

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala: Segunda de Decisión
Magistrado ponente: CR. ROBERTO RAMÍREZ GARCÍA
Radicación: 159181-013-I-013-PONAL
Procedencia: Juzgado de Instancia Policía
Metropolitana de Bogotá
Procesados: **PT. OSCAR DAVID OJEDA HERRERA y**
PT. BOLNEIS YAIR ORTEGA OROZCO
Delito: Abandono del puesto
Motivo de alzada: Apelación sentencia condenatoria
Decisión: Revoca decisión y absuelve

Bogotá D.C., cinco (05) de abril de dos mil veintidós (2022).

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar, a conocer del recurso de apelación interpuesto por el defensor de los procesados contra la sentencia del 03 de julio de 2019¹, proferida por la Juez de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Bogotá, a través de la cual condenó al **PT. OSCAR DAVID OJEDA HERRERA y PT. BOLNEIS YAIR ORTEGA OROZCO** a la pena principal de doce (12) meses de prisión, como autores responsables del delito de

¹ Ver folios 1057 a 1098 del C.O.6

Abandono del Puesto, sin concederles el beneficio de la condena de ejecución condicional, por tratarse de un delito contra el servicio.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

Fueron reseñados en la sentencia condenatoria, así:

"(...) Ocurrieron el día 11 de mayo de 2016, en la jurisdicción de la Policía Metropolitana de Barranquilla, cuando los señores patrulleros **OJEDA HERERA (sic) OSCAR DAVID, ARRIETA BENAVIDES MANUEL DAVID Y ORTEGA OROZCO BOLNEIS YAIR**, estando de servicio de cuarto primer turno en la Estación de Policía de San José como cuadrante 3-6-12, según la minuta de vigilancia (fl. 146) los dos primeros en mención y como servicio de información del CAI Cervecería, el PT. Ortega y según lo informado por ARRIETA en su injurada, tuvo una necesidad fisiológica, por lo que ingreso (sic) al baño del CAI (00:10 horas, folio 149), en el que se registra la entrega del servicio del puesto de información al PT. MANUEL ARRIETA, el cual se siente indispuerto para el servicio, efectuándose el cambio entre éste y el que estaba de información PT. ORTEGA, sin autorización de algún mando; mientras que ORTEGA continuó (sic) de patrulla 3-6-12 con OJEDA, los cuales fueron encontrados escoltando un camión tipo furgón en jurisdicción de la Estación de Policía el Bosque aproximadamente a las 01:40 horas, según se registra en el informe de novedad suscrito por el CT. JORGE MARIO MOLANO BEDOYA, oficial de supervisión de la Metropolitana de Barranquilla, (fl 5), el cual al parecer llevaba mercancía hurtada momentos antes a otro vehículo²".

III. ACTUACIÓN PROCESAL

² Ver folios 1057 y 1058 C.O. 6

3.1- Con fundamento en el informe suscrito por el señor CT. JORGE MARIO MOLANO BEDOYA, Oficial de Supervisión de la Metropolitana de Barranquilla³, el Juzgado 174 de Instrucción Penal Militar el 12 de mayo de 2016⁴, ordenó apertura de formal investigación en contra de los policiales antes mencionados por el delito de Abandono del Puesto, vinculándolos mediante indagatoria el 27 de junio de 2016⁵, así mismo, el día 01 de julio de 2016 ordena vincular a la investigación al PT ARRIETA BENAVIDES MANUEL DAVID escuchándolo en indagatoria el 05 de julio de 2016⁶, siendo resuelta la situación jurídica provisional de los tres policiales el 12 de julio de 2016⁷, absteniéndose de imponerles medida de aseguramiento alguna, en consideración a que no se cumplían los fines para ello.

3.2- Perfeccionada en lo posible la investigación, el proceso fue enviado el 19 de agosto de 2016 a la Fiscalía 148 Penal Militar con sede en Medellín, Antioquia⁸, dependencia que luego de revisar el expediente dispuso regresarlo al instructor en una oportunidad para la práctica de otras pruebas⁹, mismas que fueron evacuadas para reenviar nuevamente el plexo a la Fiscalía en comento el 05 de junio de

³ Ver fólíos 4 y 5 C.O. 1

⁴ Ver folio 6 C.O. 1

⁵ Ver folios 266 a 270 y 271 a 275 C.O. 2

⁶ Ver folios 295 a 299 C.O. 2

⁷ Ver folios 332 a 371 C.O.3

⁸ Ver folio 509 C.O. 3

⁹ Ver folio 511

2017¹⁰, la que cerró la etapa de investigación¹¹ y el 18 de octubre de 2017¹² acusó a los procesados como "coautores" responsables a título de dolo del injusto de Abandono del Puesto, disponiendo en la misma providencia cesar todo procedimiento en favor del PT ARRIETA BENAVIDES MANUEL DAVID.

3.3- En firme la anterior decisión, el expediente fue enviado al Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Bogotá¹³, despacho que mediante auto del 15 de mayo de 2019¹⁴ decretó la iniciación del juicio fijando fecha y hora para llevar a cabo audiencia de acusación y/o aceptación de cargos sin que los acusados se declararan responsables, por lo cual el 14 de mayo de 2019 presidió la correspondiente audiencia pública de corte marcial, de cuya actuación obra el acta visible a folios 1040 a 1054 del cuaderno original No 6.

Con fecha 03 de julio de 2019¹⁵ el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Bogotá profirió sentencia en contra de los **PT. OSCAR DAVID OJEDA HERRERA y PT. BOLNEIS YAIR ORTEGA OROZCO**, condenándolos a la pena principal de doce (12) meses de prisión como responsables del delito de Abandono del Puesto, decisión que fue apelada por la defensa y

¹⁰ Folio 957 C. O. 5

¹¹ Ver folio 958 C.O 5

¹² Ver folios 977 a 986 C.O. 5

¹³ Ver folio 1004 C.O. 6

¹⁴ Folio 1012 ídem

¹⁵ Ver folios 1057 a 1098 C.O. 6

que hoy es objeto de estudio por parte de esta Sala de Decisión.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Para condenar a los policiales **PT. OSCAR DAVID OJEDA HERRERA y PT. BOLNEIS YAIR ORTEGA OROZCO**, el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Bogotá, hizo un recuento de las consideraciones hechas por los sujetos procesales durante el desarrollo de la audiencia de corte marcial, para posteriormente acreditar la competencia a través de las correspondientes hojas de vida y actas de posesión de los procesados, especificando que para la fecha de ocurrencia de los hechos laboraban en la Estación de Policía San José de la ciudad de Barranquilla, cumpliendo labores propias de vigilancia, los dos desplazándose el día de los hechos en una motocicleta institucional uniformada y conformando la patrulla 3-6-12 del CAI Cervecería.

Señaló que se cumplieron a cabalidad las etapas del procedimiento especial y sumado a ello los procesados no aceptaron cargos como quedó reseñado en el acta de vista pública. Expuso, además, que no existió causal de nulidad que invalidara lo actuado; procediendo la juez a encuadrar la conducta de los uniformados dentro del tipo penal de Abandono del Puesto, como quiera que los procesados **PT. OSCAR DAVID OJEDA HERRERA y PT. BOLNEIS YAIR ORTEGA OROZCO** para el día 11 de mayo de 2016 debían prestar servicio en el cuadrante

correspondiente de la jurisdicción del CAI Cervecería en Barranquilla, Atlántico, así como que se encontraban designados a través de la respectiva minuta de servicio de la Estación de Policía San José, en donde se relaciona que los encartados debían asumir 4-1 turno de servicio.

Refirió la Juez de Primera Instancia que el eje central de la investigación radica en que los policiales abandonaron el puesto al dejar de cumplir sus deberes en el cuadrante asignado, por estar acompañando un automotor que transportaba mercancía hurtada. Frente a ese tema, se tiene que los **PT. OSCAR DAVID OJEDA HERRERA** y **PT. BOLNEIS YAIR ORTEGA OROZCO** en indagatoria afirmaron que el SI VÉLEZ REALES, los había autorizado realizar el acompañamiento al camión hasta el éxito metropolitano, a sabiendas que ese sitio quedaba por fuera de la jurisdicción que tenían asignada.

Adicionó que el comportamiento exhibido por los policiales OJEDA HERRERA Y ORTEGA OROZCO fue típico, antijurídico y culpable. Para el caso de autos, los procesados decidieron no ejecutar acciones de vigilancia en el cuadrante 3-6-12, desde aproximadamente las 24:00 horas hasta las 02:00 de la mañana del día 11 de mayo de 2016, por estar acompañando un camión por una jurisdicción diferente a la de ellos y con esa acción, incurrieron en la descripción que hace el artículo 105 de la ley 1407 de 2010, coincidiendo el comportamiento con los elementos

que lo estructuran, actuar que fue consumado con plena voluntad por parte de los policiales.

En lo que respecta a la antijuridicidad hizo mención a lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 1407 de 2010 y referenció jurisprudencia de este Tribunal, para indicar que los procesados dejaron sus deberes de presencia en el cuadrante, por lo tanto lesionaron el bien jurídico tutelado por la ley penal militar como lo es el servicio, al no acatar la orden de vigilancia en el cuadrante 3-6.12, generando con esto que este lugar permaneciera sin la vigilancia requerida en pro de la protección de otros bienes jurídicos.

Frente a la culpabilidad, puntualizó que los procesados tenían capacidad para comprender su ilicitud, al igual que capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión; eran conscientes que les era exigible un comportamiento diferente como era el de acatar y dar cumplimiento en forma puntual a lo que se les había ordenado en su designación, sin embargo, lo que hicieron fue no ejecutar actividades de vigilancia en el cuadrante que les correspondía, por estar acompañando un camión.

Finalmente, centra su análisis en la dosificación de la pena para terminar fulminando a los **PT. OSCAR DAVID OJEDA HERRERA y PT. BOLNEIS YAIR ORTEGA OROZCO**, con pena de prisión equivalente a doce meses, negándoles, además, la suspensión de la condena de ejecución condicional.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El DR. CARLOS ARTURO MALDONADO TORRES, defensor de los procesados, discrepó de la decisión hoy censurada, para lo cual argumentó que el comportamiento asumido por los procesados, hoy condenados, no se subsume dentro del tipo penal formulado por la Fiscalía, esto en razón a que ellos no incurrieron en el tipo penal de abandono del puesto, contenido en el artículo 105 de la ley 1407 de 2010.

Indicó que el comportamiento de sus representados el día de los hechos estaba autorizado por su superior directo y funcional, motivo que los coloca en una causal excluyente de responsabilidad, esto es, la establecida en los numerales 3, 4, 5, y 11 del artículo 33 de la ley 1407 de 2010.

Señaló los numerales anteriores indicando:

3. Se obre en cumplimiento de un deber legal

4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

5. Se obre en legítimo ejercicio de una actividad lícita o de un cargo público.

11. Se obre con error invencible de la ilicitud de la conducta.

Sostuvo que sus apadrinados para el día de los hechos, en primer lugar, obraron en estricto cumplimiento de su deber legal en razón a su profesión y a los postulados del artículo 218 de la Constitución Política, de servir a la comunidad, brindando servicio policial al ciudadano que lo requirió; en segundo, no actuaron a modo propio o personal, sino institucional, al solicitar permiso al señor SI. VELEZ REALES EDWIN, quien en esos momentos era el comandante directo de los procesados y jefe de vigilancia de la Estación de Policía de San José a la cual estaban adscritos sus representados.

Finalmente, indica, que sus representados actuaron con error invencible de que el acompañamiento que realizaron no era ninguna actividad ilícita en su conducta, en el sentido de que, bajo la experiencia judicial, en consonancia con el manual de vigilancia, estos acompañamientos son normales en la Policía Nacional, siempre y cuando cumplan con todos los requisitos y formalidades institucionales, legales y reglamentarias.

Por todo lo anterior, solicita que sus representados sean absueltos de toda responsabilidad penal, por el delito de abandono del puesto en razón a que ellos no lo abandonaron de manera injustificada, sino por el contrario, fue con autorización de su superior inmediato y en cumplimiento de un mandato constitucional, legal y reglamentario. Igualmente, que dentro del proceso nunca se demostró cuál fue la

afectación al servicio que se dio con ocasión del abandono del puesto.

En cuanto a la forma de culpabilidad, consideró, que sus apadrinados en ningún momento dirigieron libre y conscientemente su voluntad hacia el resultado que es el delito de abandono del puesto, puesto que siempre fueron conscientes que lo hacían con permiso y/o autorización de su superior directo y funcional, SI. VÉLEZ REALES EDWIN.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 2 Judicial II de Apoyo a Víctimas, Doctor JORGE AUGUSTO CAPUTO RODRÍGUEZ, solicitó del Colegiado Castrense se **REVOQUE** la sentencia impugnada y, en consecuencia, se absuelva a los procesados.

Deprecia el señor Representante del Ministerio que se tenga en cuenta que la consideración relativa a la conducta en el sentido de que fue antijurídica, fue desafortunada, porque la exigencia de que efectivamente se haya lesionado o puesto en peligro sin justa causa el bien jurídicamente tutelado, como se afirma en la sentencia impugnada, se desvirtúa con la declaración del SI. VÉLEZ REALES, al señalar que a la patrulla delta seis tres, que cubriera los dos cuadrantes mientras se realizaba el acompañamiento, luego no es cierto que ese cuadrante permaneciera sin vigilancia como lo considera la primera instancia.

De otro lado, sostiene, que el fallador de instancia plantea interrogantes que de ninguna manera resuelve, como por ejemplo cuando el SI VÉLEZ REALES, jefe de vigilancia autoriza el acompañamiento y lo pone en duda, al afirmar que esa autorización no fue consultada con el ST BAQUERO, encargado del Distrito III y por tanto superior de VÉLEZ, dando a entender que quien debía autorizar ese desplazamiento era BAQUERO y no VÉLEZ, por lo que a su parecer, esa consideración de poner en duda la competencia de VÉLEZ para autorizar, sin en el sustento normativo correspondiente, le parece improcedente, ya que debió el *a-quo*, si consideraba sin competencia al superior inmediato de los patrulleros procesados, para otorgar esa autorización, señalar la preceptiva que así lo disponía, indicar el reglamento que delimita la facultad del SI VÉLEZ, o de la competencia exclusiva del responsable en un determinado Distrito, suponiendo lo que no está demostrado.

Finalmente y frente al tema del cambio de servicio entre el PT ARRIETA Y el PT ORTEGA, dijo que resulta sin incidencia, toda vez que al pasar la foliatura pero particularmente la acusación, marco jurídico de la Corte Marcial y de la sentencia, a pesar que se cuestiona que no informaron al superior sobre este aspecto, lo cierto es que frente al delito objeto de acusación y juzgamiento, no interesa, más allá, de haber sido un momento anterior a la ocurrencia de los hechos, la madrugada del 11 de mayo de 2016, pero sin ningún tipo de reproche penal, disciplinario si,

conforme a las copias del proceso adelantando y que fue trasladado a este expediente.

Finalmente, para concluir, dijo que demostrado como está, una autorización legal, un permiso cumplido conforme la autorización, ausencia de antijuridicidad material, lo que impone inferir, que no se configuró abandono del puesto, porque la ausencia temporal respecto del cuadrante asignado para vigilancia estaba debidamente autorizada por el superior.

VI. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación, de conformidad con el artículo 238-3 de la Ley 522 de 1999 y 203.3 de la Ley 1407 de 2010¹⁶, normatividad aquella que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada para hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de ese año¹⁷, como de los ocurridos con posterioridad a la misma, no obstante encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010 -Ley 1407-, aplicable al caso *sub judice* en aspectos sustanciales dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación y algunos procesales de contenido sustancial, mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación

¹⁶ Nuevo Código Penal Militar.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos Mayo de 2011, radicado 36412; Junio 22 de 2011, radicado 36737, Noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y Marzo 07 de 2012, radicado 38401.

sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 del código de 1999, en el sentido de que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para el recurrente al plenario no se allegaron las pruebas suficientes demostrando la responsabilidad de sus prohijados por el delito de Abandono del Puesto, en tanto que si bien es cierto los **PT. OSCAR DAVID OJEDA HERRERA y PT. BOLNEIS YAIR ORTEGA OROZCO**, salieron del perímetro del cuadrante 3-6-12, el cual estaba bajo su responsabilidad en la jurisdicción de la Estación San José de Barranquilla, Atlántico, a la cual pertenecían, la misma obedeció a la autorización que para el efecto concedió su superior jerárquico inmediato, esto es, el SI. VÉLEZ REALES EDWIN JOSÉ. Igualmente, ubica el comportamiento de sus defendidos en el marco de las causales de ausencia de responsabilidad 3,4,5 y 11 que dispone el artículo 33 de la Ley 1407 de 2010.

Sobre las causales de ausencia aludidas no hace ningún tipo de análisis, ni siquiera prolijo, por ejemplo,

sobre las razones precisas de su invocación, la existencia y cumplimiento de sus requisitos y la incidencia que tuvieron en la materialización de la conducta justificada. No obstante, sí cuestiona la ausencia de antijuridicidad de la conducta de abandono del puesto, por un lado esgrimiendo que salieron de su área de responsabilidad por expresa autorización de su superior inmediato y, por el otro, que el fin de ello era el de prestar un acompañamiento a un vehículo automotor, acompañamiento que, a su juicio, es normal dentro del contexto de la labor policial.

Entre tanto, el Doctor JORGE AUGUSTO CAPUTO RODRÍGUEZ, Procurador Judicial Penal ante esta Corporación, desarrolla de manera puntual y suficiente la inexistencia de la antijuridicidad material como requisito de la conducta de abandono del puesto, deprecando por ello la revocatoria de la sentencia condenatoria atacada y que ahora centra la atención de la Segunda Sala de Decisión de este Tribunal, postura que se aplaude y, desde ya, acompaña este Colegiado para anunciar que en efecto la decisión será favorable para los intereses del recurrente y sus defendidos **PT. OSCAR DAVID OJEDA HERRERA y PT. BOLNEIS YAIR ORTEGA OROZCO.**

Veamos, a juicio de la Sala no se requiere hacer un estudio prolijo, profundo, minucioso, detallado, comparativo ni de filigrana, sobre todo el acervo probatorio, para cimentar la inexistencia de la antijuridicidad material en el caso sub judice, ni

tampoco recurrir a elucubraciones jurídicas monumentales para lo propio, basta, con establecer y resaltar, simplemente, lo dicho por el SI VÉLEZ REALES EDWIN JOSÉ, en su condición de Jefe de Vigilancia, para la fecha de los hechos, de la Estación de Policía San José en Barranquilla Atlántico.

En ese sentido, dijo el SI VÉLEZ REALES, sobre los hechos, lo siguiente:

"... Trabajaba en la estación de policía san José... y fungía por ser el mando ejecutivo más antiguo de la sección de la vigilancia como jefe de vigilancia... El señor patrullero OJEDA HERRERA integrante de la patrulla 3-6-12 perteneciente al CAI CERVECERÍA, me sale por el medio de comunicación solicitándome de que le autorizara un acompañamiento de un amigo del cuadrante, el cual iba hasta el éxito metropolitano, le salí por el mismo medio autorizándolo para que realizara el acompañamiento y le manifesté de que le reportara a la central de comunicaciones, este a su vez le reporta a la central de comunicaciones de un amigo del cuadrante hasta el éxito metropolitano, y la central de comunicaciones responde entendido, eso fue lo que le escuché yo, de igual forma le solicito a la patrulla delta seis tres, patrulla de apoyo para que le hiciera el favor y le cubriera los dos cuadrantes mientras iba y realizaba el acompañamiento, pero no escuché el entendido de

la patrulla delta seis tres... según mi experiencia policial en la vigilancia, como patrulla de la mismas, siempre los permisos de acompañamiento se le han solicitado al jefe de vigilancia y este a su vez los autoriza, más nunca el jefe de estación para que estos realicen los acompañamientos...¹⁸ (Negrilla y subrayado del despacho)

Ahora bien, en ese orden, como bien lo pregona el señor Procurador CAPUTO RODRÍGUEZ, demostrada está, la existencia de una autorización legal, el permiso cumplido por los **PT. OSCAR DAVID OJEDA HERRERA y PT. BOLNEIS YAIR ORTEGA OROZCO** conforme a esa autorización, lo que impone inferir, la ausencia de la antijuridicidad material y, por ende, la no configuración del delito de abandono del puesto.

Nótese que a los hoy condenados los autorizó a salir del cuadrante asignado su superior inmediato, no hay como demostrar sumariamente que no era el SI VÉLEZ REALES EDWIN JOSÉ su superior inmediato y quien estaba facultado para ello, también se establece con meridiana suficiencia que de la salida del cuadrante se informó a la central y, además, que el cuadrante 3-6-11 no quedo sin cobertura policial, esto es, sin seguridad y vigilancia, pues debió delta seis tres, como bien lo sostiene VÉLEZ REALES, le dio la orden que relevara en su oficio de vigilancia a los procesados, independientemente que no haya escuchado

¹⁸ Ver folios 286 y 287 C.O. 2

que quedaron entendidos con esa orden. En ese contexto no hubo vulneración, ni siquiera puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado en el marco del artículo 105 de la Ley 1407 de 2010, esto es, el Servicio.

En ese tenor, no se probó que los policiales **PT. OSCAR DAVID OJEDA HERRERA y PT. BOLNEIS YAIR ORTEGA OROZCO** hubiesen abandonado el puesto aquel 11 de mayo de 2016, ni tampoco, como lo indica el señor Procurador Judicial, la primera instancia demostró que el SI VÉLEZ REALES, no estuviese facultado para autorizarlos a efectuar el acompañamiento vehicular ya conocido, pues se limita, en este caso la Juez *a-quo*, a cuestionar lo propio simplemente bajo una simple especulación, en tanto que no se adosó al plenario ni se hizo mención por lo menos, de la disposición, llámese, resolución, directiva, poligrama, manual, etc., que indicara que el Jefe de Vigilancia no tuviese atribuciones para lo propio.

Ahora bien, en cuanto al aspecto propio de la mercancía que se transportaba en el vehículo tipo camión, que acompañaban los hoy condenados, en nada influye en el campo probatorio en aras de edificar responsabilidad penal en contra de éstos, naturalmente en lo atinente a la conducta por la que se encuentra activa la jurisdicción castrense, pues lo que acá se decanta es la configuración propiamente dicha de los elementos normativos del tipo de abandono del puesto, bien de orden objetivo y subjetivo, además de establecerse si los requisitos de la conducta punible

se satisfacen y, como se viene demostrando, no se avizora la existencia de antijuridicidad material en este caso.

De tal suerte y como también lo concluyó el Ministerio Público, la acción enrostrada a los uniformados no vulneró el bien jurídicamente tutelado, ni fue producto de la acción deliberada, intencional y voluntaria de abandonar la protección de la comunidad, esto en tanto que su cuadrante, como se analizó en líneas precedentes, fue cubierto por otra patrulla.

Al analizar los hechos materia de investigación, vistos desde una perspectiva compleja -*ex antes y ex post*-, y las decisiones tomadas no sólo por la señora juez de instancia sino por los demás funcionarios que tuvieron el conocimiento del presente asunto, se abstrae que los enjuiciados fueron condenados a un (1) año de prisión por haber traspasado el límite de la jurisdicción a ellos asignada con el fin de llevar a cabo un acompañamiento vehicular, sin que ninguno de los funcionarios se hubieran percatado que el Código Penal Militar¹⁹ dentro de sus normas rectoras ha consagrado el principio de lesividad en los siguientes términos:

"Artículo 17. Antijuridicidad. *Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal."* (Subrayado de la Sala)

¹⁹Ley 1407 de 2010.

En similares términos lo consagra la Ley 522 de 1999:

"Artículo 9. Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico protegido por la ley."

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido enfáticas y prolíferas indicando que no basta la mera contrariedad de la conducta con la norma penal -antijuridicidad formal-, sino que debe existir una lesión o peligro potencial injustificado del interés tutelado para estructurar la antijuridicidad material²⁰; se particulariza entonces en el desvalor del acto verificado con el daño o puesta en peligro de intereses vitales de la comunidad o el individuo protegidos por la norma, situación está última que se patentiza en los llamados delitos de peligro como lo es el Abandono de Puesto, en los cuáles no es necesario un daño real sino una "*situación de riesgo de lesión en el mundo real*"²¹, entendiéndose que si bien en el ámbito naturalístico el "daño" significa lesión, menoscabo, destrucción o disminución causado al objeto material, en el plano jurídico el "daño" que amerita la intervención del derecho penal emerge de la efectiva lesión o de la concreción de un riesgo respecto del bien materia de protección, lo que no lo

²⁰ Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal, entre otras: providencia del 16 de junio de 1981, Magistrado Ponente ALFONSO REYES ECHANDÍA; 1 de febrero de 2001, radicado 16362.

²¹ Zaffaroni, *Op. cit.*, p. 469.

convierte, acota esta Sala de Decisión, en un resultado material sino en uno valorativo²².

Dicho en otras palabras, el aparato punitivo del Estado sólo puede operar en tanto medie la afectación significativa o relevante de un bien jurídico que sea susceptible de protección por parte del derecho penal, ya sea por lesión directa o efectiva puesta en peligro del mismo.

Así entonces, uno de los elementos esenciales del delito lo es el principio de lesividad, acuñado por la doctrina jurídico penal, que frente a los delitos de peligro obliga al funcionario judicial a tener claro el ámbito de protección de la norma, para el caso prevenir actos que signifiquen un real riesgo para el servicio policial o militar establecido en la Constitución, la ley o los ordenamientos institucionales, y a través de este -servicio-, de bienes personales como la vida, integridad, el patrimonio económico, y de bienes sociales como las condiciones de mantenimiento de la paz, de la convivencia social, de la seguridad ciudadana, entre otros, luego de lo cual deberá concretar si en el asunto puesto a su consideración la conducta indagada

²² Mezger, *Op. cit.*, p. 102: "En los delitos de peligro, la producción de un 'peligro' forma parte del tipo". Así mismo, Roxin, *Derecho penal, Op. cit.*, § 10, 104; y Fernández Carrasquilla, Juan, *Op. cit.*, p. 140: "[...] el peligro (concreto) que para el bien jurídico se deriva de una acción determinada constituye un 'desvalor de resultado', pero no es, sin embargo, un resultado en sentido material sino solo en sentido valorativo, pues se trata de la apreciación o valoración de la probabilidad de daño que se crea para dicho bien en la situación particular".

significó una efectiva puesta en peligro al bien jurídico así conformado.

No de otra manera es factible endilgar responsabilidad a un justiciable. El principio de lesividad busca armonizar la necesidad abstracta de protección que busca el tipo penal, con la garantía del procesado de ser condenado únicamente cuando su conducta haya creado situaciones de riesgo inadmisibles y efectivas contra el señalado interés jurídico. Ello se desprende del mencionado artículo 17 de la Ley 1407 de 2010 al acuñar la frase "*...que lesione o ponga efectivamente en peligro...*", queriendo con ello decir que el riesgo en abstracto previsto por el legislador en el tipo penal se verificó de modo real y verdadero en el mundo exterior y por lo tanto le corresponde al operador judicial valorar la conducta del procesado a través de los medios de conocimiento recolectados en la investigación, en aras de establecer si en el momento social e histórico que acontece el comportamiento lo hizo dañino por su potencialidad de afectar ámbitos como la tranquilidad o la seguridad en este caso.

En conclusión, en nuestro actual Estado Social de Derecho para que se predique el elemento de antijuridicidad de una conducta punible, no sólo debe comprobarse la contrariedad formal con la norma -antijuridicidad formal-, sino que la acción o la omisión debe haber vulnerado -lesión o peligro- de manera efectiva -real, verdadera- el bien jurídicamente tutelado -antijuridicidad material-,

conforme se desprende no solo de las normas legales arriba transcritas sino de la ontología e interpretación sistemática de los artículos 2^o²³, 86 y 228 de la Constitución Política Colombiana, ello dado que el principio político criminal de lesividad, dogmáticamente tomado por la antijuridicidad material, no es un mero referente para la construcción del delito sino un requisito para establecer la relación directa que debe existir entre la conducta y el bien jurídico que protege la disposición legal.

Sobre este específico aspecto el máximo órgano de cierre en lo penal ha dicho:

"El principio de lesividad de la conducta punible surgió como un criterio de limitación del poder punitivo dentro del moderno Estado de derecho, en el entendido de que constituye una obligación ineludible para las autoridades tolerar toda actitud o comportamiento que de manera significativa no dañe o ponga en peligro a otras personas, individual o colectivamente consideradas, respecto de los bienes y derechos que el ordenamiento jurídico penal está llamado como última medida a proteger.

Este principio, propio del derecho penal ilustrado, no sólo está íntimamente ligado a otros de la misma índole (como los de necesidad, proporcionalidad, mínima intervención, separación entre derecho y moral, subsidiariedad y naturaleza fragmentaria), sino que también le otorga un sentido crítico a la teoría del bien jurídico, e incluso habilita en el derecho penal la misión de amparo exclusivo de los mismos, tal como lo ha sostenido en forma casi unánime la doctrina al

igual que de manera pacífica la jurisprudencia constitucional y la de la Sala en múltiples providencias (...)

De ahí que la función crítica como reductora del bien jurídico no se agota cuando el legislador crea nuevos tipos penales, ni tampoco cuando el Tribunal Constitucional ejerce el control que le es propio respecto de dicha competencia, sino que suele manifestarse en la labor de apreciación que todos los operadores jurídicos, y en últimas el juez, realizan acerca del alcance de la descripción típica contenida en la norma frente a la gama de posibilidades que el diario vivir le ofrece a la administración de justicia como motivo de persecución, juzgamiento y sanción jurídico penal. Así lo ha precisado la Sala:

(...) el principio de lesividad ha de operar no en la fase estática de la previsión legislativa, sino en la dinámica de la valoración judicial de la conducta, habida cuenta que el cambiante mundo de las interferencias comunicativas de las que se ha hablado hace que vivencialmente, en un momento socio histórico determinado, ciertos actos tengan una específica significación social que los hacen dañinos por la potencialidad que tienen de afectar un ámbito de interrelación, como la convivencia pacífica en éste caso, o que el mismo comportamiento no tenga la virtualidad de impresionar las condiciones que la permiten en un ámbito temporo espacial diferente.

Si no fuera de ésta manera, es decir, si el principio de lesividad careciera de incidencia alguna al momento de constatar el ingrediente del bien jurídico por parte de los funcionarios, habría que investigar por un delito contra la administración pública al servidor público que tomó una hoja de papel de la oficina y la utilizó para realizar una diligencia personal, o procesar por una conducta punible contra la asistencia de la familia al padre que de manera injustificada

tardó un día en el pago oportuno de la cuota de manutención, o acusar por un delito en contra de la integridad a los bromistas que le cortaron el pelo al amigo que se quedó dormido, etcétera"²⁴.

En la presente actuación los **PT. OSCAR DAVID OJEDA HERRERA y PT. BOLNEIS YAIR ORTEGA OROZCO**, fueron investigados, acusados y condenados a un año de prisión por haberse encontrado responsables del delito de Abandono del Puesto, dado que a voces del *a-quo* el día 11 de mayo de 2016 *"...dejaron sus deberes de presencia en el cuadrante, por lo tanto lesionaron el bien jurídico tutelado por la ley penal militar como lo es el servicio, al no acatar la orden de vigilancia en el cuadrante 3-6-12, generando con esto que este lugar permaneciera sin la vigilancia requerida en pro de la protección de otros bienes jurídicos..."*²⁵.

Para la Sala estas argumentaciones plasmadas por la *a-quo* no sólo resultan erradas en tanto elucubraciones propias del ámbito anejo a la tipicidad que hizo en la antijuridicidad, sino que además nunca sobrepasaron el análisis de la antijuridicidad formal, ello dado que ningún esfuerzo dialectico jurídico realizó la juez primaria para establecer probatoria y valorativamente hablando, la real afectación del Servicio como consecuencia de la conducta de los procesados, en punto de haber puesto en peligro personas, individual o colectivamente consideradas, respecto de los bienes y derechos que

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Sentencia* del 13 de mayo de 2009, Rad. 31.362.

²⁵ Folio 10898 del cuaderno original 6.

el ordenamiento jurídico penal está llamado como última medida a proteger o el propio bien jurídicamente tutelado. La misma providencia acotada en la sentencia, y sobre la cual hicimos alusión en el párrafo anterior, indica los presupuestos que el legislador tuvo en cuenta al momento de crear este tipo penal, los que a partir de su función crítica como Juez de la República debió haber analizado para darle alcance a la descripción típica en comento frente a la gama de posibilidades que el diario vivir ofrece, en aras de valorar si bajo la dinámica de prestación del servicio de policía que para la fecha de marras se prestaba en la capital Atlánticense y los fenómenos que en punto de la seguridad allí se vivía, la conducta de aquellos tuvo la potencialidad de afectar ese ámbito de interrelación para aplicar una sanción jurídico penal.

A través de los medios de conocimiento allegados en legal forma a la investigación, se tiene probado que para el 11 de mayo de 2016 los condenados **PT. OSCAR DAVID OJEDA HERRERA y PT. BOLNEIS YAIR ORTEGA OROZCO** fueron autorizados por su superior jerárquico debidamente facultado para ello, a efectos llevar a cabo un acompañamiento vehicular y, que el mismo, implicó salirse de la jurisdicción de su cuadrante, no obstante, la patrulla delta seis tres, como bien lo informó bajo la gravedad del juramento el SI. VÉLEZ REALES EWIN JOSÉ, los cubrió en su labor de vigilancia en el cuadrante 3-6-12 mientras llevaban a cabo el aludido acompañamiento, en ese orden, el servicio de

vigilancia y seguridad en ningún momento cesó en su espacio asignado.

De modo que ante el análisis precedente y la contundente versión ofrecida por el SI. VÉLEZ REALES ya transcrita, analizada y valorada, no queda otro camino que el de inclinar la balanza hacia lo señalado por el representante de la sociedad Dr. Jorge Augusto Caputo Rodríguez y, por ende, en todo orden favorable para los intereses de la defensa y sus representados al no haber otra opción que revocar la sentencia atacada.

Bajo el contexto analizado es diamantino para la Sala que los procesados quebrantaron el límite asignado pero hubo asignación de remplazo temporal en dicho espacio, lo que sin duda alguna rompe con la dinámica impulsada por la institución policial al asignarle a un número determinado de policías zonas territoriales para que desarrollen labores preventivas, de proximidad, continuidad y coordinación interinstitucional, con el objeto de tratar integralmente conductas al margen de la ley aprovechando el conocimiento profundo del entorno donde intervienen los uniformados allí designados; sin embargo, también resulta claro que en este caso concreto la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal como sistema de control, hace que se cuestione el desvalor de la conducta de los encartados más no el desvalor de resultado, puesto que no impactó en el bien jurídico tutelado del

“Servicio” en tanto no lo expuso efectivamente en peligro de lesión ni mucho menos lo daño. Aunado a la existencia de autorización para realizar el acompañamiento que implicó la salida de la jurisdicción.

Con todo esto la Sala advierte que la conducta de los **PT. OSCAR DAVID OJEDA HERRERA y PT. BOLNEIS YAIR ORTEGA OROZCO** -de desplazarse por fuera de la jurisdicción asignada- es reprochable y posiblemente sancionable desde la esfera disciplinaria, pero a partir de la perspectiva de lesividad en punto de la antijuridicidad material no encuentra correspondencia para predicar un desvalor de resultado por el que se les pueda imponer una sanción penal. Ello en razón a no haberse probado que, por su salida de la jurisdicción asignada bajo un espacio geográfico, con ello los **PT. OSCAR DAVID OJEDA HERRERA y PT. BOLNEIS YAIR ORTEGA OROZCO** no dejaron de cumplir o pusieron efectivamente en peligro el cumplimiento de sus funciones de seguridad y vigilancia.

De contera, el recurso impetrado por el defensor está llamado a prosperar, atendiendo además en esta oportunidad la solicitud hecha por el respetado Procurador 2 Judicial II de Apoyo a Víctimas actuante ante esta instancia, pues confirmar la decisión condenatoria sería amén de lo dicho, contrariar el principio de intervención mínima, conforme al cual el derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la

conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo, noción en la que se integran postulados como el carácter fragmentario del derecho penal y el de *última ratio* y su naturaleza subsidiaria o accesorio, acorde con los cuales el derecho penal es respetuoso y garante de la libertad de los ciudadanos, y en razón a ello sólo ha de intervenir en casos de especial gravedad y relevancia siempre que afecte o ponga realmente en peligro los bienes jurídicos protegidos y cuando, los demás medios de control resultan inútiles para prevenir o solucionar los conflictos, esto es, reclamando como necesaria la intervención del derecho penal, en otras palabras, ante la insignificancia de la agresión, o la levedad suma del resultado, es inútil o innecesaria la presencia de la actividad penal²⁶.

Por lo tanto, no es suficiente que el individuo sujeto a la ley penal haya ejecutado un hecho tipificado en la misma para que pueda hacérselo responsable, sino que es indispensable que se le pruebe el elemento subjetivo mediante una valoración de la conducta en los términos ya anotados, al igual que la afectación real o potencial del bien jurídico, y sólo a partir de esa comprobación puede hablarse de la comisión de una conducta sancionable, lo que aquí no sucedió.

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de agosto de 2005, Rad. 18609, citada en la del 26 de abril de 2006, Rad. 24612.

Sin más consideraciones y en mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior Militar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IX. RESUELVE

PRIMERO: ATENDER los argumentos de la defensa, y en consecuencia **REVOCAR** íntegramente la sentencia del 03 de julio de 2019 proferida por el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Bogotá, por medio de la cual se condenó a los **PT. OSCAR DAVID OJEDA HERRERA y PT. BOLNEIS YAIR ORTEGA OROZCO**, para en su lugar **ABSOLVERLOS** de toda responsabilidad penal por la presunta comisión del punible de Abandono del Puesto, de conformidad con los planteamientos esbozados en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: PROCEDE contra la presente providencia el recurso de casación, que podrá interponerse dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de esta decisión, conforme lo establece el art. 370 y siguientes de la Ley 522 de 1999²⁷.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el proceso al Juzgado que corresponda para los fines

²⁷ En concordancia con las sentencias radicadas 34820 del 15 de septiembre de 2010 MP. DR. YESID RAMIREZ BASTIDAS y 42519 del 11 de diciembre de 2013 MP. JOSE FERNANDO CASTRO CABALLERO, Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia.

pertinentes, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

Coronel ROBERTO RAMÍREZ GARCÍA
Magistrado Ponente

Coronel JOSÉ ABRAHAM LÓPEZ PARADA
Magistrado

Teniente Coronel JORGE NELSON LÓPEZ GALEANO
Magistrado

Abogada BERLEDIS BANQUEZ HERAZO
Secretaria