



La seguridad
es de todos

Mindefensa



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

**BOLETÍN
JURISPRUDENCIAL Y OTROS ASUNTOS
DE INTERÉS PARA LA J.P.M.P**

El contenido de este boletín son extractos informativos de las providencias emitidas por esta corporación. Se recomienda revisar directamente las providencias en la Página Web: <https://www.justiciamilitar.gov.co>

I. PROVIDENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL OCTUBRE-NOVIEMBRE Y DICIEMBRE 2017

- 1. ABANDONO DEL PUESTO. MP. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUAREZ**
Características. Delito de mera conducta, doloso y protege el bien jurídico del servicio. **FOTOGRAFÍA.** Es un medio probatorio documental de carácter representativo. Debe ser valorado por el Juez en conjunto con las demás pruebas. **RAD. 158703-OCTUBRE-2017, MP. CR. (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA**
- 2. CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL DE LA PENA.** No procede contra delitos que atenten contra el servicio, la disciplina, el honor, la seguridad de la Fuerza Pública, la administración pública. **DOBLE INSTANCIA.** Alcance. No puede ser objeto de pronunciamiento lo que no ha sido controvertido en primera instancia (Prisión domiciliaria). **DERECHO DE DEFENSA TÉCNICA.** Alcance. La defensa técnica no sólo debe ser formal sino real y material, de modo que se desplieguen actos positivos para velar efectivamente por los intereses del procesado. El defensor puede hacer uso de diversas estrategias como; i) plantear posturas y presentar argumentos de descargo, basado en las pruebas recolectadas; ii) cuestionar las pruebas existentes desestimando su valor, sin aportar nuevos elementos de juicio; iii) centrarse en las deficiencias del orden procesal y, iv) guardar silencio. **NULIDAD.** Principio de trascendencia. Es necesario demostrar la efectiva afectación del derecho de defensa, para que tenga eco la solicitud de nulidad. **RAD. 158773-NOVIEMBRE-2017,**
- 3. DAÑO EN BIEN AJENO.** No establece como ingrediente normativo que el bien sea de propiedad de un particular. Características. Corresponde a un tipo penal conocido como militarizado, se encuentra tipificado en términos similares en la jurisdicción castrense como en la ordinaria, el bien jurídico que protege es el patrimonio económico sin que establezca como ingrediente normativo en ninguna de las codificaciones que el bien mueble o inmueble deba ser de propiedad particular, simplemente precisa que debe corresponder a un bien cuya propiedad se radica en persona distinta al sujeto activo de la conducta. **CAUCIÓN PRENDARIA.** Requisitos para que sea viable su imposición como medida de aseguramiento. **MEDIDA DE ASEGURAMIENTO.** Requisitos Formales. Fines. **INDICIO GRAVE.** Concepto. Clasificación. **RAD. 158624-OCTUBRE - 2017, MP. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
- 4. DESERCIÓN.** Prescripción e interrupción del término prescriptivo. El término de prescripción de la acción penal es de dos (2) años, y se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación, momento desde el cual iniciará a correr un nuevo término prescriptivo equivalente a la mitad del señalado en la norma castrense. **INTERRUPCIÓN PRESCRIPCIÓN PROCEDIMIENTO ESPECIAL.** Se presenta con la ejecutoria de la Resolución de

acusación. **RAD. 158772-DICEMBRE - 2017, MP. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ.**

5. ERROR ARITMÉTICO DE LA SENTENCIA.

Se corrige con una decisión aclaratoria del mismo juez que la profirió; procedimiento que no vulnera derechos fundamentales del procesado. **PROCEDIMIENTO ESPECIAL.** El quantum punitivo es potestad del Juez de Conocimiento, aun cuando exista aceptación de cargos. **RAD. 158678-OCTUBRE -2017 MP. CR. (RA). FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS.**

6. IMPUTACIÓN OBJETIVA.

Elementos del nexo causal. El nexo causal como elemento del tipo penal contiene dos grandes elementos, uno naturalístico y otro normativo, este último, compuesto por tres variables, posición de garante, creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y relación de riesgo. **RIESGO PERMITIDO.**

Fuentes. **POSICIÓN DE GARANTE.**

Concepto. Persona que tiene el deber jurídico en concreto de impedir un resultado dañino. **INTERVENCIÓN IMPRUDENTE DE LA VÍCTIMA.**

Las decisiones voluntarias y consientes de la víctima se constituyen en una acción a propio riesgo que interrumpe la relación del riesgo. **CONCURRENCIA DE CONDUCTAS.**

Alcance. **COMPORTAMIENTOS IMPRUDENTES.**

Violación al deber objetivo de cuidado. **RAD. 158704-NOVIEMBRE-2017 MP. CR. (RA). FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS.**

7. IN DUBIO PRO REO.

Aplicación. **AUMENTO PUNITIVO LEY 890 DE 2004.**

No procede en la jurisdicción castrense por falta de implementación del sistema acusatorio. **RAD. 156976-NOVIEMBRE DE 2017, MP. TC (RA) NORIS TOLOSA GONZÁLEZ.**

8. LEY 522 DE 1999.

Es el procedimiento aplicable hasta tanto se implemente el

sistema acusatorio en la jurisdicción castrense aun cuando los hechos hayan ocurrido en vigencia de la Ley 1407 de 2010. **TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO.**

El vencimiento de términos no está contemplado como causal de cesación de procedimiento en la Ley 522 de 1999. **PRECLUSIÓN.** En la Ley 522 la forma anticipada de terminación del proceso es la cesación de procedimiento. **FAVORABILIDAD.**

Concepto. Requisitos para que sea viable. Pueden aplicarse las normas procesales de carácter sustancial contenidas en la Ley 1407 de 2010 que resulten más benignas o favorables al procesado, siempre y cuando no regulen la ritualidad. **PLAZO RAZONABLE.**

Criterios para su reconocimiento. **CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO.** La causal debe estar probada en grado de certeza. **RAD. 158669-DICIEMBRE-2017. MP. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.**

9. MINISTERIO PÚBLICO.

En su concepto no está facultado para completar el recurso del apelante, por cuanto se trata de una petición rogada por un sujeto procesal. Límites. **DOCTRINA PROBABLE.**

Requisitos. **DOCTRINA PROBABLE Y PRECEDENTE JUDICIAL.** Diferencias y similitudes. **PRECEDENTE JUDICIAL.**

Requiere de la presencia de criterios cuantitativos y cualitativos para que se constituya como tal. Requisitos que deben cumplir los jueces para apartarse de éste. **PRISIÓN DOMICILIARIA.**

No está contemplada en la jurisdicción castrense. No existe vacío. Una única decisión de la Corte Suprema de Justicia no constituye precedente judicial. No hay omisión legislativa, pues fue la voluntad del Parlamento no contemplar la prisión domiciliaria en la jurisdicción castrense. La Corte Suprema tiene la obligación de justificar su cambio de postura. **POLÍTICA CRIMINAL.**

Concepto. **ANALOGIA.** Eventos en que puede aplicarse.

FAVORABILIDAD. Requisitos para su aplicación. **INTEGRACIÓN NORMATIVA.** Presupuestos. **RAD. 158405-NOVIEMBRE-2017. MP. MY(RA) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME.**

10. PETICIÓN DE PRUEBAS. Carga del peticionario. El solicitante tiene la obligación de justificar la conducencia, pertinencia y utilidad de la misma y no basta que haga una relación de pruebas que desea que se practiquen. **RAD. 158776-NOVIEMBRE-2017 MP. CR. (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA.**

10. PRISIÓN DOMICILIARIA. La Ley 750 de 2002 no contempla los delitos contra la administración pública dentro de las conductas excluidas del beneficio de la prisión domiciliaria, en razón que la norma que la regula es el artículo 68 A de la Ley 599 de 2000 con sus respectivas modificaciones, y ella sí excluye este beneficio cuando se trate de condenas por delitos dolosos contra la administración pública. **RAD. 155609-OCTUBRE-2017 MP. TC. (RA). NORIS TOLOZA GONZÁLEZ.**

11. PRISIÓN DOMICILIARIA. No está contemplada en la legislación penal castrense. **DOCTRINA PROBABLE.** Concepto. Se presenta cuando se profieren tres o más decisiones por las altas cortes con miras a unificar criterios. **RAD. 158122-OCTUBRE-2017 MP. BG MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZARATE.**

12. PROVIDENCIA QUE RESUELVE SITUACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL. Naturaleza. **MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO.** Requisitos. La exigencia de los presupuestos objetivos contenidos en el artículo 529 de la Ley 522 de 1999 son alternativos no concurrentes. Desde el ámbito objetivo es plausible la imposición de la medida de detención preventiva si se cumple uno cualquiera de

los presupuestos objetivos. **MEDIDA DE ASEGURAMIENTO.** La única viable para los delitos que atenten contra el servicio es la detención preventiva. **RAD. 158799-NOVIEMBRE-2017. MP. CN (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA**

13. RECURSO DE APELACIÓN. Carga argumentativa del impugnante. Eventos que no constituyen un verdadero reproche a los fundamentos fácticos y jurídicos en que se cimentó la decisión de la cual se disiente. **DOBLE INSTANCIA.** Concepto. Finalidad. **RAD. 158792-JUNIO-2017 MP. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA.**

14. RECUSACIÓN. Enemistad grave. Por tratarse de un sentimiento que plantea una situación entre dos o más personas, ha de ser recíproca como quiera que no pueda haberla sin correspondencia, o por lo menos provenir del funcionario judicial hacia el sujeto procesal y no a la inversa, pues es respecto del primero que importa predicar la afectación de su ánimo e imparcialidad. Regida por el principio de taxatividad, el propósito es asegurar que el funcionario judicial, sea ajeno a cualquier interés distinto al de administrar una justicia siendo independiente, autónomo, imparcial y ejerciendo soberanía. Causales. **RAD. 158768-OCTUBRE-2017 MP. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA.**

15. TESTIMONIOS. No es obligatorio comunicársele la fecha de su recepción a las partes. **DERECHO DE CONTRADICCIÓN.** Formas de ejercerlo. **DETENCIÓN PREVENTIVA.** Requisitos para decretarla. **CAUCIÓN PRENDARIA.** Procedencia. También debe responder a los fines constitucionales para decretar medida de aseguramiento. **RAD. 158795-NOVIEMBRE DE 2017, MP. TC WILSON FIGUEROA GÓMEZ.**

16. USO DE ARMAS DE FUEGO.

Requisitos. Principios. Solo podrán utilizarse cuando sea estrictamente necesario, escogiendo entre los medios eficaces aquel que cause menor daño a la integridad de las personas y sus bienes, para casos específicos donde prime la necesidad, la proporcionalidad, la temporalidad y la racionalidad. Los principios básicos fueron establecidos en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas de 1990. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y las armas de fuego, siempre con moderación y proporción a la gravedad del delito, a no ser que se éste ante un peligro inminente de muerte o lesiones graves, y siempre que no provoquen lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado. **CULPABILIDAD.** Concepto. **PROYECTIL.** Análisis balístico. Se pueden deformar por defectos en su fabricación, por roces o rebotes sobre superficies duras o, cuando el proyectil en su desplazamiento hacia su destino final atraviesa previamente una superficie de material resistente. Si un proyectil en su desplazamiento impacta o roza sobre una superficie dura, se desestabiliza, pierde dirección, energía y como consecuencia velocidad, a mayor velocidad más energía en el proyectil y por ende más potencial destructivo. **RAD. 158486-OCTUBRE-2017 MP. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.**

17. VINCULACIÓN COMO PERSONA AUSENTE. Requisitos. SOLICITUDES DE LAS PARTES.

Naturaleza de la providencia que las resuelve. Se efectúa mediante autos de sustanciación si se trata de asuntos que buscan dar impulso al proceso o mediante providencias interlocutorias, si resuelven un incidente procesal o cuestión de fondo de la actuación, deben ser suscritos por el Juez quien es el único que tiene la competencia para tomar decisiones. **SECRETARIO JUDICIAL.** No está facultado para decretar pruebas. **NULIDAD OFICIOSA.** Por falacia argumentativa. Cuando la motivación en que se funda el auto que declara como persona ausente no corresponde a la realidad procesal, se constituye en una falacia argumentativa que vicia de nulidad la decisión. **CARGA DE LA PRUEBA.** En los procesos de corte inquisitivo escritural le corresponde al Estado. **MEDIDA DE ASUGURAMIENTO.** Requisitos. Se deben cumplir unas exigencias de orden formal, sustancial, objetivas y subjetivas, esta último referida a los fines que se persigue con la medida de aseguramiento. **RAD. 158650-OCTUBRE-2017 MP. MY. (RA). JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME.**

NOTA: Para ver todas las providencias octubre a diciembre con el resumen de sus respectivos temas siga este vínculo: **TODAS OCTUBRE-DICIEMBRE (archivo disponible en la carpeta pública de la Relatoría).**

II. PRONUNCIAMIENTOS RELEVANTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SP19623, RAD. 37638 del 23 de noviembre de 2017¹. La Corte Suprema de Justicia al resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida en el “Caso Santo Domingo” por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, efectuó un interesante análisis sobre temas como la aplicación de la Ley procesal en el tiempo, cadena de custodia, causales de ausencia de responsabilidad (cumplimiento de una orden-obediencia debida), dolo y culpa con representación. En el siguiente sentido fue el mencionado pronunciamiento:

“Los cargos por nulidad que en este acápite se analizan, no tienen vocación de prosperidad si se tiene en cuenta que parten de equívocos postulados, como son la invocación de normas procesales derogadas, el reconocimiento de efectos sustanciales a una norma de trámite y la supuesta imposibilidad de variar la calificación jurídica provisional. (...)”

Este precepto claramente prevé, contrario a lo que señalan los impugnantes, que la ley procesal se aplica inmediatamente después de que se promulga, salvo lo previsto para algunos eventos, es decir, cuando hubiesen comenzado a correr algunos términos o iniciado diligencias o actuaciones, casos en los que se aplica la ley vigente al tiempo de su iniciación. Además, el artículo 43 de la misma ley – 153 de 1887– reitera, en relación con la aplicación de las leyes en el tiempo, que

determinan el procedimiento, entre otras, «...prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir...», (...)

Esa regulación se aviene perfectamente al ordenamiento Superior, porque el artículo 29 de la Carta Política distingue sobre la vigencia en el tiempo de las normas penales sustantivas y las penales adjetivas. A las primeras se refiere expresamente cuando señala que «Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa...». A las otras alude cuando relaciona que el juzgamiento se debe adelantar «...ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio».

Ahora bien, la ley procesal aplicable, es decir la que se refiere a la competencia, al juez natural y a las formas propias de cada juicio, es la que esté rigiendo al momento de la actuación procesal, excepto cuando se trate de normas adjetivas de efectos sustanciales, que deben aplicarse cuando son permisivas o favorables, puesto que es con respecto a las leyes sustanciales que nuestra normatividad constitucional exige su preexistencia al acto que se imputa. (...)

Para ese momento estaba rigiendo la Ley 600 de 2000, que entró en vigencia el 25 de julio de 2001. Esa codificación se debía aplicar a todos los procesos penales que estuvieran en curso, incluso a los que se

¹ Sala de Casación Penal, M.P. FERNANDO LEON BOLAÑOS PALACIOS.

hubiesen iniciado al amparo del anterior Código de Procedimiento Penal –Decreto 2700 de 1991–, en acatamiento de la Ley 153 de 1887 y porque el artículo 535 de la Ley 600 expresamente había derogado el citado Decreto 2700, circunstancia que impide aseverar que la variación a la calificación jurídica provisional introducida en este proceso genera nulidad.

Es cierto que el Decreto 2700 de 1991 no consagraba la variación de la calificación jurídica de la conducta en la etapa del juicio, que sí reguló la Ley 600 de 2000 en el artículo 404, en apego del cual se consideró que ante prueba sobreviniente las conductas punibles por las que debía procederse en este evento no eran homicidio y lesiones personales culposas, sino las mismas pero eventualmente dolosas, atendiendo a que ante la cercanía del objetivo elegido para arrojar el explosivo era previsible y tenía que representarse como posible el resultado típico, circunstancia que fue consentida por los procesados, quienes la dejaron librada al azar, máxime porque el radio de acción de la bomba clúster es de aproximadamente 150 metros, siendo del conocimiento de los pilotos el poder destructivo del artefacto y la existencia de personal civil próximo a la zona de impacto.

A partir de esa circunstancia es que los demandantes consideran que el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, es una norma procesal de efectos sustanciales restrictiva o desfavorable que no debió haberse aplicado, porque los hechos ocurrieron cuando aún regía el derogado Decreto 2700 de 1991.

Sin embargo, el principio de favorabilidad cuyo reconocimiento demandan los libelistas, implica un juicio comparativo que debe realizarse entre dos o más

disposiciones cuando hay tránsito de legislación o concurrencia de ordenamientos, para deducir cuál regula de manera más benigna una situación sustancial o procesal con efectos sustanciales.

En razón de ello, se hace necesario dilucidar cuáles son las normas que tienen efectos sustanciales.

No tuvieron en cuenta los demandantes que, según ha precisado la Sala, deben considerarse normas sustanciales en el ámbito penal, sin consideración al ordenamiento del que formen parte –procesal o sustantivo–, las que describen las conductas punibles y atribuyen la sanción, las circunstancias que modifican los extremos de la pena, las que establecen causales de ausencia de responsabilidad, motivos de extinción de la acción penal o causales de procedibilidad, entre otras, (...)

Es que, como acertadamente lo dedujo el Tribunal en la sentencia impugnada y lo ha señalado la Sala (CSJ SP 8 de sep. 2004, rad. 20602 y AP 16 ago. 2011, rad. 36718), el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, que consideran los impugnantes norma de naturaleza restrictiva y desfavorable, carece del carácter sustancial que exige nuestro ordenamiento procesal (art. 6, inc. 2°). En cambio, sí se trata de una de una disposición de naturaleza instrumental, que consagra el trámite que debe observarse en curso de la audiencia pública, cuando se advierta la necesidad de variar la calificación jurídica provisional por error en la denominación o por prueba sobreviniente respecto de un elemento básico estructural del tipo, la forma de coparticipación o de imputación subjetiva, desconocimiento de una circunstancia atenuante o reconocimiento de una agravante que modifiquen los límites punitivos.

El citado artículo 404, en fin, no describe conductas que se estiman punibles, no fija las consecuencias del delito, no señala las condiciones de punibilidad y las de responsabilidad del procesado, no establece los presupuestos genéricos y específicos de agravación o atenuación punitivas, ni recoge principios del derecho penal como la presunción de inocencia, el in dubio pro reo, la favorabilidad o la prohibición de reforma en peor, porque únicamente se refiere al método para variar la calificación jurídica provisional en la etapa del juicio, lo que descarta la aplicación del principio de favorabilidad que entronizan los impugnantes como sustento de la censura. (...)

La cadena de custodia es una forma de autenticación, pero no es la única. Como tal, es decir, como formalidad, no constituye un fin en sí misma, porque la evidencia puede autenticarse de muchas maneras, entre las que se cuentan la custodia y el embalaje, sin que en estos casos los protocolos que echa de menos sean los que certifiquen la mismidad del objeto.

Por ello, ninguna razón le asiste al defensor al asegurar que no se cumplió con la cadena de custodia, porque los elementos hallados en la escena sí fueron custodiados ya que sobre ellos se ejerció vigilancia permanente, sin que el actor tratara siquiera de demostrar la ausencia de identidad entre las evidencias recuperadas y las analizadas por los expertos.

Sobre este último aspecto, vale la pena resaltar que las esquiras encontradas por los habitantes de Santo Domingo y entregadas a los funcionarios judiciales, no se mezclaron con las que se encontraron durante las inspecciones judiciales, ni fueron sometidas al análisis de los

expertos de Medicina Legal, CTI, DAS y FBI. (...)

En consecuencia, no podría ser más elocuente el análisis hecho por las instancias sobre la estricta observancia del aseguramiento de la prueba que para entonces exigía el artículo 256 del Decreto 2700 de 1991, que se tradujo en una verdadera custodia de los elementos, al punto que, como se vio, garantizó en todo momento la identidad de esas evidencias (...)

Sobre ese particular, los argumentos expuestos en la sentencia de segunda instancia permiten señalar que los implicados incurrieron en las conductas punibles que se les endilgaron, sin que se advierta la predicada ausencia de responsabilidad que quiere deducir el impugnante.

Para demostrarlo, bastaría con señalar que no concurren en este caso los presupuestos que consagra el artículo 32-4° del Código Penal, porque la orden de bombardear fue impartida por una autoridad que carecía de competencia y, en consecuencia, no podría hablarse de obediencia debida.

Sin embargo, debe señalarse que la conducta desplegada por los procesados no consistió simplemente en acatar la decisión de un superior –como parece entenderlo el censor–, sino en que conscientemente dejaron librado al azar el resultado típico, porque conocían de antemano el poder devastador de la bomba de racimo que arrojaron sobre el caserío, sabiendo, además, que allí permanecía la población civil, misma que sufrió los nefastos rigores de la explosión, puesto que omitieron cumplir la perentoria obligación –que no prerrogativa– de cancelar la misión, tratándose de

«...caseríos (...) aun cuando se consideren habitados por bandoleros...»

El actor pretende edificar la ausencia de responsabilidad a partir de una falsa premisa, puesto que, como se explicó en el capítulo que precede, el General Héctor Fabio Velasco Chávez, en ese entonces Comandante de la Fuerza Aérea, declaró que el lanzamiento de los dispositivos clúster corresponde a una operación BETA, es decir, una acción de bombardeo, requería la expresa autorización del Comandante General de las Fuerzas Militares, por intermedio del Comandante de la Fuerza Aérea, lo que en este caso no se cumplió, porque el permiso lo dio directamente el Comandante de la Brigada XVIII con sede en Arauca, sin que el oficial Velasco Chávez se enterara siquiera de que la bomba de racimo había sido lanzada en esa oportunidad, lo que vino a saber días después de los hechos.

Incluso, obra prueba en el expediente de que al menos los pilotos del helicóptero UH1H CÉSAR ROMERO PRADILLA y JOHAN JIMÉNEZ VALENCIA, decidieron cargar la aeronave con ese explosivo, previendo la posibilidad de utilizarlo y el primero fue quien sugirió su lanzamiento. Así lo declaró el Teniente Guillermo Olaya Acevedo, Comandante del Componente Aéreo de la Brigada XVIII, que en aquella ocasión actuó como oficial de enlace con el ejército, aspectos que expuso la primera instancia ...

Esa situación igualmente, aunque de forma parcial, fue tratada por el Tribunal, al explicar que «es el propio piloto Capitán Romero Pradilla+ quien expresa que por iniciativa suya fue que se sugirió llevarla “por si se necesitaba”, designándose de común acuerdo el blanco que habría de batirse».

Lo más significativo fue que la operación se planeó para que el dispositivo se arrojara en la mata de monte; empero, inexplicablemente los pilotos resolvieron variar el blanco y, de acuerdo con las conversaciones sostenidas entre éstos y la tripulación del Skymaster, era evidente que el punto seleccionado para arrojar la bomba ya no era esa zona boscosa, sino que lo constituía el caserío de Santo Domingo, mismo que habían divisado en repetidas ocasiones, porque incluso cuando estaban planeando las acciones proyectaron videos del lugar con el fin de determinar en dónde se lanzaría la bomba.

Aún así, los procesados asumieron el riesgo y el azar de que la bomba impactara en el caserío, puesto que estando conscientes de que no sería arrojada en la mata de monte y del peligro que con la explosión corrían los pobladores, ignoraron el deber de cancelar la misión de apoyo aéreo, a pesar de que esa decisión no requería la autorización de ningún superior y, por el contrario, estaba dentro de sus obligaciones, de acuerdo con lo que explicó lo explicó el General Héctor Fabio Velasco Chávez (...)

Y si bien, el artículo 91 de la Constitución Nacional aparentemente exime de responsabilidad a los militares en servicio, es claro que esa prerrogativa sólo opera cuando se trata del cumplimiento de órdenes impartidas legítimamente y que no sean constitutivas de una conducta punible. Así lo explicó esta Corporación en la sentencia de casación proferida el 6 de mayo de 2009, al referirse a un tema de similar connotación (obediencia debida), apoyándose en doctrina de la Corte Constitucional anterior al año 1998, época de los hechos.

En consecuencia, ningún error se evidencia en este caso y específicamente del

artículo 32–4° del Código Penal, porque los pilotos del helicóptero UH1H CÉSAR ROMERO PRADILLA y JOHAN JIMÉNEZ VALENCIA, sabían que la orden de arrojar la bomba clúster en la parte norte del caserío constituía un peligro y estaba expresamente prohibido, a pesar de que allí se hubiesen refugiado los guerrilleros. En esas condiciones, la orden no era legítima. Además, el superior que la impartió, Brigadier General Luis Hernando Barbosa Hernández, en su condición de Comandante de la Brigada XVIII con sede en Arauca, carecía de competencia para proferir ese mandato, en tanto, ese tipo de decisiones estaban reservadas para el Comandante General de las Fuerzas Militares quien, de proceder en esa forma, debió hacerlo por intermedio del Comandante de la Fuerza Aérea por tratarse de un bombardeo y operación BETA; no obstante, éste último sólo vino a enterarse del lanzamiento del dispositivo de racimo varios días después, lo cual descarta el cumplimiento de las formalidades legales. Y, finalmente, los procesados no sólo tenían la posibilidad de discutir la orden, sino que tenían la obligación de cancelar la misión. (...)

Bajo este concepto de orden legal, el resultado dañoso no solo es reprochable cuando su consecución es el contenido de la voluntad –dolo directo-, sino también cuando la realización de la conducta implica el riesgo de causar otro u otros, cuya posible producción no es óbice para que se continúe con el comportamiento; o lo que es lo mismo, cuando se acepta el resultado previéndolo al menos como posible, que es lo que se conoce como dolo eventual.

Se entendía, entonces, que el conocer y querer el hecho comprendía tanto el dolo directo (de primer grado), como el indirecto (de segundo grado) por sus

necesarias consecuencias; y que el sólo conocer aceptando el evento como posible, bastaba para configurar el dolo eventual.

Frente a la teoría del dolo eventual, ha dicho la jurisprudencia de la Sala que el C. Penal de 1980, al emplear la expresión «la acepta, previéndola como posible», acogió la llamada teoría de la voluntad o del consentimiento, en la que existe un énfasis del factor volitivo cuando el autor acepta o aprueba la realización del tipo, porque cuenta con el acaecimiento del resultado.

Sin embargo, tal concepción se mantuvo hasta el año 2000, cuando la Ley 599 tomó partido por la teoría de la probabilidad o de la representación, al definir en su artículo 22, el dolo eventual en los siguientes términos: «también será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar». (...)

Proceder en dolo eventual que también desatendió caros principios del Derecho Internacional Humanitario, especialmente los de distinción, proporcionalidad y precaución; que los implicados, por su condición de militares activos, capacitados para actuar en operaciones armadas, perfectamente conocían y estaban obligados a acatar.

En virtud del primero de ellos (distinción) era su deber distinguir durante toda la operación militar entre personas civiles y combatientes, y abstenerse de realizar un ataque que soslayara esa diferenciación, cuando se advirtiera la presencia aquéllos en el lugar de combate.

El ataque sobre el caserío fue indebido y desproporcionado, porque siendo conscientes de que se trataba de una

zona con presencia de personas y bienes civiles, no era viable a los enjuiciados hacer uso de un artefacto explosivo del que también sabían de su alto poder de destrucción, en su propósito de dar de baja, incluso en ese lugar, a los rebeldes que perseguían.

Igualmente, no hubo precaución en la acción desplegada, pues las operaciones de esas características deben ser realizadas con un cuidado constante de preservar a las personas ajenas al combate y los bienes de carácter civil, hasta el punto que se deben tomar todas las medidas preventivas factibles para evitar muertos y heridos entre la población civil y daños a bienes de igual naturaleza, que se pudieran causar incidentalmente. Situación totalmente opuesta a la ocurrida el 13 de diciembre de 1998, donde, con indiferencia hacia los residentes de Santo Domingo, se adoptaron determinaciones militares a sabiendas de su vulnerabilidad.

De otro lado, si el comportamiento de los implicados se examinara de cara a la Ley 599 de 2000, la conclusión a la que se arribaría no es diferente, puesto que también se adecúa al predicado normativo que estatuye el dolo eventual en dicha normatividad como una de las modalidades de la conducta punible. En efecto, al arrojar la bomba clúster sobre Santo Domingo, los implicados se representaron seriamente como probables las muertes y lesiones que podían ocasionarse a los civiles que allí se encontraban; y, sin embargo, el azar determinó esos resultados dañosos, es decir, continuaron la ejecución de su conducta con indiferencia por la situación de riesgo que generaban.

Por consiguiente, bien sea que se examine el proceder de ROMERO PRADILLA y JIMÉNEZ VALENCIA bajo la teoría de la

posibilidad – Dec-Ley de 1980- o de la probabilidad –Ley 599 de 2000-, dadas las circunstancias en las que fue ejecutada, los homicidios por los que fueron acusados sin duda son atribuibles a título de dolo eventual.

Ahora bien, sin necesidad de introducirse la Sala –a fondo- en los criterios que se han acuñado para diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente, dígame que cuando el artículo 37 del C. Penal de 1980 definió la llamada culpa con representación como una forma de culpabilidad cuyos efectos nocivos, aunque previstos por el agente, éste confía en poderlo evitar, señaló, en cierta forma, los límites del dolo eventual. En esta categoría el riesgo del resultado posible no se asume, no se asiente a él, sino que, por el contrario, se espera que no ocurra, porque se confía imprudentemente en poder evitarlo. Existe representación pero no hay voluntad de concreción del daño.

La legislación colombiana de 1980 pareció adscribir a los postulados de la teoría del consentimiento, como estructura dogmática que busca explicar la frontera entre el dolo eventual y la culpa con representación. Esta doctrina, según lo anotado en la jurisprudencia, «hace énfasis en el contenido de la voluntad. Para esta teoría la conducta es dolosa cuando el sujeto consiente en la posibilidad del resultado típico, en el sentido de que lo aprueba. Y es culposa con representación cuando el autor se aferra a la posibilidad de que el resultado no se producirá».

Sin embargo, la Ley 599 de 2000 se acercó más a la teoría de la probabilidad o de la representación que enfatiza en el componente cognitivo del dolo, para separarlo de la culpa: «[p]ara esta teoría existe dolo eventual cuando el sujeto se

representa como probable la realización del tipo objetivo, y a pesar de ello decide actuar, con independencia de si admite o no su producción. Y es culposa cuando no se representa esa probabilidad, o la advierte lejana o remota».

Ambos sistemas coinciden en que habrá culpa con representación cuando el agente ha previsto el peligro previsible, pero «confió en poder evitarlo». Es decir, el autor del injusto igualmente sabe que su conducta representa un riesgo para el bien

jurídico, susceptible de concretarse en la realización del resultado que imaginó, pero espera que no se produzca.

En el sub iudice, es innegable que las circunstancias que concurrieron en el actuar de los procesados, justifican la condena de los jueces de instancia bajo la especie de dolo eventual y descartan un presunto actuar imprudente. Pronunciamiento completo siguiendo el hipervínculo [SP19623, RAD. 37638 d de 2017](#)

III. PRONUNCIAMIENTOS RELEVANTES CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA T-640 del 17 de octubre de 2017². La Corte Constitucional al revisar un fallo de tutela, explicó el alcance de la expresión “previa valoración de la gravedad de la conducta” como requisito subjetivo para el otorgamiento de la libertad condicional. A continuación, algunos apartes del pronunciamiento:

“7.3. Así, los jueces competentes para decidir acerca de una solicitud de libertad condicional deben interpretar y aplicar el inciso 1º del artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, tal como fue condicionado en la Sentencia C-757 de 2014, esto es, bajo el entendido de que la valoración que realice de la conducta punible tenga en cuenta las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean estas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional.

Entonces, una vez haya valorado la conducta punible, a continuación, verificará el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) que la persona haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena; (ii) que su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena en establecimiento penitenciario o carcelario, y (iii) que demuestre arraigo familiar y social.

7.4. En todo caso, la decisión de una solicitud de libertad condicional concreta, además de lo anterior, deberá atender al principio de favorabilidad conforme a los artículos 29 de la Constitución Política y 6 del Código Penal, según los cuales en materia penal “la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se

² M.P. ANTONIO JOSE LIZARAZO OCAMPO

aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. Lo que también rige para los condenados.

8.4. Esa misma coherencia argumentativa fue expuesta por la Corporación en la Sentencia C-757 de 2014. En esa ocasión juzgó la constitucionalidad de la expresión “previa valoración de la conducta punible” contenida en el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, el cual refiere a la posibilidad de que el juez de ejecución de penas conceda la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando acredite los requisitos legales.

Lo relevante de este asunto es que la Corte reiteró la importancia constitucional que tienen la resocialización de las personas condenadas y la finalidad preventiva especial de la pena. Por ello, indicó que el juez de ejecución de penas si bien puede tener en cuenta la conducta punible, la personalidad y antecedentes de todo orden para efectos de evaluar el proceso de readaptación social del condenado en procura de proteger a la sociedad de nuevas conductas delictivas, en todo caso, debe valorar la conducta punible teniendo en cuenta las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean estas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional de los condenados.

8.5. De acuerdo con lo expuesto, a título de síntesis, la Sala estima que solo es compatible con los derechos humanos la ejecución de las penas que tiende a la resocialización del condenado, esto es, a su incorporación a la sociedad como sujeto capaz de respetar la ley. Por consiguiente, adquiere preponderancia la política penitenciaria ejecutada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) y vigilada por el juez de ejecución

de penas y medidas de seguridad, pues es a este último en asocio con los conceptos que emita el INPEC, a quien le corresponde evaluar, según los parámetros fijados por el legislador, si es posible que el condenado avance en el régimen progresivo y pueda acceder a medidas de privación de la libertad de menor contenido coercitivo (libertad condicional, prisión domiciliaria, vigilancia electrónica, entre otros subrogados penales), logrando la readaptación social del condenado”. Decisión completa siguiendo el hipervínculo: [T-640-17](#).



Berledis Banquez Herazo

Relatora

relatoriatribunaljpm@justiciamilitar.gov.co

Tel: 60(1) 3150111 Ext 42006

Carrera 46 No. 20C-01

Cantón Militar Occidental

“Coronel Francisco José de Caldas”

Palacio de Justicia Penal Militar y Policial

“T.F. Laura Rocío Prieto Forero”

Bogotá, Colombia