

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala : Segunda de Decisión
Magistrado ponente: **CR. ROBERTO RAMÍREZ GARCÍA**
Radicación : 159235-023-I-023-EJC
Procedencia : Juzgado 7° de Brigada del
Ejército Nacional
Procesados : **CT. DÍAZ GARZÓN JUAN IGNACIO**
SP. NARVAEZ JURADO DIDIER FABIAN
Delito : Ataque al inferior y lesiones
personales
Motivo de alzada : Apelación sentencia
condenatoria
Decisión : Confirma decisión

Bogotá D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil
veintidós (2022).

ASUNTO A RESOLVER

Procede la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, a resolver el recurso de apelación impetrado por la defensa del procesado CT. DÍAZ GARZÓN y del SP. NARVAEZ JURADO contra la sentencia de calenda 04 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Penal Militar de Brigada del

Ejército Nacional, a través de la cual, condenó al **CT. DÍAZ GARZÓN JUAN IGNACIO** a la pena de diecisiete (17) meses de prisión por la comisión del concurso homogéneo del punible de ATAQUE AL INFERIOR y en concurso heterogéneo con el delito de LESIONES PERSONALES, sin conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal y condenó al **SP. NARVAEZ JURADO DIDIER FABIAN** a la pena principal de catorce (14) meses de prisión por la comisión del punible de ATAQUE AL INFERIOR en concurso homogéneo, absolviéndolo por el delito de LESIONES PERSONALES, sin conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

Está condensada en el fallo de primera instancia, en los siguientes términos:

*"El día 10 de mayo de 2016, en el Batallón de ASPC No. 9 ubicado en Neiva-Huila, dentro de un llamado de atención por haber golpeado al SLR. COTACIO MAHECHA KEEVIN JAIR, el Capitán DIAZ GARZON JUAN IGNACIO y el Sargento Primero NARVAEZ JURADO DDIERA FAVIAN, en condición de Comandante y Régimen Interno de la Compañía de Policía Militar, respectivamente, en medio de insultos, empujaron, encuellaron y golpearon a los Soldados Bachilleres CAÑÓN TRUJILLO EMANUEL, DÍAZ VALENCIA CAMILO ANTONIO Y AVILÉS PENAGOS EDWIN JAVIER."*¹.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

¹ Folio 677 C.O. 4

3.1. Por los hechos aludidos el Juzgado 64 de Instrucción Penal Militar, mediante auto de fecha 31 de agosto de 2016, dispuso el inicio de una indagación preliminar en contra de los señores CT. DÍAZ GARZÓN JUAN IGNACIO y SP. NARVAEZ JURADO DIDIER FABIAN, delito por establecer².

Tras el recaudo de prueba documental y testimonial, el mismo despacho ordenó, mediante auto de fecha 24 de octubre de 2016, iniciar formal investigación contra los señores CT. DÍAZ GARZÓN JUAN IGNACIO y SP. NARVAEZ JURADO DIDIER FABIAN³; vinculándolos al proceso por medio de diligencia de indagatoria⁴, imputándoseles los delitos de ataque al inferior y lesiones personales.

3.2- La situación jurídica provisional de los procesados fue resuelta el 02 de enero de 2017, absteniéndose de imponer medida de aseguramiento alguna en su contra, por los delitos de ataque al inferior y lesiones personales⁵.

3.3- Una vez culminada la instrucción, las diligencias fueron remitidas a la Fiscalía 19 Penal Militar el 12 de enero del año 2018⁶, la que mediante auto del 18 de junio de la misma anualidad⁷ devolvió el plenario al

² Folio 12 C.O 1.

³ Folio 33 C.O 1.

⁴ Folio 74 C.O. 1 Indagatoria SP. NARVAEZ, folio 111 C.O. 1, Indagatoria CT. DÍAZ.

⁵ Folio 184 C.O 1.

⁶ Folio 315 C.O. 2.

⁷ Folio 318 *Ibidem*.

funcionario instructor a fin de que practicara varias pruebas.

Habiéndose practicado las pruebas ordenadas el expediente fue remitido nuevamente a la Fiscalía 19 Penal Militar el 28 de febrero de 2019⁸, misma que cerró el ciclo instructivo a través de auto de trámite del 15 de abril de la misma anualidad⁹.

3.4- El mérito sumarial fue calificado el 04 de junio de 2019¹⁰, ello en el sentido de proferir resolución de acusación en contra del **CT. DÍAZ GARZÓN JUAN IGNACIO** por el punible de ataque al inferior en las personas de los SLB. CAÑON TRUJILLO EMANUEL, SLB. DÍAZ VALENCIA CAMILO y SLB. AVILES PENAGOS EDWIN JAVIER y por el punible de lesiones personales dolosas en la persona del SLB. DIAZ VALENCIA CAMILO ANTONIO y en contra del **SP. NARVAEZ JURADO DIDIER FABIAN** por el punible de ataque al inferior en las personas de los SLB. CAÑON TRUJILLO EMANUEL y SLB. DÍAZ VALENCIA CAMILO y por el punible de lesiones personales dolosas en la persona del SLB. DÍAZ VALENCIA CAMILO ANTONIO.

Ejecutoriada la anterior decisión, el plenario fue enviado al Juzgado Séptimo Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional, estrado judicial que el 23 de julio de 2019¹¹ decretó la iniciación del juicio y

⁸ Folio 480 C.O. 3.

⁹ Folio 482 *Ibidem*.

¹⁰ Folio 517 *Ibidem*.

¹¹ Folio 619 C.O. 4.

ordenó correr traslado a los sujetos procesales por el término de ley para las solicitudes probatorias.

3.5- Posteriormente, el referido Juzgado de Instancia fijó fecha para la celebración de la audiencia de Corte Marcial, la cual se llevó a cabo el 01 de octubre de 2019¹², profiriéndose la sentencia condenatoria de primer grado el 04 de octubre de 2019¹³, fallo apelado por la defensa de cada uno de los procesados, que son el objeto del actual pronunciamiento.

IV. PROVIDENCIA RECURRIDA

La Juez 7° Penal Militar de Brigada, en su providencia, luego de sintetizar el episodio fáctico cuestionado, identificar a los procesados, señalar la imputación jurídica de la acusación y la intervención de las partes en audiencia, continuó con la valoración probatoria y consideraciones jurídicas.

Empezó con el análisis del punible de ataque al inferior endilgado a ambos procesados, señalando que el Oficial y Suboficial eran orgánicos del Batallón de ASPC No. 9 "Cacica Gaitana" para la fecha de los hechos y se encontraban legalmente incorporados al Ejército Nacional, el CT. DÍAZ ascendió como Subteniente el 14 de noviembre de 2007 y el SP. NARVAEZ obtuvo su graduación como Suboficial el 28 de febrero de 1995, se desempeñaban como Comandante de la

¹² Folio 672 C.O. 4.

¹³ Folio 677 C.O. 4.

Compañía Policía Militar y Régimen Interno de la Compañía Policía Militar, respectivamente.

En relación con los soldados bachilleres CAÑON TRUJILLO EMANUEL, DÍAZ VALENCIA CAMILO y AVILES PENAGOS EDWIN JAVIER, refirió que eran orgánicos de la misma unidad militar siendo desacuartelados el 4 de junio de 2016 por tiempo de servicio militar cumplido, por lo que conforme el artículo 6 del Decreto 1790 de 2000 los procesados ostentaban la condición de superior jerárquico respecto de los soldados bachilleres, en relación con la exigencia del tipo penal como sujeto activo calificado en relación con los ofendidos.

Respecto al ataque por vías de hecho, realizado por los procesados en contra de los soldados bachilleres, adujo el *a-quo* que a través de las copias de la investigación disciplinaria obra informe rendido por el Jefe de Estado Mayor de la Novena Brigada, donde señala que los soldados aseguran fueron agredidos verbal y físicamente por los procesados y adjuntó fotos en donde se evidenciaban los supuestos golpes.

En ese mismo sentido, manifestó que la materialidad de ataque estaba soportada en los testimonios de los soldados bachilleres ofendidos, los cuales: *"han sido claros y coincidentes en señalar que el día 10 de mayo de 2016, fueron objeto de maltratos físicos y verbales por parte del CT. DIAZ GARZON y el SP. NARVAEZ JURADO, durante un llamado de atención que estos les hicieran debido a que*

el SLB. CAÑON TRUJILLO EMANUEL golpeó al SLC. COTACIO MAHECHA KEVIN JAIR, toda vez que la noche anterior se habían evadido de las instalaciones militares y sobre las 05:00 horas, COTACIO MAHECHA, quien fungía como centinela del puesto No. 15 los sorprendió cuando estaban ingresando nuevamente al Batallón y le informó lo sucedido al Oficial”¹⁴

Indicó que, en contraposición a las versiones ofrecidas por los ofendidos, están las indagatorias de los procesados, en donde el SP. NARVAEZ señaló que se le acusó de algo que no ocurrió y que sólo fue un llamado de atención a los soldados por parte del CT. DÍAZ por una falta que habían cometido, negando haberse golpeado a los soldados y adjuntando una copia de una declaración notarial firmada por los tres soldados, declarándose inocente de los cargos, versión que igualmente mantuvo en corte marcial al ser interrogado.

El CT. DÍAZ, por su parte señaló que luego que los ofendidos agredieran al centinela COTACIO, fue con el SP. NARVAEZ y ST. FONSECA a buscarlos al alojamiento y respetuosamente sin acoso fueron llamados fuera en donde se les hace un llamado de atención, sin tomar contacto físico verbal o psicológico, tachando de falsas acusaciones lo denunciado por los soldados y que ninguno de los mandos tomó una conducta de abuso de autoridad, declarándose inocente de los cargos porque en ningún momento se les agredió física, verbal

¹⁴ Folio 691 C.O. 4.

ni psicológicamente y *"Durante la audiencia asegura que uno de los Soldados encaró al SP. NARVAEZ, así que lo tomo de la guerrera, este tropieza y caen al piso y niega que haya habido alguna agresión"*¹⁵.

Prosiguió el *a-quo*, en contraste a las afirmaciones de los procesados refiriendo el testimonio del ST. FONSECA, quien es el único testigo presencial de los hechos y quien señaló: *"cuando yo llegue mi CT. DIAZ y el SP. NARVAEZ tenían a los tres soldados en civil, detrás del KEISPAN, pues mi capitán los estaba regañando y atalajando y entre cruce de palabras mi capitán le dio malgenio y cogió a uno, al soldado DIAZ VALENCIA y lo encuello y lo tiro al piso, en eso uno de los soldados le dijo que no le pegara que, porque le pegaba y el sargento NARVAEZ le pego una cachetada a otro soldado, los soldados se pusieron a llorar y ya de ahí él los mando a cambiar"*¹⁶

Frente a los alegatos que en audiencia de corte marcial expusieron los defensores de los procesados para restarle veracidad a los testimonios aducidos al plenario, concluyó que la decisión no dependía exclusivamente de los testimonios de los ofendidos sino de un análisis conjunto del acervo probatorio.

Determinó el *a-quo*, que existió un concurso homogéneo del delito de ataque al inferior, *"pues los mencionados Oficial y Suboficial con varias acciones ejecutaron varias veces el mismo tipo penal en diferentes ofendidos, donde la adecuación típica plural surgió de múltiples*

¹⁵ Folio 692 C.O. 4.

¹⁶ Folio 693 C.O. 4.

comportamientos realizados en sucesión temporal transcurrida dentro del llamado de atención, así que nos encontramos frente a un hilo conductor de naturaleza objetiva que cohesiona aquella pluralidad de comportamientos ejecutados por los mismos sujetos activos, adecuándose las conductas repetidamente al mismo tipo penal de ataque al inferior, con diferenciación de sujetos pasivos con diversos ataques por vías de hecho propinados por DIAZ GARZON a tres soldados (CAÑON TRUJILLO, DÍAZ VALENCIA y AVILES PENAGOS), mientras el Suboficial NARVAEZ JURADO atacó a CAÑON TRUJILLO y DIAZ VALENCIA.”¹⁷

Igualmente, indicó el fallador de primera instancia, que los hechos fueron desarrollados en cumplimiento de actos del servicio, los implicados cumplían labores propias del servicio, derivadas de la ocupación castrense, por ende el comportamiento desplegado por los procesados se adecuó de manera objetiva a la descripción típica del delito a través de empujones, derribos, poner la rodilla en el pecho y encuellar, propinar empujones y bofetadas, ejecutando el verbo rector establecido en el tipo penal de ataque al inferior.

En torno al elemento subjetivo del tipo, señaló el a-
quo que, al ser de carácter exclusivamente doloso de acuerdo con las probanzas se encuentran demostrados el conocimiento y voluntad, al indicar que los procesados recibieron instrucción de justicia penal militar aunado a la experiencia como militares, que

¹⁷ Folio 695 C.O. 4.

se desprende de sus hojas de vida, el CT. DÍAZ contaba con 10 años de servicio y el SP. NARVAEZ con más de 22 años, lo que hacía que comprendieran la ilicitud de su comportamiento y las consecuencias jurídicas de su actuar, *"eran conscientes de que no podían atacar por vías de hecho a sus subalternos."*¹⁸

Frente a la antijuridicidad señaló, que al ser un delito de peligro el bien jurídico tutelado corresponde a la disciplina, el cual fue trasgredido por los procesados dado que al ostentar los cargos de Comandante y Régimen Interno de la Compañía de Policía Militar les asistía el deber de velar por la disciplina de la unidad militar y contrario a ello menoscabaron el bien jurídico, pese a que el comportamiento de los soldados requería un llamado de atención, este debió hacerse dentro de los parámetros del respeto y dentro de los correctivos que la institución castrense consagra para el efecto.

Manifestó el juzgador de primera instancia que teniendo en cuenta que a partir de los ataques referidos los procesados generaron lesiones en los ofendidos SLB. DÍAZ VALENCIA y SLB. CAÑON TRUJILLO, último que en audiencia de conciliación desistió de la acción penal, por lo que los procesados fueron objeto de acusación por las lesiones personales causada al SLB. DIAZ VALENCIA CAMILO ANTONIO, inició el análisis del tipo penal, señalando que la tipicidad

¹⁸ Folio 696 C.O. 4.

se encuentra descrita en el artículo 111 y 112 inciso primero del Código Penal, del cual se hace remisión del artículo 171 de la Ley 1407 de 2010 y la materialidad de la conducta se encuentra soportada en el dictamen médico legal realizado con soporte en la historia clínica aportada por el establecimiento de Sanidad Militar.

A partir del dictamen elaborado, la historia clínica y la versión del ofendido, concluyó el *a-quo* que no es posible atribuir responsabilidad penal al SP. NARVAEZ JURADO, *"toda vez que las lesiones determinadas en el dictamen médico legal no tiene relación con los golpes que el Suboficial le asestó"*¹⁹, para proceder a la absolución por este punible, al mencionado Suboficial.

Con relación a la acusación por el delito de lesiones personales ocasionadas por el CT. DIAZ GARZÓN al SLB. DÍAZ VALENCIA, refirió tanto el dictamen médico legal como la historia clínica de Sanidad Militar, la declaración rendida por el ofendido, el testimonio del Jefe de Estado Mayor de la Novena Brigada a quien los soldados le informaron sobre el maltrato recibido anexando fotografías de ello, situación que en audiencia fue confirmada por la médico que los valoró en su oportunidad como también lo ratificó el Suboficial de Contrainteligencia quien tomó las fotos el mismo día de los hechos.

¹⁹ Folio 702 C.O. 4.

Frente a las manifestaciones de los defensores con relación a que las lesiones pudieron ser producto de la riña con el SLR. COTACIO MAHECHA, el *a-quo* señaló que se estaba haciendo relación a las sufridas por el SLB. DÍAZ VALENCIA y que el único de los defendidos que resulto golpeado del enfrentamiento con COTACIO fue el SLB. CAÑON TRUJILLO y así lo corroboro el SLR. COTACIO en declaración rendida dentro del proceso de ataque al centinela que se sigue contra el SLB. CAÑON TRUJILLO y dentro de la investigación disciplinaria.

Señaló que, la conducta desplegada por el CT. DÍAZ GARZÓN tenía la intención inequívoca de afectar la integridad física del soldado, por lo que permite inferir que el actuar fue doloso, soportado en las declaraciones de los ofendidos, así como en el documento que fue allegado por el SP. NARVAEZ JURADO en su injurada y que fue suscrito ante la Notaria 3 del Círculo de Neiva por los ofendidos, en el que indicaban que no habían sufrido ningún ataque por parte de los procesados, pero del cual posteriormente en declaración tachan de falso porque sí sufrieron golpes y maltrato físico y verbal por parte de los enjuiciados y del que manifiestan que firmaron el documento pero sin leerlo, situación que ha negado el CT. DIAZ.

En punto de la antijuridicidad, expresó que se tiene certeza que la conducta del CT. DÍAZ lesionó el bien jurídicamente tutelado de la integridad personal del SLB. DÚIAZ VALENCIA, soportado en el dictamen médico

legal. Situación frente a la cual no existe causal de justificación pese a haber negado ser el causante de los golpes y demás actos que atentaron contra la integridad de los soldados, porque esta desvirtuado no solo con la versión de los sujetos pasivos de la acción y del testigo, quienes señalan que el CT. DIAZ participó activamente de los maltratos.

En torno a la culpabilidad, indicó:

*"se analizará para los dos punibles contenidos en el escrito calificadorio, indicando que del material probatorio recaudado no se observa la concurrencia de un error en la comprensión de ilicitud de su comportamiento por parte de los procesados, destacando que se trata de unas persona sanas, pues superaron todos loes exámenes físicos y psicológicos requeridos para hacerse Oficial y Suboficial del Ejército Nacional; de igual forma, es válido señalar que no obra prueba dentro del plenario que demuestre que DIAZ GARZON o NARVAEZ JURADO presentaran trastorno mental o inmadurez psicológica para la fecha de los hechos, por el contrario se trata de personas mayores de edad con total uso de razón y por tanto imputables jurídicamente."*²⁰

Finalmente concluyó que la conducta desplegada por los procesados fue típica, antijurídica y con implicaciones de responsabilidad, el CT. DÍAZ GARZON JUAN IGNACIO por concurso homogéneo del punible de ataque al inferior en los Soldados Bachilleres CAÑON TRUJILLO EMANUEL, DÍAZ VALENCIA CAMILO ANTONIO y AVILES PENAGOS EDWIN JAVIER, en concurso heterogéneo

²⁰ Folios 706 a 707 C.O. 4.

con lesiones personales sobre DÍAZ VALENCIA CAMILO ANTONIO y el SP. NARVAEZ JURADO DIDIER FABIAN por concurso homogéneo del punible de ataque al inferior en los Soldados Bachilleres CAÑON TRUJILLO EMANUEL y DIAZ VALENCIA CAMILO ANTONIO.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

5.1 En primer orden, el Doctor **JOHN FREDY QUIÑONES MONTAÑA** en su condición de **defensor** del **CT. DÍAZ GARZÓN JUAN IGNACIO**, presentó y sustentó en términos recurso de apelación²¹ contra el fallo de calenda 04 de octubre de 2019, deprecando la revocatoria del mismo para en su lugar proferir sentencia absolutoria.

Centró el desacuerdo con la decisión, señalando que el ataque por vías de hecho no se encuentra debidamente acreditado en el expediente, para ello del escrito se extraen tres aspectos que pueden resumirse así: i) credibilidad e imparcialidad de los testigos de cargos; ii) ausencia de antijuridicidad en el tipo penal de ataque al inferior y duda probatoria y iii) estado de necesidad como causal de ausencia de responsabilidad.

i) Credibilidad e imparcialidad de los testigos de cargos.

²¹ Folios 728 a 746 C.O. 4.

El defensor comenzó por exponer contradicciones existentes en los testimonios de cargo referidos por el *a-quo* en su decisión, de los cuales indicó, no es posible evidenciar una efectiva lesión al bien jurídico tutelado de la disciplina y que materializan una duda que debió despacharse a favor de su defendido.

Inició refiriendo algunos apartes de los testimonios de cargo del fallo, esto es, los rendidos por los soldados bachilleres CAÑON TRUJILLO, DÍAZ VALENCIA y AVILES PENAGOS, para señalar que, *"según la Juzgadora de Primer Grado, estas versiones son plena prueba para emitir fallo condenatorio y aunque afirma asistirle razón al suscrito defensor en cuanto al hallazgo de algunas discrepancias en las testificales, el Despacho no consideró que tales contradicciones desdibujaran la realidad de lo acontecido; (...) como las pruebas de testimoniales de cargo se contradicen y faltan a la verdad, sus declaraciones brillan más por lo fantasioso e imaginativo que por lo real"*²²

A renglón seguido, expuso de manera gráfica a través de un cuadro comparativo, algunos apartes de los testigos de cargo, identificado lo plasmado en el informe de hechos que presentaron, la primera declaración que rindieron y la ampliación de esta, para resaltar las contradicciones que entre uno y otro evento se suscitaron y quedaron plasmadas en las respectivas actuaciones.

²² Folio 730 C.O. 4.

Señaló que, debe el Tribunal apreciar la credibilidad e imparcialidad de los relatos expuestos por los tres testigos sumado al del ST. FONSECA LOZANO, *"en quienes confluyen importantes razones para faltar a la verdad, exagerarla y distorsionarla. No es posible que tres personas que fueron testigos de los mismos hechos se contradigan de tal manera, al inicio narran fueron sacados por la fuerza del alojamiento, para posteriormente señalar que fueron llamados o sacados, sin exponer señales de violencia en tal actuar."*²³

Frente a este aspecto, el defensor adujo que, *"Estas contradicciones o discrepancias como lo narra la providencia censurada, si son relevantes y lo son en tanto y en cuanto, narran con claridad lo ocurrido la noche de los hechos, entre los testigos por lo menos debió converger el presunto ataque de que fueron objeto DIAZ o CAÑÓN, al haber sido lanzado al piso y agredidos poniendo el pie, bota o rodilla en el pecho, rostro o abdomen de las aparentes víctimas(sic); pero vemos que entre ellos no existe identidad de hechos y acciones, sino que cada uno converge en el ataque, no así en la forma y circunstancias en que el mismo al parecer tuvo lugar."*²⁴

ii) Ausencia de antijuridicidad en el tipo penal de ataque al inferior y duda probatoria.

Manifestó que su defendido estaba en la obligación de llamar la atención a sus subordinados y no los atacó

²³ Folio 736 C.O. 4.

²⁴ Folio 737 C.O. 4.

en ningún momento y menos en la forma en que los Soldados a su acomodo manifestaron ser afectados en su corporalidad.

Expresó que el derecho penal cumple una función subsidiaria y que para el caso en concreto fue activado de manera apresurada debiendo acudir a otros estadios como el disciplinario y evitar un desgaste innecesario del sistema penal. Que conforme a la definición de ataque en ningún momento su defendido *"emprendió una ofensiva contra las presuntas víctimas o perjudicó o atento contra la humanidad de estos"*, su intención se limitó a llamar la atención de los tres soldados.

De lo acaecido refirió el defensor que era necesario verificar el daño o peligro a los intereses del individuo o colectividad protegidos por la norma y para ello conforme la norma penal militar (artículo 17, Ley 522 de 1999) se requiere que se lesione o ponga efectivamente en peligro sin justa causa el bien jurídicamente tutelado por la ley penal, aduciendo igualmente el principio de lesividad.

Por tanto, alegó el defensor que el hecho de evitar un conflicto entre los soldados víctimas, el centinela y el SP. NARVAEZ, no es suficiente para que se agoten los ingredientes normativos del tipo penal de ataque al inferior como tampoco para el de lesiones personales del SLB. DÍAZ VALENCIA.

Señaló el apelante, que la prueba testimonial recaudada refleja, que no se da la dimensión de una efectiva lesión al bien jurídico tutelado de la disciplina, refirió para ello los testimonios de los Soldados IPUZ CANACUE y OROZCO MOSQUERA que fueron aducidos por el fallador en la providencia apelada para indicar que *"en nada influyen para restar credibilidad a lo manifestado por los ofendidos, pues se limitan a decir que no observaron el momento en que se produjeron las supuestas agresiones."*, lo cual refutó el defensor diciendo que, los testigos en mención habían sido enunciados por los ofendidos, pero ninguno fue testigo presencial de los hechos, entonces porque el juzgador les resta credibilidad y señaló que nuevamente el *a-quo* utilizó la sana crítica para invertir la carga de la prueba y no aplicar el principio del *in dubio pro reo*.

iii) Estado de necesidad como causal de ausencia de responsabilidad.

En torno a este aspecto, adujo el apelante que el *a-quo* ignoró que el ST. FONSECA LOZANO narró el presunto ataque por vías de hecho de su defendido a DIAZ VALENCIA, *"mientras este nada dijo al respecto de la forma en que presuntamente fue arrojado el piso y lanzársele encima el oficial, forzoso resulta entonces indicar, que CAÑÓN TRUJILLO, señala que fue a él quien DÍAZ GARZÓN arrojó al piso, poniéndole la rodilla en el pecho."*²⁵, indicando que el juez de instrucción no

²⁵ Folio 740 C.O. 4.

consiguió llevar al convencimiento más allá de toda duda razonable de su defendido en la responsabilidad penal de la que fue acusado por el delito de ataque al inferior, al tiempo de plantear como hipótesis defensiva un estado de necesidad al tratar de proteger la humanidad del SP. NARVAEZ de la agresión de las presuntas víctimas conforme expuso en Corte Marcial el SS. PLAZAS CASTRO.

Para argumentar la causal, el defensor refirió los testimonios del CT. OSPINA TEJADA y el SP. CARVAJAL RICO de quienes aduce son testigos de segundo orden que repiten lo narrado por las víctimas y con el testimonio del SLB. COTACIO señaló que no indicó que hubiese maltrato del personal militar y la evasión de los soldados ofendidos quienes intentaron agredirlo y luego huyeron.

Conforme a ello, señaló que no puede aceptarse que las víctimas estaban actuando bajo el imperio de la ley por cuanto se habían evadido durante la noche y posteriormente herido al centinela y, *“De ello se puede concluir que incluso para las presuntas víctimas el comportamiento del Capitán fue una reacción impulsiva, producto de la situación que había precedido cuando agredieron al Soldado KEVIN JAIR COTACIO MAHECHA y la tentativa en atentar contra la integridad del SP, NARVAEZ JURADO, que en últimas fue lo que condujo a esta reacción instintiva de mi defendido, queriendo evitar*

futuras agresiones e infracciones a la ley penal por parte de los tres evadidos."²⁶

Señaló que, el silencio del procesado no puede ser utilizado en su contra y no puede censurarse su presunción de inocencia y que todo el batallón había sido testigo y su defendido confió en que FONSECA LOZANO diría la verdad y por ello no se interesó en traer al proceso más testigos, pero con sorpresa encontró que FONSECA declaró aspectos contrarios a la realidad, por ello el *a-quo* al criticar la omisión de su defendido en la injurada es violatorio del debido proceso y contrario al derecho de defensa.

También señaló, que la sentencia estructuró el juicio de valor en el testimonio del ST. FONSECA, pero que en armonía con los demás medios de prueba se evidencia que ese testimonio no corresponde con la realidad, dado que el testigo tenía motivos para faltar a la verdad, pues al parecer el testigo tenía "recelo profesional hacia el SP. NARVAEZ JURADO, como claramente lo expuso en la audiencia de Corte Marcial este Suboficial, logrando su cometido, pues ante los hechos y la remoción del Capitán DÍAZ GARZÓN, este testigo asumió el cargo de Comandante."²⁷

Conforme a ello, indicó que el testimonio del ST. FONSECA, no fue analizado bajo la sana crítica, resultando restrictivo lo favorable para los

²⁶ Folio 741 C.O. 4.

²⁷ Folio 743 C.O. 4.

procesados, el testimonio que dio fue un año después de los hechos y asombra la memoria para los apellidos de los soldados implicados cuando tiene más de 100 hombres a su cargo.

Adujo que, analizados esos testimonios con la versión del SS. CASTRO en audiencia, su defendido solamente quiso evitar el estado de excitación de las aparentes víctimas para que no pasara a mayores, no sólo agrediendo al Soldado COTACIO sino también al Sargento NARVAEZ y por tanto señaló, que no ve afectada la disciplina, *"por cuanto como quedó probado, las presuntas víctimas al estar alteradas pretendieron agredir físicamente al Sargento NARVAEZ JURADO, evitando el oficial DÍAZ GARZÓN tal actuar injusto."*²⁸

Para concluir expresó:

"No encuentra entonces la defensa, cómo evitar una agresión a un Suboficial por parte de tres (3) soldados bachilleres, que ya habían lesionado brutalmente a un centinela y se habían evadido en reiteradas oportunidades del cantón militar, pueda constituir un acto grosero, manifiesto, arbitrario o injusto.

Aquí no nos enfrentamos a una vía de hecho por parte del oficial, nos enfrentamos a una vía de hecho por parte de las tres presuntas víctimas, quienes, gracias a un ardid, evadieron el accionar de la Justicia, pues salieron abantes sus pretensiones de obtener conducta excelente y evitar el proceso penal militar y disciplinario que enfrentarían por la evasión del puesto. (...).

²⁸ Folio 745 C.O. 4.

Llamarles la atención a las presuntas víctimas, evitar una agresión mayor y compelerlos al cumplimiento y respeto por la disciplina, no puede ser objeto de sanción penal.”²⁹

5.2 Por su parte, el Doctor **EDUARDO ROJAS LÓPEZ**, en su condición de **Defensor** del acusado **SP. NARVAEZ JURADO DIDIER FABIAN**, dentro del término de ley, en igual sentido y contra la sentencia referida, presentó recurso de apelación³⁰ solicitando a la Corporación que se revoque la decisión y en consecuencia se absuelva a su defendido de los cargos imputados.

Argumentó el defensor su disenso en que no se acreditó con certeza más allá de toda duda razonable que el ataque existió (inexistencia del hecho) procediendo a examinar la sentencia recurrida en tres aspectos que denominó: i) análisis de la prueba testimonial, ii) análisis de los dictámenes periciales y iii) trascendencia de los yerros del a-quo.

i) Análisis de la prueba testimonial.

Frente a este punto, referenció el artículo 545 de la Código Penal Militar, el artículo 403 y 404 de la ley 906 de 2004 y conceptos de la doctrina y la jurisprudencia en relación con la eficacia de la prueba testimonial, para señalar al igual que su homólogo, que el a-quo no explicó por qué son

²⁹ Folio 745 C.O. 4.

³⁰ Folios 747 a 776 C.O. 4.

salvables las contradicciones de los testigos entre sí y entre las versiones del mismo testigo.

Alegó que, el fallo aduce contradicciones que se explican por el paso del tiempo y el supuesto hecho de exaltación y angustia, ante lo cual refiere interrogantes entorno a si el paso de tiempo puede ocasionar no saber quién produjo el ataque, a quién su defendido agredió y a quién no, o si fue solo verbal o si el agredido fue el mismo u otra persona.

Adujo que, los testigos víctimas tienen un interés directo en la declaración porque incurrieron en faltas a la disciplina militar que pueden generar un interés en falsear o exagerar la situación para minimizar las faltas propias y plantea ante ello los siguientes interrogantes: *"¿Considero(sic) el Juzgador una hipótesis distinta? (sic) Considero(sic) el juzgador un acuerdo de los testigos para trasladar sus responsabilidades a los acá enjuiciados? (sic) Considero(sic) el juzgador que la supuesta agresión que afirman se les causo mejoraría su situación reprochable?"³¹*

Prosiguió indicando, que era necesario establecer si los testigos merecían credibilidad frente a la supuesta agresión de su defendido, para ello al igual que su homólogo, refirió mediante cuadro comparativo, apartes de las declaraciones y ampliaciones dadas por los Soldados CAÑON TRUJILLO,

³¹ Folio 756 C.O. 4.

DÍAZ VALENCIA y AVILES PENAGOS así como la del ST. FONSECA para resaltar que, *"Es claro, que las discordancias, restan fuerza al testimonio, en cuanto denotan falta de veracidad porque de ser ajustadas a la realidad serian similares. No basta con decir que todos dicen que fueron agredidos para dar credibilidad al testimonio son los detalles concordantes o no del mismo lo que les da fuerza o se los resta."*³²

En punto a si su defendido agredió o no, adujo que es pertinente establecer si existe o no concordancia en la descripción de dichos hechos, pero lo que se encuentran son versiones múltiples y disímiles que generan poca veracidad. Para ello mencionó la declaración del Soldado AVILES PENAGOS como la más cercana al tiempo de los hechos quien manifestó que su defendido nunca utilizó palabras ofensivas pero que su dicho se contradice posteriormente y en el mismo sentido el testimonio del Soldado DÍAZ VALENCIA.

Indicó, que no existe ninguna concordancia sobre la presunta agresión y que los testigos que mencionaron las víctimas no corroboran sus dichos y manifestaron no conocer las agresiones, por tanto, dice el defensor se queda con las declaraciones de las víctimas, *"quienes incurrieron en actos de indisciplina, y tienen interés en tergiversar la situación para evitar las consecuencias adversas e incluso beneficiarse de alguna eventual indemnización dentro del proceso."*³³

³² Folio 761 C.O. 4.

³³ Folio 767 C.O. 4.

Manifestó que, haber ordenado la remoción de los procesados es violatoria de los reglamentos por atender el acto de indisciplina bajo una corrupción que nunca se comprobó y enunció una serie de circunstancias que a su juicio demuestran la inocencia de su defendido:

-En el acuerdo notarial nunca estuvo presente su defendido y si hubiese tenido algún grado de responsabilidad este hubiese aportado alguna suma de dinero, pero no se registra ningún hecho al respecto.

-En la reunión realizada en el comando del batallón se suscribió un acta donde se denunciaron los hechos y su defendido no estuvo presente, reunión que hacía parte de un acuerdo frente a las presuntas lesiones sufridas por los soldados.

-En declaración el SP. CARVAJAL RICO manifestó que ante la reunión con el Coronel no fue mencionado su defendido ni la agresión que realizó.

-En declaración el ST. FONSECA mencionó que el Coronel le llamo la atención al CT. DÍAZ y sobre el acuerdo o indemnización por los daños ocasionados que daría, pero cuestiona que a su defendido no le llamaron la atención ni le pidieron explicaciones, entonces cuál sería su participación.

Prosigue haciendo énfasis de las relaciones de su defendido con los testigos para indicar, que todas las circunstancias:

"ponen de presente que la ausencia de mi representado en los diferentes episodios tiene explicación en su ausencia de responsabilidad. Si tuviese algún grado de responsabilidad, la norma de la experiencia pone de presente que si hubiese tenido alguna responsabilidad, habría tratado de conciliar o minimizar los eventuales daños causados. De otra parte las relaciones de mi representado tanto con las presuntas víctimas como con los testigos de cargo NO eran las mejores y que por el contrario existían rencillas y rencor por su manera de ejercer la disciplina. Lo anterior evidencia (aparte de las evidentes contradicciones) móviles suficientes para tratar de endilgarle responsabilidad."³⁴

ii) Análisis de los dictámenes periciales.

Señaló el defensor que el tipo penal endilgado a su defendido es de mero peligro y que "la materialidad de la Conducta en el presente caso en que se endilgan golpes, como Cachetadas implican que necesariamente se afecte el mundo exterior, es decir que se dejen marcas o huellas en la humanidad de las supuestas víctimas, pues resultaría inverosímil que un golpe de dicha entidad, - si bien no genere incapacidad médico legal- no afecte o deje marca o rastro alguno que corrobore los testimonios", por tanto, "contrario a lo que se supondría, no existe ningún elemento médico legal, que permita establecer ese rastro o huella, con lo cual el resultado más lógico y obvios(sic) es que nunca se produjo dicha agresión."³⁵

³⁴ Folio 770 C.O. 4.

³⁵ Folio 771 C.O. 4.

Bajo ese panorama, señaló que el a-quo al absolver a su defendido por el delito de lesiones personales reconoce esa ausencia de prueba, porque está claro que de las valoraciones no existen marcas ni huellas que correspondan con las supuestas cachetadas endilgadas a su defendido.

*Expresó que, "Es evidente que al no existir esta prueba material del hecho (el ataque) necesariamente transforma el mundo externo y por lo tanto debería haber alguna prueba física del mismo, y al no existir la misma, simplemente debe concluirse la inexistencia del hecho por falta de prueba."*³⁶

Frente al dictamen de Medicina Legal, indicó que fue emitido mucho después de los hechos y, *"se basan en supuestos, y ajeno a premisas reales, teniendo en cuenta que aquellas valoraciones se deben efectuar en tiempo, y se hace sobre los documentos del dispensario médico que carece de datos básicos como los antecedentes de la consulta. En gracia de discusión, que dichos dictámenes pudieran tener validez, tampoco acreditan las supuestas agresiones que se endilgan a mi representado."*³⁷

Finalmente, en relación a este punto, señaló que la médico que atendió a los soldados nunca referenció que le manifestaran que habían sido agredidos por los procesados y que las lesiones que revisó corresponden a las presuntas actuaciones del CT. DÍAZ y nada reseña de las presuntas cachetadas, *"como seria moretones o*

³⁶ Folio 772 C.O. 4.

³⁷ Folio 774 C.O. 4.

escoriaciones en el rostro por lo cual claramente no aparece que sea verosímil que esta agresión se hubiera presentado.”³⁸

iii) Trascendencia de los yerros del a-quo.

En este aspecto el defensor procedió a realizar un resumen de lo referido en precedencia, aduciendo para el efecto, que conforme al artículo 522 del Código Penal Militar es necesario el conocimiento más allá de toda duda razonable acerca del delito y la responsabilidad, por ello la impugnación radica en la prueba testimonial que esta debilitada por falta de concordancia en el relato general y en particular respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que su defendido propinó las cachetadas o golpes, por cuanto no se sabe *“quien o quienes fueron los agredidos y el agredido (s) cambia de una declaración a otra al igual que la forma en que se hizo la agresión, lo cual resta credibilidad a los testimonios.”³⁹*

Bajo esa premisa expuso, que aunque los testimonios fueran concordantes sobre la agresión, *“este además debería contar con algún elemento material de prueba que diera verosimilitud a los mismos, pues claramente, aunque el delito sea de peligro, debe trascender y dejar algún tipo de huella en el mundo físico, lo cual no ocurre, por cuanto las(sic) evaluación medico(sic) legales, apuntas(sic) a la supuesta conducta del CT DIAZ GARZON, y de la actividad de defensa propia del Centinela, sin*

³⁸ Folio 774 C.O. 4.

³⁹ Folio 777 C.O. 4.

que se apoye la tesis de las cachetadas supuestamente propinadas por mi representado.”⁴⁰

Conforme a ello y a lo establecido en el artículo 178 del Código Penal Militar, afirma que no se desvirtuó más allá de toda duda razonable la presunción de inocencia de su defendido por lo que debe procederse a la absolución.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La doctora **MARTHA GÓMEZ CUERVO**, en su calidad de Procuradora 6 Judicial Penal 2, solicitó la confirmación íntegra del fallo apelado por encontrarlo ajustado a derecho.

Indicó en su escrito, que del acervo probatorio está demostrada la ocurrencia del hecho y la responsabilidad de los procesados, quienes afectaron acciones que desbordaron sus funciones.

Manifestó que el argumento de los defensores para absolver a sus defendidos por aplicación del principio *in dubio pro reo*, no es aplicable al presente caso *“por cuanto la prueba obrante en el proceso es contundente(sic) en punto a que el accionar de los procesados si fue más allá de lo que les correspondía hacer, afectando derechos ajenos y, por ende(sic), bienes*

⁴⁰ Folio 777 C.O. 4.

jurídicos tutelados que no solamente deben ser objeto de reproche sino de sanción.”⁴¹

En punto de los alegatos aducidos sobre la prueba testimonial, adujo: *“sí obra prueba testimonial que así lo acredita y el hecho que algunos de los testimonio(sic) no coincidan en algunos detalles (Situación que por el contrario se(sic) sería sospechosa), no es óbice para desatenderlos o restarles credibilidad.”⁴²*

Finalizó la Delegada del Ministerio Público, expresando que *“el a quo hizo un estudio minucioso y concienzudo del caso que nos concita para llegar a la decisión adoptada, la que se advierte ajustada a Derecho.”⁴³*

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación, de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999 y 203.3 de la nueva codificación castrense -Ley 1407 de 2010-, normatividad aquella que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada para hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del código castrense de ese año²⁸, como de los ocurridos con posterioridad a la misma, no obstante encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico colombiano el Código Penal

⁴¹ Folio 783 C.O. 4.

⁴² Folio 783 C.O. 4.

⁴³ Folio 784 C.O. 4.

Militar de 2010, mismo que resulta aplicable al presente caso -dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación- en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial, mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 de la Ley 522 de 1999, en el sentido 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.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

8.1 Se ocupará la sala de dirimir el recurso vertical interpuesto por la defensa de ambos procesados contra la sentencia de calenda 04 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional, a través de la cual, condenó al CT. DÍAZ GARZÓN JUAN IGNACIO a la pena de diecisiete (17) meses de prisión por la comisión del concurso homogéneo del punible de ATAQUE AL INFERIOR y en concurso heterogéneo con el delito de LESIONES PERSONALES, sin conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal y condenó al SP. NARVAEZ JURADO

DIDIER FABIAN a la pena principal de catorce (14) meses de prisión por la comisión del punible de ATAQUE AL INFERIOR en concurso homogéneo, absolviéndolo por el delito de LESIONES PERSONALES, sin conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal.

Previo a decidir, habrá de precisar esta Corporación que verificada la estructura dialéctica del recurso incoado por el abogado JHON FREDY QUIÑONES MONTAÑA, defensor de confianza del CT. DÍAZ GARZÓN JUAN IGNACIO, sería del caso proceder a su declaratoria de desierto en tanto que sus argumentos no van más allá de constituir una extensión o repetición de los alegatos que hiciera en sede de Corte Marcial ante la primera instancia y que fueren resueltos en legal forma pero en sentido adverso a sus pretensiones, sin cumplir los lineamientos que en materia recursal ha trazado esta Corporación de manera uniforme y pacífica¹², si no fuera porque acudiendo al principio de caridad propio de la filosofía analítica (interpretación radical)⁴⁴, es dable a esta Sala de Decisión superar la amalgama y la confusión dogmática que impregnan el escrito del recurrente, para extraer de su lectura la pretensión revocatoria de la decisión judicial atacada, la cual será desarrollada más adelante.

⁴⁴ Donald Davidson en su teoría de la *interacción comunicacional*. "Este principio lleva al intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, a partir de racionalidad del discurso que recibe, esto es, a desentrañar o suponer dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones del otro son correctas, algo así como hacer caso omiso de los errores acudiendo a la logicidad propia para aplicársela al otro."

Realizada la anterior precisión, corresponde, entonces, a esta Colegiatura, determinar, de cara a las probanzas del plenario y a las exigencias típicas de la conducta que viene endilgada por el delito de ataque al inferior, si se acredita o no su existencia, dentro del marco de censura propuesto por ambos defensores con relación a este tipo penal en los escritos de apelación, pues ambos se refirieron exclusivamente a este delito.

La Sala procederá a resolver los recursos en el término en que fueron presentados, sin embargo y pese a que los apelantes persiguen un fin común tendiente a la absolución de sus defendidos, ambos abordaron ópticas que difieren en algunos aspectos, pero son coincidentes en uno en particular, la valoración de los testimonios aducidos por el *a-quo* en su decisión y del cual realizaron análisis en sus escritos respecto del delito de ataque al inferior que para ambos procesados fue endilgado, razón por la cual se abordará este aspecto y a renglón seguido los restantes señalados en los escritos impugnatorios.

Definido el orden para analizar las inconformidades presentadas, se delimitará por la Sala en ambos casos, el objeto de estudio con el fin de abordar los cuestionamientos esgrimidos por los defensores.

8.2 Valoración de testimonios.

Sea lo primero indicar que, en este asunto no se controvierte que el CT. DÍAZ GARZÓN JUAN IGNACIO fungía como Comandante de la Compañía Policía Militar y el SP. NARVAEZ JURADO DIDIER FABIAN como Régimen Interno de la Compañía Policía Militar del Batallón de ASPC No. 9 en Neiva- Huila, para la época de los hechos, procesados que ostentaban la calidad de Oficial y Suboficial pertenecientes al Ejército Nacional. Así consta en los documentos de ascenso y extractos de hoja de vida obrantes en el plenario⁴⁵.

En ese mismo orden, los Soldados Bachilleres CAÑON TRUJILLO EMANUEL, DÍAZ VALENCIA CAMILO ANTONIO y AVILES PENAGOS EDWIN JAVIER, eran orgánicos de la misma Unidad Militar y se encontraban prestando el servicio militar para la fecha de los hechos como consta en la documentación que reposa en el expediente⁴⁶.

Tampoco suscita discusión que, el entonces CT. DÍAZ GARZÓN JUAN IGNACIO y el SP. NARVAEZ JURADO DIDIER FABIAN, dentro de su ámbito funcional, eran superiores jerárquicos de los Soldados quienes pertenecían a la Compañía de Policía Militar que estos dirigían.

Ahora bien, a efecto de estudiar los escritos de impugnación, resulta necesario partir por revisar, en detalle, lo que adujo el *a-quo* con relación a lo que dijeron los diferentes testigos de cargo respecto de

⁴⁵ Folios 52 y 56 del C.O. 1.

⁴⁶ Calidad militar de los soldados obrante a folio 442 del C.O. 3.

la ocurrencia de los hechos investigados, pues el reproche exteriorizado por los recurrentes tiene que ver con la apreciación que este hizo de las plurales atestaciones.

Para tal fin, se cuenta con las declaraciones rendidas por los ofendidos, Soldados Bachilleres CAÑON TRUJILLO EMANUEL, DÍAZ VALENCIA CAMILO ANTONIO y AVILES PENAGOS EDWIN JAVIER, génesis de esta investigación y del ST. FONSECA LOZANO SERGIO FELIPE (testigo directo), en contraposición a la versión que en diligencia de indagatoria dieran los procesados, son, en esencia, los principales testigos de cargo en que, adicional a otros medios de prueba, se cimenta la condena por el punible en concurso homogéneo de ataque al inferior, en adversidad los defensores señalaron al unísono que existen contradicciones en los mencionados testimonios que faltan a la verdad, la exageran y distorsionan y las cuales pese a ser validadas en la decisión, el *a-quo* no fundamentó porqué su validez y, que no basta con decir que todos fueron agredidos para dar credibilidad a su testimonio porque son los detalles lo que le dan fuerza a este.

Situación que fue abordada por el juzgador, manifestando que efectivamente existen algunas discordancias en los testimonios de los Soldados ofendidos, sin embargo: *"Ahora bien, pretender que tres testigos coincidan exactamente en sus versiones de lo acontecido es una utopía, ya que cada persona tiene su propio concepto de lo que vio y escuchó en un momento en*

el que, valga decirlo, los hoy ofendidos se encontraban en un estado de exaltación y angustia, donde las declaraciones y ampliaciones de las mismas se produjeron en diferentes fecha en las que necesariamente el paso del tiempo van menguando los recuerdos".⁴⁷

Ambos defensores, dentro de sus recursos llamaron la atención en este aspecto aducido por el a-quo, de una forma enunciativa y a renglón seguido realizaron un análisis textual de las declaraciones de cargo, que les permitió identificar las contradicciones puntuales en las que incurrieron los testigos, las que resaltaron y subrayaron para tal efecto, las cuales pueden resumirse en:

Frente a la agresión producida por el CT. DIAZ:

-Cuál fue el soldado que fue arrojado al piso y colocado el pie en el pecho por el CT. DIAZ, ya que el SLB. CAÑÓN indicó que fue a él y el ST. FONSECA indicó que fue al SLB. DIAZ, para concluir que ello conlleva la inexistencia del ataque por vía de hecho.

-Qué tipo de agresión en concreto recibió el SLB. DIAZ, ya que en el informe este indicó que había recibido cachetadas por el CT. DIAZ y posterior en su declaración indicó que lo encuello el CT. DIAZ y que las cachetadas fueron por el SP. NARVAEZ, pero no indicó haber sido arrojado al piso y colocado el pie en el pecho por el CT. DIAZ, contrario a lo que manifestó el ST. FONSECA

⁴⁷ Folio 694C.O. 4.

-Cuál Soldado fue agredido en la región torácica, ya que DIAZ VALENCIA no menciona esa agresión y el ST. FONSECA refirió que fue a él (DIAZ) a quien el capitán colocó la bota en el pecho y el soldado centinela COTACIO, refirió que cree que atacó a AVILES en el pecho.

Frente a la agresión producida por el SP. NARVAEZ:

-Ningún testigo adujo golpes directamente o puños y el ST. FONSECA no fue claro en la agresión al SLB. DIAZ y las lesiones derivadas.

-Según CAÑON, el ST. FONSECA casi nada le consta porque se retira supuestamente al iniciar el conflicto.

-Establecer si el SP. NARVAEZ agredió o no, ya que por un lado el SLB. AVILES dijo que este nunca utilizó palabras ofensivas o groseras y que las agresiones fueron a CAÑON y DIAZ y luego se desdice porque indicó que sólo fue a DIAZ, por otro lado, DIAZ dijo que el SP. NARVAEZ si le pegó una cachetada, pero luego desmiente a AVILES porque el capitán si los encuello y el sargento les decía malas palabras.

-El Soldado DIAZ mencionó que a CAÑON el sargento le pegó una cachetada y luego dijo que fueron dos y CAÑON indicó que sólo recibió una.

-Del motivo de la cachetada, AVILES indicó que era por no contestar y el ST. FONSECA indicó que fue por reclamar porqué le pegaba.

Hasta aquí, se hace necesario recordar que el artículo 441 de la Ley 522 de 1999 establece que

el juez, al momento de apreciar el testimonio, "tendrá en cuenta los principios de la sana crítica y especialmente lo relacionado con las circunstancias en que se llevó a cabo la percepción, la capacidad del testigo para la conservación del recuerdo, el transcurso del tiempo y las demás circunstancias que afecten la evocación de lo percibido, así como la personalidad del declarante y la forma en que hubiere declarado."

Súmese a ello lo preceptuado en los artículos 401 y 402 ibidem, según los cuales "las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica" y "Los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad o inocencia del procesado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba previstos en este código", por cuanto en el desarrollo del procedimiento castrense no tiene cabida el sistema de tarifa legal probatoria que imperaba en otrora oportunidad, sino el de la sana crítica racional.

Bajo este contexto, se aprecia que en la sentencia atacada el a-quo realizó una confrontación de los testimonios vertidos en el trámite investigativo, esto es, los ofendidos, el único testigo directo de los hechos y la versión de los procesados, para estructurar la tipicidad del delito por el cual impartió condena, en punto al análisis respecto del elemento del tipo referente al ataque por vías de hecho, la materialidad del ataque, el elemento del tipo subjetivo, la antijuridicidad y, finalmente, la culpabilidad.

A partir de allí, el juzgador de primera instancia determinó que la materialidad del ataque estaba soportada en los referidos testimonios de los ofendidos, los cuales "han sido claros y coincidentes en señalar que el día 10 de mayo de 2016, fueron objeto de maltratos físicos y verbales por parte del CT. DIAZ GARZON y el SP. NARVAEZ JURADO, durante un llamado de atención que estos les hicieran debido a que el SLB. CAÑON TRUJILLO EMANUEL golpeó al SLC. COTACIO MAHECHA KEVIN JAIR, toda vez que la noche anterior se habían evadido de las instalaciones militares y sobre las 05:00 horas, COTACIO MAHECHA, quien fungía como centinela del puesto No. 15 los sorprendió cuando estaban ingresando nuevamente al Batallón y le informo lo sucedido al Oficial"⁴⁸ (Subraya de la Sala)

Seguidamente, procedió al análisis de los relatos de los testigos referidos, confrontándolos entre sí, quienes respecto al ataque por vías de hecho y la materialidad de la conducta por parte de los procesados, permitieron establecer que los aquí procesados participaron del ataque en medio de un llamado de atención efectuado y de los cuales adujo:

* El SLB. AVILES PENAGOS EDWIN JAVIER, en declaración tomada el 13 de septiembre de 2016, visible a folio 25 C.O. 1., manifestó: "de ahí mi capitán DÍAZ nos sacó, nos cogió detrás del KEYS PAN a encuellarnos, al soldado DÍAZ lo encuello y mi primero NARVÁEZ le dio en la cara,

⁴⁸ Folio 691 C.O. 4.

luego siguió con el soldado CAÑÓN hizo lo mismo, luego conmigo, (...) mi primero NARVÁEZ le pegó al soldado DÍAZ y al Soldado CAÑÓN, a mí no me pegó, a mí me pegó fue mi capitán DÍAZ. mi primero NARVÁEZ les pego a los dos soldados dos cachetadas en la cara. a mí mi capitán DÍAZ me pegó un empujón cuando me sacó del alojamiento y me hizo golpear contra dos catres y me jodió el hombro.”⁴⁹

** En consonancia con ello, confrontó esta versión con la dada por los soldados DIAZ VALENCIA CAMILO ANTONIO y CAÑÓN TRUJILLO EMANUEL, al señalar el primero de ellos en declaración tomada el 3 de febrero de 2017, visible a folio 225 C.O. 2, “entonces mi primero NARVÁEZ y mi CT. DÍAZ empezaron a estrujarnos a los tres, a CAÑÓN, PUCHE y mi persona, nos estrujaron ... A mí sí mi capitán me estrujo, me cogió con las manos del cuello y me estrujaba y me gritaba fuerte eso, que era un soldado hijueputa... mi primero NARVAEZ si me pegó una cachetada en toda la cara,...”⁵⁰ en tanto que CAÑÓN TRUJILLO en declaración recibida el 1 de febrero de 2019, visible a folio 449 C.O. 3, manifestó que, “mi Capitán me dijo que si yo era un verraco que peleará con él, entonces me cogió de la guerrera y me puso contra la pared del alojamiento, me tiró contra el suelo y me puso la rodilla en el pecho, me dijo que que(sic) me pasaba, después llego(sic) mi Primero NARVÁEZ y me dio una cachetada en la cara...”⁵¹*

** Ello le permitió inferir a la Juez de Instancia que, “tenemos que, de acuerdo con la versión de los ofendidos,*

⁴⁹ Folio 691 C.O. 4.

⁵⁰ Folio 691 C.O. 4.

⁵¹ Folio 692 C.O. 4.

estos fueron objeto de diferentes ataques por vías de hecho por parte del Capitán DIAZ GARZON JUAN IGNACIO y el SP NARVAEZ JURADO DIDIER FABIAN durante el llamado que les hicieran por haber golpeado al SLC. COTACIO MAHECHA KEVIN JAIR."⁵²

* También procedió a realizar un análisis del testimonio del ST. FONSECA LOZANO SERGIO FELIPE, Oficial de Inspección para el día de los hechos, declarando el 8 de junio de 2017, visible a folio 272 C.O. 2 y a quien el CT. DIAZ refirió como testigo de los mismos, relató: "cuando yo llegué mi CT. DÍAZ y el SP. NARVÁEZ tenían a los tres soldados vestidos en civil, detrás del KEISPAN, pues mi capitán los estaba regañando y atalajando y entre cruce de palabras mi capitán le dio malgenio y cogió a uno, al soldado DÍAZ VALENCIA y lo encuello y lo tiró al piso, en eso uno de los otros soldados le dijo que no le pegara que, porque le pegaba y el sargento NARVÁEZ le pegó una cachetada a otro soldado, los soldados se pusieron a llorar y ya de ahí él los mandó a cambiar."⁵³

Luego, el juzgador confrontó las exculpaciones de los procesados con las versiones antes referidas, en contexto a lo alegado por el defensor QUIÑONES en punto a las contradicciones que predicó de los testimonios, para señalar que, "no considera que tales discrepancias desdibujen la veracidad de lo acontecido el día de los hechos, pues en esencia resulta claro y debidamente probado que dichos Soldados si fueron objeto

⁵² Folio 692 C.O. 4.

⁵³ Folio 693 C.O. 4.

de mal trato físico y verbal por parte de los aquí procesados.”⁵⁴Igual proceder en torno a las manifestaciones de la defensa para la época del SP. NARVAEZ con relación al testimonio del ST. FONSECA.

En este orden de ideas, oportuno se hace evocar que, para efectos de emprender un ejercicio argumentativo, con fundamento en las declaraciones de cargo existentes, lo que la Corte Suprema de Justicia⁵⁵ ha señalado en torno a la recepción de testimonios como medio de prueba:

“El artículo 277 ibídem establece que para apreciar el testimonio, el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios de la sana crítica y, en especial, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, la personalidad del declarante, la forma como hubiere declarado y las singularidades que puedan observarse en el testimonio.

En virtud de lo anterior, recuérdese que, entre los criterios objeto de análisis por el fallador, al ponderar la eficacia probatoria del testimonio, se encuentran algunos de naturaleza subjetiva, los cuales dan lugar a establecer la idoneidad del testigo para rendir su declaración, aptitud que debe valorarse, por un lado, a partir de la habilidad fisiológica del declarante para percibir los hechos y, por otro, al ahondar en su idoneidad moral, peculiaridad que le exige auscultar con mayor celo el dicho de quienes se hallen en

⁵⁴ Folio 693 C.O. 4.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado SP7830-2017 del 01/06/2017.

cualquier situación, de la cual pueda avizorarse proclividad a engañar o mentir.

Aunado a ello, existen otras condiciones que miran a la forma de producción de la declaración, vale decir, al modo y la oportunidad de la misma, criterios que conducirán al juzgador a examinar, por ejemplo, el lenguaje utilizado por el testigo y si éste recurrió a un estilo artificioso, lo que de suyo denotaría un esfuerzo premeditado por engañar; de igual modo, cuando ciertas expresiones o precisiones se repiten en forma mecánica en varios testimonios. Ello permite inferir interés de los testigos en narrar un libreto preestablecido -en el asunto concreto, así lo aludió el Tribunal en el análisis del testimonio de JAIME ALONSO CARVAJAL TABORDA-, situación que podría restarles crédito, por lo lineal de la declaración. (...)

A propósito de ello, conforme al raciocinio de la Sala en la materia, la apreciación positiva de una determinada prueba testimonial no se supedita a que las distintas deposiciones exhiban absoluta y total concordancia y uniformidad, sino a que posean consistencia en lo esencial del relato, de suerte que permitan forjar el conocimiento sobre el núcleo del mismo, con independencia de las variaciones que se adviertan respecto de particularidades tangenciales, que pueden variar o modificarse por el paso del tiempo y otras circunstancias similares⁵⁶; igual acontece, si se verifican contradicciones entre lo atestado por dos o más deponentes, toda vez que ello no conlleva su irremediable desestimación.

*Así, la jurisprudencia de esta Corporación tiene dicho, de tiempo atrás⁵⁷, que **las contradicciones en que incurra un mismo testigo, o varios de ellos entre sí, no constituye razón de peso para***

⁵⁶ Entre muchas otras, CSJ AP5147-2015, 9 sep. 2015, rad. 41666 y SP3340-2016, 16 mar. 2016, rad. 40461.

⁵⁷ CSJ AP, 9 oct. 2013, rad. 40768 y CSJ AP, 6 abr. 2005, rad. 23154, entre otras.

desvirtuar su capacidad suasoria, pues, justamente, el funcionario judicial tiene la carga de examinar el contenido de las diferentes declaraciones y, con apoyo en las reglas de la sana crítica, establecer los segmentos que le merecen credibilidad y cuáles no⁵⁸.

Revisado el expediente se evidencia y así lo refirió el *a-quo*, los señores Soldados Bachilleres CAÑÓN TRUJILLO EMANUEL, DÍAZ VALENCIA CAMILO ANTONIO y AVILES PENAGOS EDWIN JAVIER, testigos de cargo, rindieron un informe de los hechos y posterior a ello una declaración inicial ante el juzgado instructor, que sirvieron para que, con posterioridad, de los hechos que interesan a este asunto, ampliaran aquellos aspectos en los cuales pudieron surgir vacíos o lagunas o con los cuales aún no contaba la investigación para el momento en que fueron recepcionados.

En ese sentido, al descender al asunto concreto, observa la Sala que, en el análisis de la prueba testimonial de cargo, el razonamiento del *a-quo* refleja situación acorde a la verificación objetiva de esos contenidos y su confrontación con los restantes medios probatorios.

No les asiste razón a los apelantes, al sostener que las contradicciones, discordancias o inconsistencias advertidas en las declaraciones mencionadas, tienen la connotación suficiente para restarles

⁵⁸ CSJ SP17470-2015, 16 dic. 2015, rad. 41587.

credibilidad. Por el contrario, lo que se avizora es que los testigos invocados como sustento de la condena, si bien pudieron incurrir en ciertos aspectos, en una especie de «zona gris», ellos son puramente accidentales, lo que no impide tener por demostrado en el grado de certeza exigido para proferir condena, la materialidad de la infracción investigada.⁵⁹

Para esta Sala, resulta claro que el Juez de Instancia apreció en su contexto los testimonios de cargo, pues de no haberlo hecho habría llegado a conclusión opuesta. En este punto, vale recordar lo analizado por la Corte Suprema de Justicia⁶⁰, cuando se tienen varias versiones sobre un mismo hecho por un testigo:

"La anterior postura no puede ser aceptada por la Sala, pues cuando existen varias narraciones de un testigo con respecto a los mismos hechos, lo procedente no es desecharlas sino emprender su valoración integral para determinar en cuál de ellas o en qué parte de las mismas ha dicho la verdad, y acorde con ese examen adoptar la decisión correspondiente. Obviamente, el análisis habrá de hacerse con sujeción al método de persuasión racional de la sana crítica, conforme lo tiene señalado esta Corporación."

Situación que, para el caso en concreto, se ajusta plenamente a lo aducido por el a-quo en torno a los testimonios, nótese que los tres soldados rindieron un informe de forma inmediata pero sus declaraciones

⁵⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado SP7830-2017 del 01/06/2017.

⁶⁰ Cfr. Sentencia del 30 de marzo de 2006, radicación 24468.

fueron tomadas tiempo después (4 meses, 9 meses y 21 meses) y así las ampliaciones y lo mismo con el ST. FONSECA, quien rindió la declaración 13 meses después.

Lo aducido por los defensores, se queda en analizar de forma textual los informes y declaraciones de los testigos para resaltar en que se contradicen, pero sin un análisis de fondo que conlleve o permita a la Sala a afirmar que las mismas deban ser desechadas, por encontrar esas variaciones en sus relatos, como cual fue el soldado que fue arrojado al piso o cual fue el soldado que recibió una o dos cachetadas.

Se tiene probado que los hechos fueron anteceditos por una pelea previa entre los ofendidos y un cuarto soldado que había estado de centinela (SLB. COTACIO), quien identificó plenamente a su mayor agresor (soldado CAÑON TRUJILLO) y así lo manifestó en declaración y, CAÑON a su vez confirmó la pelea con el soldado COTACIO, clarificó los signos de agresión que recibió de este y diferenció con total claridad las lesiones que dejaron en su cuerpo, fue específico en la forma en que se desarrolló uno y otro evento (la pelea con el soldado y los hechos de los que se les acusa a los aquí procesados), así como quién intervino en cada uno, siendo enfático en afirmar que ninguno de sus otros dos compañeros (AVILES y DIAZ) habían hecho parte de la pelea con COTACIO⁶¹.

⁶¹ Folio 457 C.O. 3.

Los procesados se ubican en el mismo lugar por cada uno de los testigos ofendidos, por el ST. FONSECA y por los propios investigados, esto es detrás del alojamiento, el sitio conocido como "KEISPAN" y luego de haberse desatado la enfrenta con el soldado COTACIO, todos son contestes y uniformes en ello.

Frente al testimonio del ST. FONSECA, se adujo que no fue claro en indicar el sujeto pasivo de una de las agresiones, tampoco recodó identificar a los otros soldados, pero su declaración se recepciono un año después de los hechos, el motivo de la agresión en punto de lo alegado por uno de los defensores, no es coincidente pero fue percibido por dos testigos de forma diferente y desde posiciones evidentemente contrarias (uno está implicado en la agresión, el otro llega y es superior de los otros y subordinado de los agresores), lo que permite inferir que la percepción de ello sea subjetiva en torno a quien la ve y la sufre, sin que pueda restársele credibilidad si se analiza en contexto a la situación previa y posterior que se desarrolló para la época de los hechos.

Adujo uno de los defensores, EDUARDO ROJAS, que el ST. FONSECA no fue testigo directo *"realmente poco o nada le puede costar al ST. FONSECA, porque si bien estaba en el lugar, "en ese momento apenas empezaron a ocurrir los hechos él se marchó del lugar" (...) y por ende nada le consta, y lo que hace al parecer es retomar las versiones de las supuestas víctimas"*⁶².

⁶² Folio 762 C.O. 4.

Lo anterior, no pasa de ser más que un comentario vacío y sin sustento, una apreciación personal, si se confronta de manera completa la respuesta que diera en ese entonces el SLB. CAÑON: *"PREGÚNTADO: Diga al despacho si en el momento en que ocurrieron los hechos había alguna otra persona aparte de los soldados DÍAZ VALENCIA, AVILES PENAGOS, CT. DIAZ y SP. NARVAEZ. CONTESTÓ: Sí, ahí está mi Teniente FONSECA, en ese momento apenas empezaron a ocurrir los hechos él se marchó del lugar, pero el miraba lo que estaba pasando."*

Y esta misma línea manejaron los defensores en punto a la aparente falta de credibilidad de cada uno de los testigos de cargo aducidos por el *a-quo* en la decisión atacada, por lo que los argumentos en relación con este tema no están llamados a prosperar, dado que se centraron en identificar detallada y casi ortográficamente las contradicciones existentes en los testigos de cargo pero, sin hacer un esfuerzo argumentativo que permita a la Sala desecharlos por las disparidades que encontraron los defensores en sus versiones, pues en los aspectos fundamentales tal y como lo refirió el *a-quo* en su decisión, se muestran coherentes y sólidos y así los acogió para fundamentar su decisión.

Realizado el estudio de este aspecto, procederá la Sala a analizar los puntos disimiles entre los apelantes pero que tienen su raíz en el tema en precedencia abordado.

8.3 Del escrito de apelación interpuesto por el Doctor JOHN FREDY QUIÑONES MONTAÑA en su condición de defensor del CT. DÍAZ GARZÓN JUAN IGNACIO, quien depreca revocar la decisión para en su lugar absolver a su prohijado, soportando su petición en algunos aspectos, someramente desarrollados y que previamente se identificaron como: i) credibilidad e imparcialidad de los testigos de cargos, que fue abordado en el numeral anterior; ii) ausencia de antijuridicidad en el tipo penal de ataque al inferior y duda probatoria y iii) estado de necesidad como causal de ausencia de responsabilidad que serán analizados a continuación.

8.3.1 Ausencia de antijuridicidad en el tipo penal de ataque al inferior y duda probatoria.

Frente a este aspecto, siguiendo la cadencia en punto de las contradicciones de los testigos de cargo, adujo el defensor que su defendido estaba en la obligación de llamar la atención de sus subordinados y no los atacó en ningún momento y menos en la forma en que los Soldados a su acomodo manifestaron ser afectados en su corporalidad.

Bajo esa hipótesis, señaló que la intención de su prohijado se limitó a un llamado de atención y nunca perjudicó o atentó contra su humanidad y por ello el derecho penal no debió activarse pues cumple una función subsidiaria y, *"Bajo esta concepción, lo resaltable es la efectiva verificación de un daño o*

*peligro a los intereses vitales de la colectividad o del individuo, protegidos por las normas jurídicas*⁶³.

Al respecto es necesario recordar lo que por esta Corporación⁶⁴ se ha delimitado en punto al delito de ataque al inferior:

"el tipo penal por el que se procede ha sido considerado como un injusto de mera conducta y de peligro y se ha dicho que en razón de ello el mismo se consume con la simple acción desplegada por el sujeto activo de "atacar por vías de hecho" a un institucional que le es inferior en grado, antigüedad o categoría, siendo suficiente esta conducta para generar potencial riesgo de lesión sobre el bien jurídico tutelado -la Disciplina-, sin que se exija que la misma genere algún resultado o consecuencia naturalísticamente hablando.

Razón por la cual el legislador no penalizó, ni exigió, la efectiva vulneración al bien jurídico de contenido institucional, sino que elevó a la categoría de delito la conducta reprimida por el artículo 100 de la Ley 1407 de 2010⁶⁵ bajo el entendido que "por esa sola conducta" -el ataque por vías de hecho- se materializaba y consumaba el accionar típico, sin necesidad de consideraciones adicionales para ser reputada como de suficiente entidad para poner en peligro aquel bien, construcción legislativa con la que se anticipó, así, su protección⁶⁶ en tanto por virtud del principio de lesividad una conducta tal, valorativamente hablando, comporta una específica significación social que la torna dañina por la potencialidad que tiene de afectar el ámbito de interrelación castrense y el mantenimiento de la espina dorsal de toda organización de esta naturaleza -la disciplina, organización que por antonomasia ha de ser cohesionada, monolítica y

⁶³ Folio 738 C.O. 4.

⁶⁴ Tribunal Superior Militar y Policial, radicado 158780 del 27/05/2021, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA.

⁶⁵ Ley 1407 de 2010, artículo 100. "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".

⁶⁶ Tribunal Superior Militar y Policial, Segunda Sala de Decisión, radicación No. 158725, febrero 12 de 2019, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ.

caracterizada por el respeto recíproco entre superiores y subalternos en aras de alcanzar los fines esenciales de defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

(...) este reato se consuma cuando un miembro de la Fuerza Pública "ataque por vías de hecho", en actos relacionados con el servicio, a otro miembro de aquella que dentro del respectivo escalafón⁶⁷ le es inferior en grado, antigüedad o categoría, menester resulta abordar lo que apareja esta alocución que se erige en ingrediente normativo del tipo penal recogido por el arto 100 del códex castrense de 2010, misma que se compone de dos elementos lingüísticos propios del proceso comunicacional de supra mencionado.

Por un lado, la inflexión verbal "ataque" ha de entenderse como la realización de actividades tendientes a acometer o embestir a alguien con ímpetu, constituye una verdadera agresión real y objetiva, se debe reflejar en un comportamiento externo y dirigirse, en tratándose del reato ventilado en autos, contra un miembro de la Fuerza Pública, sin que se exija un daño real pues de darse éste concursaría con ese otro punible que se llegue a configurar. Esto explica que los vocablos "ataque" y "agresión" hayan sido empleados indistintamente en las fojas por los sujetos procesales, pues, como se desprende de la lectura del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁸⁰, para efectos jurídico-penales se han de entender como sinónimos en tanto ambos llevan implícito en el responsable del ataque o agresión el ánimo de causar daño.

A su vez, el vocablo "vías de hecho" conduce a destacar que estas, por yuxtaposición, son las contrarias a las de Derecho, a las que se ajustan al ordenamiento jurídico, y a ellas se ha referido esta Corporación con ponencia del Honorable Magistrado CR. WILSON FIGUEROA GOMEZ en los siguientes términos: "En otras palabras, las vías de hecho corresponden a una actuación violenta que se exterioriza a través de

⁶⁷ Determinan las normas de la fuerza pública colombiana que el escalafón es la lista de oficiales y suboficiales en servicio activo, clasificados por Fuerza, Arma, Cuerpo y Especialidad y colocados en orden de grado y antigüedad. Cfr. Decretos 1790 y 1791 de 2000.

acciones verbales o físicas que tienen como objetivo agredir a otro uniformado en su dignidad personal y honor militar o policial, rechazando las normas de respeto que regulan las relaciones entre uniformados, sin que importe que se produzca afectación a la integridad física o moral del atacado.”⁸¹ (Destacado ajeno al texto original)

Bajo ese contexto, errada es la apreciación del defensor en punto al estudio de la antijuridicidad para el injusto sobre el cual se procede, esto es, ataque al inferior, dado que no resulta procedente verificar el daño o peligro y la consecuente aplicación del *in dubio pro reo* como lo plantea y, como ya se anotó en líneas atrás de manera por demás detallada.

Bajo esa premisa errada, adujo los testimonios de los soldados IPUZ CANACUE y OROZCO MOSQUERA para señalar que no se produce la efectiva lesión al bien jurídico de la disciplina y que erró el a-quo al señalar que *“en nada influyen para restar credibilidad a lo manifestado por los ofendidos, pues se limitan a decir que no observaron el momento en que se produjeron las supuestas agresiones.”*, pero defectuosa e insuficiente resulta su argumentación, pues el defensor enuncia una hipótesis y construye una premisa errada, a partir de la cual trae a colación unos testimonios, pero sin ahondar en que consiste la ausencia de antijuridicidad o de qué manera por esos específicos testimonios estaría comprobada, tan solo menciona que no fueron testigos presenciales de los hechos.

Igual desenlace ocurre en relación con el planteamiento de la aplicación del principio *in dubio pro reo*, pues aduce que el a-quo utilizó la sana crítica para invertir la carga de la prueba y no aplicarlo, pero la Sala no comprende porqué del escrito no es posible inferir, cuál fue el método de la sana crítica en que erró o falló el juzgador de primera instancia, porque el argumento no pasa de ser meramente enunciativo, pero nada explicativo al respecto.

Y ello es así y se confirma, cuando el defensor manifestó que, los testimonios confluyen en el ataque (es decir si existió, contrario a lo aducido líneas arriba), pero se contradicen en los detalles de las agresiones⁶⁸, afirmación que no se apiada con el hilo del argumento que pretendió desarrollar, pues en efecto el ataque si existió, pero al mismo tiempo no, porque no hay detalles precisos que describan la agresión, lo que demuestra la confusión en conceptos por parte del defensor.

Para finalizar, el tema de la antijuridicidad del injusto de ataque al inferior retoma el argumento al

⁶⁸ Ver folio 740 C.O. 4. Escrito de apelación del defensor: "dado que los testimonios de CAÑÓN TRUJILLO, AVILES PENAGOS y DÍAZ VALENCIA si confluyen en que fueron agredidos, pero se contradicen en la forma en que tal agresión se llevó a cabo y si a ello, se le suma, la orfandad que impera en el testimonio de FONSECA LOZANO, encontramos la inexistencia de prueba testimonial que describiera en detalle el ataque por vías de hecho, en lo que subyace el reconocimiento por parte de la defensa de duda probatoria, no admitía trasladarla como una carga que tuviera que asumir el inculpado, con la consecuente declaratoria de su responsabilidad..." (Subraya de la Sala)

finalizar el escrito, aduciendo que no se ve afectada la disciplina y conforme a ese postulado argumentó:

*"por cuanto como quedó probado, las presuntas víctimas al estar alteradas pretendieron agredir físicamente al Sargento NARVAEZ JURADO, evitando el oficial DÍAZ GARZÓN tal actuar injusto. Así las cosas, hasta este momento procesal, de acuerdo a la valoración de la conducta, esta carece de relevancia jurídico penal, pues pese a que ha sido formalmente típica, esta no supera el análisis de la antijuridicidad, por consiguiente, hubo un desvalor de acción, más no de resultado, razón por la cual no está demostrado la vulneración al bien jurídico."*⁶⁹

Situación que no se compadece con el recaudo probatorio, pues tal y como lo indicó el juzgador, *"este Despacho reitera que no desconoce que comportamiento de los aquí investigados venía precedido de dos actos contrarios a los preceptos castrenses de quienes hoy fungen como ofendidos, por una parte, haberse evadido la noche anterior y de otro lado, haber atacado al SLC. COTACIO MAHECHA por haberlos delatado. Así las cosas, también es claro para este Despacho que la intención inicial del Oficial DIAZ GARZON y el Suboficial NARVAEZ JURADO era reprender a CAÑON TRUJILLO, DIAZ VALENCIA y AVILES PENAGOS por este comportamiento, pero no pueden dos cuadros del Ejército Nacional con amplia experiencia en el manejo de personal de soldados, so pretexto de encausar la disciplina, atentar contra este principio de las filas militares resultando absolutamente contradictorio que, al llamar la atención a los Soldados por golpear a un compañero, terminen precisamente el Comandante de Compañía*

⁶⁹ Folio 745 C.O. 4.

y el Régimen Interno de la misma maltratando a quienes pretendían disciplinar.”⁷⁰

En punto al bien jurídico tutelado que protege el injusto, se ha definido por este Tribunal⁷¹, que se refiere a las condiciones objetivo-generales que sirven de presupuesto al ejercicio de las actividades normales y cotidianas de la praxis militar y policial como corresponde a la disciplina, pilar sobre el que descansa la existencia de toda fuerza armada jerarquizada. Razón por la cual, el legislador no sancionó la vulneración al bien jurídico de contenido institucional, sino que definió y sancionó conductas que consideró tienen suficiente entidad para ponerlo en peligro y anticipó así su protección.

Por ello, es necesario entender que la disciplina militar y policial es de estricta observancia en el ejercicio del mando, tanto para superiores como subalternos, puesto que involucra la dirección, vigilancia y control de las actividades operacionales o cotidianas que se realizan en los cuarteles, pero así mismo, la condición de superior o inferior en grado, antigüedad y/o categoría necesarios para el ejercicio tanto del mando como de la sujeción al mismo. Criterios que finalmente permiten, no solo establecer la jerarquía militar o policial a efectos de la estructuración de los ataques y amenazas a

⁷⁰ Folio 698 y 699 C.O. 4.

⁷¹ Cfr. Tribunal Superior Militar y Policial, radicados 158725 del 12/02/2019, MP. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ y 151860 del 15/05/2009, MP. CR. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO.

superiores e inferiores, sino la relación de sus actos con el servicio.

Apreciados y valorados en su singularidad y en su universalidad los elementos de convicción que obran en el expediente, ello en concordancia con los elementos que integran la sana crítica y extraídos de aquellos el comportamiento desplegado por los señores CT. DIAZ GARZON JUAN IGNACIO y SP. NARVAEZ JURADO DIDIER FABIAN el día de los hechos, 10 de mayo de 2016, pertinente resulta decir no sólo que son precisamente las conductas exteriorizadas por estos encausados - golpear, estrujar, empujar, cachetear, encuellar- en ocasiones diferentes a sus subalternos, las que permiten inferir que en realidad de verdad su voluntad final de acción estuvo encaminada a atacar por vías de hecho a los Soldados Bachilleres CAÑON TRUJILLO, DIAZ VALENCIA y AVILES PENAGOS, no a evitar una agresión de parte de estos hacia el SP. NARVAEZ.

Las circunstancias que obran dentro del plenario y a las cuales se refirió la Sala con anterioridad, permiten determinar desde una perspectiva volitivo normativa, existe suficiente razón para colegir la decisión de los procesados de agredir a sus subalternos en total menoscabo del bien jurídico de la disciplina, máxime que como bien lo señaló el a quo disciplinar a quien ha alterado la disciplina por medios aún más excesivos resulta paradójico y desproporcionado, cuando lo acertado hubiese sido

procurar a través de otros medios y no de la fuerza el llamado de atención por los eventos que antecedieron el actuar de los soldados ofendidos, por vías de derecho y no por las de hecho que voluntariamente decidieron cometer, de las cuales objetivamente dan cuenta, se repite, los medios de convicción de índole testimonial ya referidos, por lo que tampoco está llamado a prosperar el argumento elevado por el defensor.

8.3.2 Estado de necesidad como causal de ausencia de responsabilidad.

El defensor siguiendo la línea de contradicciones de los testigos y la ausencia de detalle del ataque, enuncia como causal de ausencia de responsabilidad, un estado de necesidad de su prohijado, afincado en el hecho que a través del testimonio que en Corte Marcial se recibió del SS. PLAZAS CASTRO, el CT. DIAZ obró en salvaguarda de la integridad del Sargento NARVAEZ:

"No puede aceptarse que las tres presuntas víctimas estaban actuando bajo el imperio de la ley, se habían(sic) evadido la noche y madrugada anterior, había(sic) herido bruscamente al centinela COTACIO MAHECHA, y ante el llamado de atención del oficial se mostraron inconformes con la orden militar de respeto y para evitar, mayores problemas dado que se le abalanzaban al suboficial DIDIER FABIÁN NARVAEZ JURADO, tuvo que impedir tal agresión frenando el comportamiento de los soldados evadidos. Así lo confirmaron los testimonios de los suboficiales JEISON ESQUIVEL

CELIS y LUIS EDUARDO PLAZAS CASTRO en la audiencia de Corte Marcial.⁷² (Subraya de la Sala)

A partir de esta nueva hipótesis, con fundamento en la declaración de dos nuevos testigos que fueron escuchados en la audiencia de Corte Marcial, por cuanto durante la instrucción no fueron referidos, ni por los procesados, ni por los otros testigos, el defensor argumenta el estado de necesidad de su prohijado, arguyendo siendo reiterativo en las discrepancias en los testimonios de cargo, para inferir que los hechos no sucedieron como los testigos describieron, sino que a partir de la versión de negación en indagatoria de su defendido y en juicio por los nuevos testigos, en que se dieron pero diferente y afirmar que el CT. DIAZ actuó en pro de proteger la vida del suboficial NARVAEZ, en una reacción instintiva para evitar futuras agresiones.

Manifestación ante la cual el a-quo se pronunció y que comparte la Sala: *"Concluye este Despacho que lo que se pretende por parte de la Defensa es justificar el actuar de su prohijado DIAZ GARZON, a través de una supuesta acción tendiente a evitar que uno de los aquí ofendidos atacara al SP. NARVAEZ JURADO, versión que no se había ofrecido por los procesados en indagatoria, pues siempre negaron haber tenido contacto físico con los Soldados CAÑON, DIAZ y AVILES."*⁷³

⁷² Folio 741 C.O. 4.

⁷³ Folio 695 C.O. 4.

Ahora bien, a partir de esta hipótesis con sustento en los dos testimonios llevados a Corte Marcial y sin enunciar cuál de las causales de ausencia de responsabilidad penal aplicables en nuestro sistema procesal que se encuentran descritas en el artículo 33 de la Ley 1407 de 2010, procedió a plantear que el silencio del procesado no puede ser utilizado en su contra y censurar su presunción de inocencia y señaló que, *"todo el Batallón fue testigo presencial de lo ocurrido; sin embargo, ninguno de ellos tenía predisposición para declarar en el presente juicio, mi defendido confió en que FONSECA LOZANO diría la verdad de lo ocurrido y por esa razón, no se interesó en traer al proceso más testigos de descargo"*⁷⁴

Al respecto, no obra en el expediente luego de ser escuchado el ST. FONSECA en diligencia de declaración (08/06/2017), alguna solicitud probatoria por la defensa para debatir el dicho del Oficial, tampoco actuación tendiente a ampliar el material probatorio decretado hasta esa instancia, ni controvertido el cierre de investigación proferido pro la Fiscalía Penal Militar (15/04/2019) como tampoco la Resolución de Acusación (04/06/2019).

A renglón seguido, enuncia una serie de argumentos sin una cadencia lógica, siendo reiterativo en las contradicciones y enfatizando que el testimonio del ST. FONSECA falta a la verdad y tenía motivos ocultos ante presuntos celos que tenía con el SP. NARVAEZ y

⁷⁴ Folio 742 C.O. 4.

que una vez el CT. DIAZ fue removido del cargo, este lo asumió; que refirió que el CT. DIAZ lesionó al Soldado DIAZ y al verificar la historia clínica de este, sobre las escoriaciones en región esternal, estas seguramente fueron propinadas por el Soldado COTACIO; que el Juez de Instrucción tampoco ahondo en ello, pero sí en investigar si la esposa de su defendido había intervenido en los hechos, sin tener presente la prohibición constitucional de no estar obligada a declarar; refuta porque el ST. FONSECA no puso en conocimiento los hechos que presencié.

Deducciones sin sustento probatorio y que no pasan de ser deducciones o simples puntos de vista, que igualmente fueron aducidas por el *a-quo* en la decisión como un *"argumento que no pasa de ser una elucubración de los señores Defensores, pero que carece de soporte probatorio que lo acredite dentro del plenario"*, por lo que tampoco están llamados a prosperar los argumentos aquí esbozados por el apelante, en punto del invocado estado de necesidad de su prohiado.

8.4 Del escrito de apelación interpuesto por el Doctor EDUARDO ROJAS LÓPEZ, en su condición de Defensor del acusado SP. NARVAEZ JURADO DIDIER FABIAN, quien pide revocar la decisión para en su lugar absolver a su prohiado, soportando su petición en los siguientes aspectos: i) análisis de la prueba testimonial, que ya fue abordado en el numeral 8.2 de esta decisión e ii) inexistencia del hecho.

Se puede inferir de los argumentos esbozados por la defensa, que el problema jurídico que se plantea en este asunto es de carácter probatorio, pues, mientras el *a-quo* considera reunidos los requisitos para emitir fallo de responsabilidad en relación con el punible de ataque al inferior, con fundamento, principalmente, en las declaraciones recepcionadas y las pruebas documentales allegadas, la defensa estima que no se satisfacen, circunstancia por la que, en su concepto, debe absolverse a su prohijado, por cuanto no se acreditó con certeza más allá de toda duda razonable que el ataque existió.

8.4.1 Inexistencia del hecho.

Señaló el defensor, que el tipo penal endilgado a su defendido (ataque al inferior) es de mero peligro y que para el caso bajo estudio, la materialidad de la conducta atribuida a este, las cachetadas, afectan el mundo exterior lo que implica que dejen marcas en las víctimas, *"pues resultaría inverosímil que un golpe de dicha entidad, -si bien no genere incapacidad médico legal- no afecte o deje marca o rastro alguno que corrobore los testimonios"*, por tanto, en su discurso señala que ante la ausencia de prueba que verifique ello, lo lógico es que la agresión nunca se produjo.

Alegó el apelante, que ello se confirma con la absolució n que se decretó a favor de su defendido por el punible de lesiones personales, dado que de las

valoraciones existentes no hay relación de marcas o huellas que correspondan con las supuestas cachetadas. En ese orden de ideas, infiere la Sala de lo anterior, que, al no existir una prueba, para este caso de orden médico, mediante la cual se acredite la agresión endilgada al SP. NARVAEZ por los testigos de cargo, implica que el hecho no existió, lo que de entrada para nada compadece lo que para el efecto señala el punible de ataque al inferior.

Debe recordarse al censor, como ya quedó anotado que el injusto consagrado en los artículos 119 de la Ley 522 de 1999 y 100 de la Ley 1407 de 2010, se funda delito de peligro en concreto, de conducta⁷⁵, en razón a que el bien jurídico que protege es fundamental para la colectividad castrense y del común; lo que demanda un ámbito de protección *ex ante*, dado que el sólo riesgo o peligro, ya es suficiente para la estructuración del punible, luego no es admisible el postulado en punto en que requiere una exteriorización del ataque en el mundo físico para que sea tipificado y por ende sancionado.

Bajo ese contexto, la conducta desplegada por el procesado entorno a los hechos y el caudal probatorio arrimado al plenario dan cuenta del ataque sufrido por los soldados DIAZ VALENCIA y CAÑON TRUJILLO por parte del SP. NARVAEZ y así fue descrito por el *a-quo* en la

⁷⁵ Kindhäuser, citado por Roxin, refiere que los delitos de peligro no están para proteger bienes jurídicos sino para garantizar su seguridad. Pág. 409. Derecho Penal Parte General. Claus Roxin. En nuestro criterio la afectación de la disciplina constituye un efectivo peligro y no meramente abstracto Pág. 409. Derecho Penal Parte General.

decisión como ya ha sido suficientemente descrito líneas atrás.

Ahora bien, nota la Sala que el apelante recae en una confusión al señalar que al ser absuelto su defendido respecto del delito de lesiones personales implica *per se*, igual consecuencia jurídica para el delito de ataque al inferior, pero la solución a la aparente controversia que propone el recurrente consiste en explicar que los tipos penales en cuestión presentan sendas diferencias en cuanto a sus elementos normativos, descriptivos, bien jurídico que protegen y pena correspondiente, como puede apreciarse a continuación:

Ley 599 de 2000	Ley 1407 de 2010
LIBRO II. PARTE ESPECIAL DE LOS DELITOS EN PARTICULAR. TITULO I. DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL , CAPITULO III. DE LAS LESIONES PERSONALES.	LIBRO II. PARTE ESPECIAL DE LOS DELITOS. TÍTULO I DELITOS CONTRA LA DISCIPLINA , CAPÍTULO III. DE LOS ATAQUES Y AMENAZAS A SUPERIORES E INFERIORES.
Artículo 111. Lesiones. El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes. Artículo 112. Incapacidad para trabajar o enfermedad. Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o en enfermedad que no pase de treinta (30) días, la pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años. (...)	Artículo 100. Ataque al inferior. El que en actos relacionados con el servicio, ataque por vías de hecho a un inferior en grado, antigüedad o categoría, incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de uno (1) a tres (3) años.

Igual fin conlleva, el argumento relacionado con la validez de las valoraciones médicas aportadas al

plenario, así como los dictámenes periciales efectuados por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, arguyendo el defensor que, *"presentan una violación flagrante a los protocolos por cuanto se emiten mucho tiempo después de los hechos, y se basan en supuestos, y ajeno a premisas reales, teniendo en cuenta que aquellas valoraciones se deben efectuar en tiempo, y se hace sobre los documentos del dispensario médico que carece de datos básicos como los antecedentes de la consulta. En gracia de discusión, que dichos dictámenes pudieran tener validez, tampoco acreditan las supuestas agresiones que se endilgan a mi representado"*⁷⁶

Apoyó su argumento, con lo manifestado por la médico testigo, que atendió los soldados el día de los hechos, señalando que al preguntarle si los procesados habían ocasionado las lesiones, esta expresó, que los soldados no le manifestaron que fueran ellos y que en la descripción de las lesiones no señaló muestra de las presuntas cachetadas.

Lo anterior, solo demuestra la confusión de conceptos de índole dogmático respecto de la estructura del tipo penal que se le endilga al SP. NARVAEZ JURADO DIDIER, como ya quedó anotado, aunado al hecho de que si lo pretendido por el defensor era atacar los dictámenes, estos en pretérita oportunidad fueron puestos a disposición de los sujetos procesales⁷⁷, conforme lo dispone el artículo 423 del Código Penal militar, situación que fue cumplida por el juzgado instructor,

⁷⁶ Folio 774 C.O. 4.

⁷⁷ Auto del 15/02/2019 visible a folio 472 C.O. 3.

sin que alguno de los sujetos procesales hubiese solicitado la ampliación, objeción, aclaración o complementación de las pericias referidas.

En el mismo sentido, el artículo 424 de la norma en cita, permite a las partes realizar objeciones a los dictámenes por error, violencia o dolo, pero dentro del expediente ninguna de las partes optó por ello, cómo tampoco hicieron uso del traslado inicialmente otorgado, conforme el artículo 423, por lo que, se repite, si se quería atacar las pericias en su esencia, la oportunidad probatoria estaba dada para ello tanto en la fase de instrucción como en la de juzgamiento, en atención a la preclusividad de los actos procesales que rige en nuestro sistema, razón adicional para indicar, que no prospera el alegato invocado por el defensor.

En suma, los motivos expuestos permiten descartar lo aducido por los defensores, por tanto, la decisión será confirmada, razón le asistió al *a-quo* al haber encontrado responsable al militar CT. DÍAZ GARZÓN JUAN IGNACIO por la comisión del concurso homogéneo del punible de ATAQUE AL INFERIOR y en concurso heterogéneo con el delito de LESIONES PERSONALES y al militar SP. NARVAEZ JURADO DIDIER FABIAN por la comisión del punible de ATAQUE AL INFERIOR en concurso homogéneo, absolviéndolo por el delito de LESIONES PERSONALES, sin concederles el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por

expresa prohibición legal, por lo que las aspiraciones de los apelantes no tienen vocación de éxito.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: DESATENDER las pretensiones de los recurrentes y, en consecuencia, **CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia calendada cuatro (4) de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional, a través de la cual, condenó al CT. DÍAZ GARZÓN JUAN IGNACIO a la pena de diecisiete (17) meses de prisión por la comisión del concurso homogéneo del punible de ATAQUE AL INFERIOR y en concurso heterogéneo con el delito de LESIONES PERSONALES, sin conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal y condenó al SP. NARVAEZ JURADO DIDIER FABIAN a la pena principal de catorce (14) meses de prisión por la comisión del punible de ATAQUE AL INFERIOR en concurso homogéneo, absolviéndolo por el delito de LESIONES PERSONALES, sin conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONTRA la presente decisión procede de manera excepcional el recurso extraordinario de Casación, en los términos establecidos en la Ley 600 de 2000.

TERCERO: DEVOLVER el proceso al despacho que corresponda, por intermedio de la secretaria de esta Corporación, una vez en firme la decisión.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Coronel **ROBERTO RAMÍREZ GARCÍA**
Magistrado Ponente

Coronel **JOSÉ ABRAHAM LÓPEZ PARADA**
Magistrado

Teniente Coronel **JORGE NELSON LÓPEZ GALEANO**
Magistrado Ponente

BERLEDIS BANQUEZ HERAZO
Secretaria