que no se ejercitó ninguna actividad probatoria, observándose que prácticamente se allanaron, tanto a la actividad investigativa como a los cargos. Sin que se pudiera afirmar, que la actitud de los defensores fuera producto de una estrategia defensiva.

Por esa razón, conceptuó que debía nulitarse la actuación desde el auto de cierre de investigación, dejando a salvo las pruebas practicadas, permitiendo a la defensa realizar postulaciones probatorias y un estudio serio y crítico que le permitiera llevar a cabo una estrategia adecuada de defensa.

VIII. DE LA COMPETENCIA

De conformidad con el Artículo 238-3 de la Ley 522 de 1999, esta Corporación es competente para conocer de la apelación interpuesta por la abogada **ANDREA DEL PILAR MORENO RAMOS**, quien funge como defensora de confianza del investigado IMP. **JOSE ANTONIO LORA ZUÑIGA**, en contra de la sentencia proferida el día 31 de agosto de 2017 por el Juez de Instancia de las Brigadas de Infantería de Marina, mediante la cual se le condenó a la pena de un (1) año de prisión, como autor del delito de ataque al superior.

Es preciso acotar que el recurso de apelación produce en el fallador de segunda instancia el respeto al principio de limitación, el cual no es absoluto, estando el *Ad quem* facultado para extender su competencia a otras materias, en temas inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación, por ello resulta procedente cuando se advierta hacer prevalecer el derecho sustancial o cuando ello influya en la coherencia y la lógica que

ha de observarse en la decisión del superior funcional¹².

IX. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Observa la Sala, que el recurso de apelación incoado por la defensora tiene como fin derruir la presunción de legalidad y acierto de que goza la decisión objeto de alzada, fundamentada en que a su defendido se le vulneró el derecho de defensa técnica. Así mismo, requirió subsidiariamente, de no acogerse su petición principal se estableciera la presencia del dispositivo amplificador del tipo penal correspondiente a la tentativa.

Precisado lo anterior, en procura de estudiar el recurso presentado, la Sala abordará el estudio de las consideraciones que soportan la solicitud de nulidad presentada por la recurrente y que fueran avaladas por el agente del Ministerio Público que funge ante la Corporación, seguidamente, de no ser procedente la declaratoria de nulidad, se analizará la petición subsidiaria de la censora.

Para el efecto y en virtud del principio de prioridad, se rememorará inicialmente conceptos relativos al debido proceso¹³, el derecho de defensa, así como

¹² CSJ Penal, 23 Mar.2006, Rad. 23259. A. PEREZ.

¹³ El debido proceso comporta derechos como: "(i) a la jurisdicción, que a su vez conlleva las garantías a un acceso igualitario de los jueces, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de

respecto al instituto de la nulidad, para verificar si durante la etapa de investigación, calificación y juzgamiento, en las cuales el enjuiciado contó primero con el acompañamiento de una apoderada de oficio y luego con un abogado de confianza que lo representara, se quebrantó su derecho a la defensa técnica, si esa situación determina la declaratoria invalidante y, en caso de no prosperar su pretensión inicial, se estudiará lo relacionado con el delito tentado por el cual considera debió ser finalmente condenado el encausado.

1.- El debido proceso, el derecho de defensa y la nulidad en la jurisdicción foral.

El poder coercitivo del Estado le permite reprimir conductas que se estiman contrarias a derecho. En ejercicio de dicha potestad, puede coartar derechos, libertades u otros bienes jurídicamente protegidos, pero a su vez, el ordenamiento constitucional ha impuesto una serie de garantías con el fin de delimitar dicho poder. Entre ellas, se destaca el debido proceso, norma rectora del ordenamiento penal que se encuentra consagrada en el artículo 29 constitucional¹⁴ y que irradia sus efectos no solo a la

jerarquía superior y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la Ley; y (iii) el derecho a la defensa” Corte Constitucional C-163 de 2019.

¹⁴ Constitución Política de Colombia artículo 29, “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien

jurisdicción ordinaria sino también a la justicia penal militar, de manera que, el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, lo que impone garantizar que nadie pueda ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, en lo que se denomina el principio de legalidad.

En esas condiciones, el principio de legalidad hace parte del debido proceso, en tanto, dicho principio dispersa sus efectos a la totalidad del ordenamiento jurídico colombiano, sin que el procedimiento penal y, mucho menos el penal militar, se exceptúen de su cobertura. Por consiguiente, se impone al interior de la jurisdicción castrense la obligación de observar las formas propias de cada juicio y las garantías mínimas jurídicas procesales de carácter sustantivo a favor de cada uno de los intervinientes, en la actuación penal. Aspecto frente al cual la Corte Constitucional, señaló:

"El principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador. Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto

sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas”¹⁵.

Del mismo modo, el artículo 7 del Código Penal Militar o Ley 1407 de 2010 establece que ningún miembro de la Fuerza Pública podrá ser procesado, juzgado o condenado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le atribuye, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Por lo que se hace forzoso para el operador judicial castrense observar y garantizar dicho principio en cada una de sus actuaciones.

Por tanto, debe sujetarse a lo establecido legalmente para adelantar las diferentes etapas procesales, practicar pruebas, imputar un delito, resolver la situación jurídica del procesado, acusarlo o juzgarlo y, finalmente, al imponer y ejecutar las sanciones penales correspondientes, así mismo, deber observar la totalidad de las formas propias del juicio, para lo cual no basta que el uniformado deba ser juzgado conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y observando las formalidades legales establecidas para el esquema a través del cual se tramite el proceso

¹⁵. Corte Constitucional C-701 de 2001.

penal, sino además, quien sea imputado o procesado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado libremente escogido por él, de oficio o público¹⁶. Principio que también implica el respeto y el acatamiento de la estructura formal del proceso, así como el de brindar a las partes la posibilidad de ejercer el derecho a conocer las decisiones, a intervenir en las actuaciones, a contradecirlas e impugnarlas.

Ahora bien, el ejercicio de la defensa en materia penal comprende dos modalidades: la defensa material, que corresponde a aquella que ejerce directamente al sindicado y la defensa técnica¹⁷, que es la que ejerce en nombre de aquel un abogado escogido por el procesado, denominado defensor de confianza, o bien a través de la asignación de un defensor de oficio o público proporcionado directamente por el Estado¹⁸.

¹⁶ Artículo 196 del Código Penal Militar o Ley 522 de 1999.

¹⁷ "La defensa técnica hace referencia al derecho que tiene el sindicado de escoger o designar a su propio defensor, o en su defecto a ser representado por uno de oficio provisto por el mismo Estado y denominado "defensor de oficio", con lo cual se garantiza que el inculcado esté representado por una persona con un nivel básico de formación jurídica, pues su ausencia generaría nulidad sin posibilidad de ser saneada por vulneración al derecho de defensa. La defensa técnica debe ser ininterrumpida y por lo tanto, debe estar presente tanto en la investigación como en el juzgamiento de acuerdo al precepto constitucional que la consagra como garantía del debido proceso, esto es, el art. 29 de la C.P. No obstante, el procesado también puede adelantar todas las actuaciones que le autoriza el Código de Procedimiento Penal en su propia defensa, lo que no supe el derecho a ser asistido por un defensor. La defensa técnica está ligada íntimamente al derecho del sindicado a ser asistido por un defensor o apoderado en defensa de sus intereses como se señaló antes y no a las estrategias de la defensa, cuyo ejercicio goza de autonomía para evaluar la dinámica que debe dar a la mismo acorde a la situación jurídica del inculcado.

La defensa técnica de suyo está revestida de cierta idoneidad, ya que la misma ley prevé las condiciones que debe reunir la persona del defensor, quien ha de tener cierta formación jurídica necesaria para asumir dicha función y cumplir con uno de los deberes que la misma ley le impone en el ejercicio de la abogacía, como es el "atender con celosa diligencia sus encargos profesionales" (art. 47 del Decreto 196 de 1971), constituyendo falta a la debida diligencia profesional: el dejar de hacer oportunamente las diligencias propias de la actuación profesional y el descuidar o abandonar sin justa causa el asunto de que se haya encargado" CC, sentencia T-610 del 07 de junio de 2001, MP. Jaime Araujo Rentería

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2009, MP. Rodrigo Escobar Gil. SV. Jaime Araujo Rentería

La Constitución Política (art. 29), pero también diferentes instrumentos internacionales¹⁹, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, y de manera particular el Código Penal Militar al elevarla como norma rectora del procedimiento penal castrense²⁰, reconocen el derecho a la defensa técnica, la cual se materializa con la intervención de un abogado, que puede ser de confianza, público o de oficio, durante la totalidad del trámite procesal. Profesional del derecho que en virtud de la función encomendada debe desarrollar una labor activa o pasiva que implique la adopción de una estrategia defensiva ideada en procura de garantizar la protección jurídica de su prohijado.

Garantía de rango superior cuya eficacia no queda al libre ejercicio de quien oficiosamente es postulado por el funcionario o del defensor público o contractual, ni se reduce a su designación sucedánea cuando el procesado no cuenta con un abogado de confianza, sino que se prolonga con la vigilancia de la gestión, a fin de que la oposición a la pretensión punitiva del Estado se amolde a los parámetros de diligencia debida, en pro de los intereses del inculcado²¹.

¹⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 14.3 b y d y La Convención Americana de Derechos Humanos artículo 8.2 d y e, entre otros.

²⁰ Ley 522 de 1999 artículo 196 "Quien sea imputado o procesado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado libremente escogido por él, de oficio o público, y a comunicarse libre y privadamente con él durante la investigación y el juzgamiento..."

²¹ CSJ, SCP, Rad. 26827 del 11 de julio de 2007.

En esas condiciones en criterio de la Corte Suprema de Justicia, el derecho a la defensa técnica, como garantía constitucional, debe ser intangible, real o material y permanente. La primera está relacionada con la condición de irrenunciabilidad, lo que obliga al Estado a proporcionar un abogado defensor en caso de que el encausado no pueda designar uno de confianza. Por su parte, la defensa es material o real porque no se garantiza con la sola existencia nominal de un profesional del derecho, sino que se requieren actos positivos y perceptibles de gestión defensiva que la vivifiquen. Finalmente, debe ser permanente, puesto que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal sin ninguna clase de excepciones o limitaciones.

Por esa razón, la vulneración de la garantía de defensa en su componente técnico, bien porque el nombramiento ha recaído en una persona que no se encuentra acreditada como abogada, o porque teniendo los conocimientos jurídicos especializados su labor no se ha traducido en actos eficaces y reales de gestión defensiva, o porque en algún interregno del trámite procesal penal cumplido ha sido cercenada la asistencia letrada, determina para el funcionario judicial castrense la obligación de declarar la nulidad de la actuación²².

²² CSJ. SCP, Rad. 43809 del 18 de mayo de 2016, MP. Eugenio Fernández Carlier.

Es por ello, que el artículo 388 en su numeral 3 del Código Penal Militar de 1999²³, norma procesal aplicable al presente caso por cuanto no se ha implementado en la jurisdicción foral el esquema procesal de tendencia acusatoria, estableció como causal invalidante la violación del derecho de defensa, en particular de la defensa técnica, por el desconocimiento de una garantía procesal de tan elevada trascendencia²⁴.

Sin embargo, no toda irregularidad conduce a la determinación de nulidad, puesto que aunque las normas constitucionales y legales indican la obligatoriedad de que el procesado cuente de forma permanentemente y real con defensa técnica, la simple omisión temporal o la mera apariencia de inactividad no conducen inexorablemente a la invalidez de la actuación, puesto que para ello deben consultarse los principios que orientan la declaratoria de nulidad²⁵, en procura de

²³ Artículo 388 de la Ley 522 de 1999.

²⁴“Al efecto, la Corte ha establecido de antaño, pacíficamente, que únicamente en los casos en los cuales el abandono defensivo operó durante una etapa completa del proceso, dígase la instrucción o el juicio, se determina automática la nulidad, dado que una tan profunda carencia representa clara violación de las mínimas garantías procesales y ostensible quebrantamiento de la estructura misma de la actuación penal. En los demás casos, cabe agregar, dando cumplimiento al principio de trascendencia es menester demostrar efectiva afectación del derecho de defensa, para que tenga eco la solicitud de nulidad”.

“Distinto de la estrategia defensiva, es el abandono del encargo. La primera presupone actos positivos de gestión, o una actitud expectante frente al tracto procesal. La segunda, ausencia absoluta de actividad defensiva, e indiferencia por la suerte del proceso. Frente a la primera hipótesis, cualquier ataque o crítica a posteriori orientada a obtener la nulidad de lo actuado sobre el supuesto de que la estrategia fue incorrecta, resultará impertinente. Frente a la segunda, en cambio, habrá lugar a demandar la nulidad de proceso por falta de defensa técnica cuando la ausencia de defensor haya comprendido toda la fase instructiva, o todo el juzgamiento, o cuando siendo temporal haya afectado el derecho de defensa del procesado

²⁵ Artículo 392 de la Ley 522 de 1999. “1. No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa; 2. 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; 3. No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica; 4. Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales; 5. Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial; 6. No podrá declararse ninguna nulidad distinta a las señaladas en el artículo 388 de este código”.

determinar el alcance y trascendencia suficiente de la irregularidad para acudir al remedio extremo.

Así las cosas, en el evento que se alegue la ausencia de la defensa técnica a pesar de la presencia de un abogado durante el trámite procesal, resulta necesario distinguir entre el material abandono del deber y la ausencia de manifestaciones externas u objetivas de su actividad en el proceso de cara a una aparente pasividad del profesional del derecho, en relación con la presentación de solicitudes de diverso orden o de la formulación de recursos, toda vez que el ejercicio de la defensa, dada su razón de ser personal e individual, no obedece a patrones o conceptos de terceros, puesto que su objetivo es obtener una decisión favorable para los intereses del inculcado, que no habrá de entenderse siempre como la absolución, sino, además, como la que objetivamente resulte más benéfica al procesado. Razón por la cual, es aquel propósito en que determina los medios, estrategia y herramientas a utilizar por parte del defensor, lo que además depende de la prueba obrante y de la dinámica que le imprima el instructor o fallador.

De manera que, es indispensable diferenciar entre la ausencia de defensa técnica por apatía de la misma, de aquella que es el resultado de una postura defensiva que advierte la vigilancia del proceso y que no obstante aparentar indiferencia, pasividad o desidia, presta se encuentra a intervenir en el evento en que

considere necesario, sin que la oportunidad tenga que coincidir con una etapa procesal determinada, puesto que la defensa estratégicamente dirigida puede resolver, según la situación procesal y probatoria que se presente, cuál es el camino más favorable conforme la táctica asumida para adoptar la defensa del procesado, en procura aun de sustentar una duda probatoria²⁶.

2.- La ausencia de defensa técnica en la etapa de instrucción.

La Sala al iniciar el estudio del escrito presentado por la togada, en el que reclamó la violación del derecho de defensa por considerar que durante el ciclo instructivo su defendido estuvo desprovisto de defensa técnica, evidencia que el IMP. **JOSE ANTONIO LORA ZUÑIGA** contó con el acompañamiento de un profesional del Derecho como abogado de oficio durante toda la etapa investigativa, la que fuera nombrado por el despacho instructor cuando este fue vinculado mediante indagatoria, diligencian en la que estuvo asistido por la abogada **MARIA EUGENIA SALAZAR BENITEZ**.

Ahora bien, la recurrente considera que el actuar de la abogada de oficio durante la etapa instructiva fue inactivo y que esta situación vulneró el derecho de defensa del uniformado por carecer de una adecuada defensa técnica que respaldara sus intereses, posición

²⁶ CSJ.SCP. Rad. 43027 del 02 de abril de 2014, MP. Luis Guillermo Salazar Otero.

que desde ahora el Colegiado anunciará impróspera, en razón inicialmente a que la nulidad, establecida como instituto jurídico procesal de naturaleza subsidiaria y residual, catalogada como una sanción, que tiene origen en la omisión de los presupuestos propios del trámite o actos expedidos inobservando los requisitos formales o sustanciales señalados en las normas como necesarios que efectivice la actuación procesal, debe ser invocada en la oportunidad correspondiente por los sujetos procesales.

En esas condiciones, la Ley 522 de 1999 establece que esta puede ser invocada en cualquier estado del proceso o decretada de oficio por el funcionario judicial²⁷, sin embargo, las nulidades originadas en la etapa instructiva, como ocurre en este particular evento, solo pueden ser solicitadas hasta el término de ejecutoria de la resolución de acusación y, fenecido éste, solo se podrán debatir en el recurso extraordinario de casación, tal como lo dispone el artículo 391 de la citada codificación.

De manera que, la oportunidad que registraban los sujetos procesales para proponer la causal invalidante relativa a la violación del derecho de defensa durante la etapa instructiva feneció cuando quedó debidamente ejecutoriada la resolución que declaró el cierre del

²⁷ Ley 522 de 1999 ARTÍCULO 389. OPORTUNIDAD PARA DECRESTAR LA NULIDAD. En cualquier estado del proceso en que el juez, en primera o segunda instancia, advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo anterior, decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal y ordenará que se reponga la actuación que dependa del auto cuya nulidad declara

ciclo investigativo, esto es el 4 de octubre de 2016, por lo que esta solo podrá ser debatida de interponerse el recurso de casación.

Frente a este preciso tema, la Corte Suprema de Justicia ha fijado insistentemente la obligación de los sujetos procesales de ejercer sus derechos en la oportunidad establecida legalmente, puesto que superar el plazo definido en la ley para invocar las nulidades que presuntamente hubieran ocurrido en la etapa de investigación determinan la preclusión de la solicitud²⁸. Sobre el tema, el órgano de cierre de la jurisdicción penal señaló:

"El principio de preclusión, vale decir, denota que el proceso penal colombiano está constituido por una serie de etapas procesales con propósitos determinados y progresivos, cuyo sobrepaso implica el cierre de la anterior sin posibilidad de renovarla. Es decir, agotada una etapa los sujetos procesales no están legitimados para presentar peticiones pertenecientes a ella, por fenecimiento del término legal.

"Así entonces, quien no alegue nulidades con origen en la instrucción en el traslado previsto para el efecto en el juzgamiento, o se abstenga de hacerlo en relación con otras causales igualmente con fuente en esa etapa procesal, no podrá hacerlo en el trámite subsiguiente salvo en el recurso de casación"²⁹.

²⁸ Este tema ha sido abordado por la Corte Suprema de Justicia en varios pronunciamientos, entre los que se destacan los siguientes: Radicado 15454 del 9 de julio de 2002, MP Carlos Augusto Galviz Argote; Radicado 21200 auto del 9 de mayo de 2007; Radicado 19392 del 3 de mayo de 2007; Radicado 30519 del 17 de septiembre del 2008, MP. Jorge Luis Quintero Milanés; Radicado 33065 del 12 de mayo de 2010, MP. María del Rosario González Lemus; Radicado 33075 del 12 de mayo de 2010; Radicado 34112 del 31 de mayo de 2011.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Radicado No. 43263, Auto del 29 de julio de 2014, MP. Eugenio Fernández Carlier.

Esta Corporación también se ha pronunciado sobre este aspecto, indicando:

"El hecho que en el artículo 391 del código penal militar, el legislador haya consagrado que las irregularidades originadas en la etapa de instrucción que no hayan sido invocadas antes de la ejecutoria de la resolución de acusación, solo puedan ser alegadas en casación, no es un simple capricho del legislador derivado de la libertad de configuración legislativa, ni tampoco puede interpretarse como una especie de excepción, como pareciere entenderlo el apelante, por el contrario, corresponde a un claro desarrollo de los principios de progresividad y preclusión de las etapas procesales que rigen el procedimiento penal.

El fin de esa disposición no es otro que proteger la estructura del proceso y evitar la provocación de dilaciones injustificadas por parte de los sujetos procesales, en tanto que, "Si la ley permitiera la formulación de nulidades contra la resolución de acusación en la fase instructiva, no solo desconocería la estructura fundamental del proceso penal, sino que permitiría a los sujetos dilatar el sumario hasta inclusive provocar prescripciones de la acción penal, ya que podrían presentar peticiones sucesivas e interponer recursos contra los proveídos que las decidieran, tornando interminable la actuación", (CSJ 29 julio 2014- radicado 43263)³⁰.

Además de lo anterior, observa el Colegiado que el Juzgado 108 de Instrucción Penal Militar con sede en Buenaventura - Valle del Cauca, inició investigación formal en contra del IMP. **JOSE ANTONIO LORA ZUÑIGA** por

³⁰ Tribunal Superior Militar, Radicado 158416 del 28 de abril de 2016. MP. MY(R) José Liborio Morales Chinome.

los punibles de ataque al superior y amenazas. El señalado uniformado fue vinculado a la investigación mediante diligencian de indagatoria la cual se llevó a cabo el 25 de octubre de 2012³¹. En dicha actuación estuvo asistido por la abogada **MARIA EUGENIA SALAZAR BENITEZ**, quien se posesionó como defensora de oficio.

Posterior a dicha diligencia, el juzgado instructor profirió la providencia de fecha 6 de noviembre de 2012 por la cual resolvió la situación jurídica provisional al encartado por los reatos imputados, absteniéndose de imponer medida de aseguramiento en contra del indagado. Providencia que se notificó por estado a la defensora, quien posteriormente no ejecutó acciones positivas de defensa.

Frente al particular, es menester resaltar que los conceptos de inactividad y de abandono de la defensa son distintos, puesto que no siempre que se registre inactividad se está ante un desamparo, puesto que la ausencia de gestión puede obedecer a una estrategia defensiva, orientada a dejar en manos del funcionario judicial la carga probatoria o la iniciativa de formular posturas probatorias o jurídicas, que parece fue lo que aconteció, puesto que la actuación instructiva no condujo siquiera a la imposición de medida de aseguramiento al encartado y ante dicha situación, bien pudo la abogada defensora adoptar una táctica defensiva pasiva en espera de evaluar los

³¹ *Diligencia realizada el 25 de octubre de 2012.CO1, folios 59-63.*

avances del juez investigador, sin que pueda imputarse a este hecho la vulneración del derecho de defensa.

En esas condiciones, de manera alguna podía la defensora de oficio recurrir la providencia que resolviera la situación jurídica provisional de **LORA ZUÑIGA**, por falta de interés jurídico para ello³², tampoco encuentra la Sala que se hubiera afectado al procesado porque la defensora de oficio no se hubiere notificado personalmente del auto que ordenó la remisión del procesado al Instituto Nacional de Medicina Legal, así como el dictamen que rindiera dicha institución o del auto que declaró el cierre del ciclo instructivo, puesto que dichas decisiones fueron favorables al procesado en tanto no se le impuso medida de aseguramiento alguno y la resolución que calificó el mérito sumarial cesó procedimiento por el delito de amenazas.

Necesario es recordar, que la actuación aquí surtida está regida por un sistema escritural, similar a la Ley 600 de 2000, el cual exige una Investigación Integral (*artículo 459 de la Ley 522 de 1999*), principio que obliga al juez penal militar a "*investigar con igual esmero no sólo los hechos y circunstancias que establezcan la responsabilidad del procesado, sino también*

³² Sala de Casación Penal, Rad. 31763 del 01 de Julio de 2009. M.P. AUGUSTO IBÁÑEZ "...interés jurídico para recurrir o legitimación en la causa, se requiere no sólo que la parte o el interviniente se encuentran autorizados por la ley para recurrir, sino que con la providencia motivo de la impugnación se les hubiese ocasionado un daño, un perjuicio. Si, por el contrario, la decisión no le causa ningún agravio no puede importarle su contenido al extremo de pretender su revocatoria y, en consecuencia, una pretensión con ese alcance está llamada al rechazo.

las que lo eximan de ella o lo atenúen y las que puedan dar lugar a la extinción o cesación de la acción”.

Principio en virtud del cual, el Fiscal Penal Militar cesó procedimiento por el delito de amenazas, porque al realizar la valoración de la prueba, estimó que a pesar de tenerse prueba de que el IMP. **LORA ZUÑIGA** si profirió las amenazas, se debía tener en cuenta que: *“...este se encontraba en estado de embriaguez, razón por la cual las amenazas efectuadas no tienen la misma relevancia, ni el factor intimidatorio requerido para que se configure el delito...”*³³.

Con lo anterior, se evidencia que la pasividad defensiva finalmente condujo a la obtención de decisiones favorables al implicado, lo que permite al menos en principio indicar que esta obedeció a una estrategia y no al abandono de la tarea encomendada, puesto que además de que compete a la censora demostrar que la inactividad existió materialmente, debe soportar que la misma no es el resultado de una estrategia defensiva e indicar la forma en que afectó el derecho de defensa o desconoció las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento³⁴, situación que no logró consolidar en su escrito recursivo frente a la etapa instructiva y calificatoria.

³³ Resolución de acusación y cesación de fecha 22 de noviembre de 2016. (CO2, folio 369.

³⁴ CSJ, SCP, Rad 13756 del 27 de enero de 2002, MP. Fernando Enrique Arboleda Ripoll.

Por el contrario, se limitó a indicar en abstracto que la supuesta inactividad de la abogada de oficio perjudicó al procesado con la producción de una sentencia condenatoria, cuando refulge que obtuvo decisiones que fueron favorables para el investigado. Recuérdese que no basta criticar la labor defensiva ejercida, indicando que su antecesora no solicitó pruebas, presentó alegatos o interpuso recursos, olvidando que no en todos los casos los profesionales del derecho ejercen su función de esa forma, puesto que la actitud pasiva también genera resultados favorables como aconteció en este caso. Aspectos por los cuales no se declarará la nulidad de la actuación en la etapa instructiva.

3.- La ausencia de defensa técnica durante las etapas calificatoria y de juicio.

Expedida la resolución de acusación fue notificada al abogado **CARLOS ALBERTO SAENZ LUNA**, profesional del Derecho a quien el procesado confirió poder para que lo representara dentro de la actuación, particularmente, en las etapas calificatoria y de juicio, por lo que el togado fue notificado de las decisiones adoptadas durante el decurso del juicio, haciéndose presente en la audiencia de corte marcial y presentando los correspondientes alegatos de conclusión.

Pese a ello, estimó la censora y coadyuvó el agente del Ministerio Público ante la Corporación, que el abogado **CARLOS ALBERTO SAENZ LUNA** tampoco ejerció la defensa material del procesado, puesto que, si bien es cierto participó de la etapa de calificación y juzgamiento, no realizó actuación alguna en beneficio de su defendido, dado que ni siquiera presentó alegatos precalificatorios, limitando su actuación en la audiencia de corte marcial a coadyuvar a la petición de condena de la fiscalía y del Ministerio Público.

Al respecto, es necesario señalar como antes se precisó que no basta con enunciar la supuesta inactividad del defensor contractual para decretar la nulidad de la actuación, sino que es necesario demostrar 1. Que la inactividad existió materialmente, 2. Que no es el resultado de una estrategia defensiva del abogado, y 3. Que afectó el derecho de defensa o desconoció las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento³⁵. Aspectos que no satisfizo la censora en el recurso, en tanto, no logró demostrar que el apoderado de confianza hubiese omitido cumplir los deberes de gestión que el cargo le imponía.

Recuérdese que el defensor contractual durante la etapa de calificación y juicio concurrió a notificarse de las diferentes decisiones que adoptó

³⁵ CSJ. SCP. Rad. 13756 del 17 de enero de 2002, MP. Fernando Enrique Arboleda Ripoll.

el despacho y, si bien no presentó alegatos precalificatorios o interpuso recursos contra la resolución de acusación, ello obedeció a que en parte esta fue favorable a los intereses del su patrocinado, toda vez que cesó procedimiento por el delito de amenazas, de manera que solo profirió cargos en por el delito de ataque al superior en contra del IPM. **LORA ZUÑIGA.**

Ahora bien, en relación con la actuación surtida por el togado en la audiencia de juicio oral, a quien se le criticó su intervención, porque conforme al criterio de la impugnante y del señor Procurador se "allanó a los cargos", mal haría la Sala en descalificar a priori su actuación, ello en tanto, bien es conocido, "que, para demostrar alguna falencia en la defensa técnica, lesiva de las garantías esenciales del enjuiciado, ha de probarse que la actitud procesal asumida por el defensor obedeció a la decisión negligente de agenciar sus derechos sin sujeción a los lineamientos que el ejercicio de la profesión de abogado le demandan, reseñar la omisión o la actuación desplegada que se tacha de inapropiada y, mostrar por consecuencia, la actividad objetiva que debió desarrollar, para finalmente precisar su incidencia de cara a las conclusiones del fallo cuestionado³⁶.

El derecho de defensa no se viola por el solo hecho de no solicitar pruebas, presentar alegatos o interponer

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 28013 del 20 de mayo de 2003.

recursos, puesto que dichas actuaciones solo pueden ser, se itera, el resultado de una línea de acción defensiva que arroje beneficios para el futuro desenlace procesal del encausado. Calificar como negligente el accionar del togado por no haber presentado alegatos precalificatorios o impugnado las decisiones, de manera alguna evidencian inexorablemente el abandono del proceso como lo pretende ver la censora, puesto que dicha aparente omisión puede obedecer a una táctica defensiva, máxime cuando resulta en parte favorable como ocurrió con la resolución que calificó el mérito procesal. De manera que, como se ha venido reiterando no basta indicar el supuesto descuido de su antecesor para reclamar la violación del derecho de defensa técnica, sino que es requisito demostrar la trascendencia en el proceso de esta inactividad profesional³⁷.

Por otro lado, no puedo olvidarse de que los abogados tienen el deber de hacerle saber a sus clientes las verdaderas posibilidades de éxitos sin llegar a asegurar un resultado³⁸. Es decir, cuando el abogado al estudiar el proceso y entender que se encuentra prueba suficiente para condenar y no existen eximentes de responsabilidad, resulta factible que acepte la responsabilidad del procesado. Nótese que el defensor contractual indicó: "*... sin embargo me gustaría aclarar*

³⁷ CSJ, SCP. Rad. 12892 del 16 de mayo de 2002, MP. Jorge Aníbal Gómez Gallo.

³⁸ Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria, Sentencia 11001110200020120201201, M. P. Angelino Lizcano Rivera.

referente a la tipicidad de la conducta que es un delito de mera conducta y los elementos de prueba que obran en el proceso y aunque no hubiese eximente de responsabilidad alguna que obre en beneficio del acusado si se debería tener en cuenta que ha tenido durante su vida militar un comportamiento aceptable dentro de la institución no se ha presentado ningún antecedente desde ese hecho al presente día que signifique tampoco un juicio o valoración de reproche diferente por lo que esta defensa partiendo de esos supuestos solicita que la condena a imponer en esta corte marcial sea la mínima en cuanto al delito relacionado con el servicio..."³⁹.

El derecho a la defensa técnica que tiene el procesado, "se materializa mediante actos de contradicción, notificación, impugnación, solicitud probatoria y alegación, ésta puede ser ejercida de acuerdo con las circunstancias y los diferentes elementos probatorios recaudados, pudiendo ser practicada con tácticas diversas, lo que le permite a los sujetos procesales ser oídos y hacer valer sus argumentos y pruebas en el curso de un proceso que los afecte, y mediante ese ejercicio "impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado"⁴⁰.

³⁹ Audiencia de Corte Marcial, del 19 de marzo de 2017. CO 3, folios 428-429.

⁴⁰ Tutela 018 de 2017.

En esas condiciones, no puede entenderse, como parece hacerlo la censora y el distinguido representante del Ministerio Público, que la conducta asumida por la defensa no pueda catalogarse como estratégica por la obtención de un resultado adverso para el encausado, puesto que la idoneidad de la defensa técnica no puede medirse por las conclusiones del proceso, sino por la razonabilidad de las posiciones (activas u Omisivas), en la medida que si esto fuera así siempre podría objetarse la actividad de la defensa⁴¹.

Así las cosas, mal podría imputarse incuria al togado por su gestión, puesto que, frente al caso concreto, diagnosticó y planteó su propia estrategia defensiva, que no buscó la absolución del encausado sino la solicitud y vigilancia en la aplicación de una pena mínima basada en la carencia de antecedentes y la buena conducta anterior del procesado. Táctica con la que no coincide la nueva defensora, discrepancia que no significa que se haya infringido la garantía constitucional.

4.- La tentativa en el delito de ataque al superior.

Finalmente, se tiene que la censora presentó como petición subsidiaria, se aplicara la figura de la tentativa para el delito de ataque al superior endilgado a su defendido, dado que las probanzas le permitían avizorar que su prohijado increpó al

⁴¹ CSJ, SCP, Rad. 15223 del 12 de febrero de 2002, MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

superior verbalmente, pero no se configuró la vía de hecho de manera física que debía estar acompañada de un ataque, el que no se ejecutó porque sus compañeros se lo impidieron, estimando que por esa razón el delito de ataque al superior solo alcanzó el grado tentado.

Al respecto, habrá de precisarse, en punto de la particular petición, que el delito por el que se juzgó al IMP. **JOSE ANTONIO LORA ZUÑIGA** de ataque al superior, tipificado en el artículo 99 de la Ley 1407 de 2010, prevé: *"El que en actos relacionados con el servicio, ataque por vías de hecho a un superior en grado, antigüedad o categoría, incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de uno (1) a tres (3) años"*, es un tipo penal que no requiere para su configuración de un resultado dañoso en la humanidad por tratarse de un delito de mera conducta. En ese orden, no se requiere demostrar que realmente existió un empujón, se proporcionó un golpe o que se hubiere generado lesión alguna, en tanto, las vías de hechos que se judicializan son las que lesionan directamente al bien jurídico protegido, esto es la Disciplina Militar⁴².

Es así como el juzgador primario, refirió una decisión de esta Corporación en la que se definió la vía de

⁴² "Por lo tanto, ha de decirse que la vía de hecho, es definida como una actuación violenta contraria a la Disciplina y por ende a la ley, es decir, implica abandonar el ámbito del respeto por el Superior o Subalterno contrariando las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y en especial las órdenes que consagran el deber profesional, que es el bien jurídico tutelado por el Estatuto Punitivo Militar al posicionar el Ataque por vías de hecho dentro de los delitos típicamente militares, porque se actúa contrariamente a la Disciplina, pilar fundamental para el sostenimiento de las instituciones castrenses como organizaciones jerarquizadas, de donde refulge que deben castigarse comportamientos transgresores". TSM radicado 156891 del 31 de enero de 2014. MP. BG. María Paulina Leguizamón Zárate.

hecho: "como una actuación violenta contraria a la disciplina y por ende a la ley, es decir, que implica abandonar el ámbito de respeto para superior o subalterno contrariando las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y especialmente las órdenes que consagran el deber profesional, que es precisamente el bien jurídico tutelado por el Estatuto Punitivo Castrense"⁴³. Y así quedó referenciado por el juez primario, quien precisó: "Según la Resolución de Acusación de fecha 22 de noviembre de 2016, el ataque por vías de hecho se produjo cuando el IMP. **LORA ZUÑIGA** tomó una actitud agresiva en contra de su comandante, le lanzó insultos e intentó agredirlo físicamente"⁴⁴.

De manera que, el amplificador del tipo establecido en el artículo 28 del Código Penal Militar o Ley 1407 de 2010 solo tiene operancia en aquellos delitos cuya estructura dogmática además de ser eminentemente dolosa se clasifiquen en relación con su contenido como de resultado, es decir, que exijan expresa o tácitamente que la conducta descrita produzca determinado efecto o modificación del mundo exterior, característica que no reúne el delito de ataque al superior en cuanto corresponde a un punible de mera conducta, es decir, a aquellos tipos penales que se agotan con la ejecución de un comportamiento, independientemente de sus consecuencias.

⁴³ Tribunal Superior Militar, radicado 152644 del 26 de abril de 2007. MP. Germán Prieto Navarro.

⁴⁴ Cuaderno original 3, folio 439.

Precisado lo anterior, solo queda decir, que no es factible acceder a la pretensión de la togada recurrente para aplicar la figura de la tentativa, ya que la estructura del tipo penal no lo admite, como tampoco es procedente declarar la nulidad incoada, puesto que como ya se dijo, la peticionaria no demostró que la decisión de condena fue producto de la desidia de los anteriores defensores y, en consecuencia, por encontrarse reunidos los requisitos exigidos en el ordenamiento castrense para imputar a título de autor el delito de ataque al superior al **IMP JOSE ANTONIO LORA ZUÑIGA** se procederá a confirmar íntegramente la decisión de condena proferida por el Juzgado de Primera Instancia de las Brigadas de Infantería de Marina.

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

X. RESUELVE:

PRIMERO: DESPACHAR DESFAVORABLEMENTE el recurso de apelación incoado por la abogada **MARIA DEL PILAR MORENO RAMOS** defensora del **IMP. JOSE ANTONIO LORA ZUÑIGA**, en contra de la sentencia proferida por el Juez de Primera Instancia de las Brigadas de Infantería de Marina de la Armada Nacional el 30 de agosto de 2017.

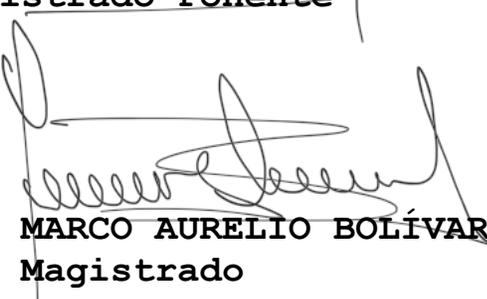
SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida por el Juez de Primera Instancia de las Brigadas de Infantería de Marina de la Armada Nacional el 30 de agosto de 2017, por la cual se condenó al IMP. **JOSE ANTONIO LORA ZUÑIGA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.128.326.185 por haber sido encontrado responsable, a título de autor del delito de ataque al superior.

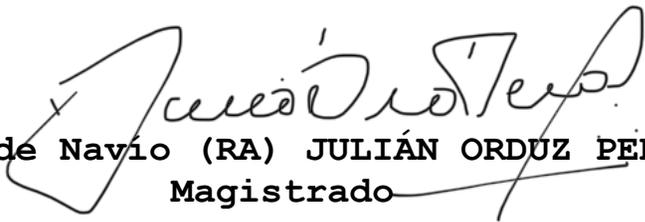
TERCERO: PROCEDE contra la presente decisión judicial excepcionalmente el recurso extraordinario de casación, en los términos establecidos en la Ley 600 de 2000.

CUARTO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el proceso al juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.


Coronel (RA) **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado Ponente


Brigadier General **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**
Magistrado


Capitán de Navío (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Magistrado

Abogado EFRAIN OSWALDO PACHECO
Secretario (e)