

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala : *Segunda de Decisión*
Magistrado ponente : *CR (R) WILSON FIGUEROA GÓMEZ*
Radicación : *159134-221-XIV-286*
Procedencia : *Juzgado de Primera Instancia de los Departamentos de Policía de Atlántico, Antioquia y Magdalena*
Procesado : *AP (R) KENNY LEONARDO PINO DÍAZ*
Delito : *Abandono del Puesto*
Motivo de alzada : *Apelación sentencia condenatoria*
Decisión : *Confirma decisión.*

Bogotá D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil veintidós (2022).

I. VISTOS

Procede la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a conocer el recurso de apelación interpuesto por el defensor del AP(R) **KENNY LEONARDO PINO DÍAZ**, contra la sentencia de fecha 25 de febrero de 2019 proferida por el Juzgado de Primera Instancia de los Departamentos de Policía del Atlántico, Antioquia y Magdalena, a través de la cual se condenó al ex policial como autor del punible de

Abandono del Puesto a la pena de doce (12) meses de prisión.

II. HECHOS

El PT. **JORGE LUIS JULIO CASTILLO** denunció que el tres (3) de julio de 2015 a las 00:45 horas sorprendió al AP. **KENNY LEONARDO PINO DÍAZ** apartado de su lugar de facción, quien en ese momento se encontraba de servicio de información y seguridad de instalaciones en la guardia de la Estación de Policía de San Pedro (Sucre), por lo que procedió a buscarlo encontrándolo tirado en el piso durmiendo cerca a uno de los baños de la unidad policial y además despojado de su armamento.

Así mismo, denunció el IT. **JOHN EDWARD AYALA AMADO** que el Auxiliar luego de finalizar el turno de servicio y asistir a la formación de personal en la que se le llamó la atención por lo ocurrido, se cambió de civil y abandonó las instalaciones policiales sin permiso ni justificación.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1- Por los hechos antes referidos, el Juzgado 166 de Instrucción Penal Militar, con auto del 30 de julio de 2015, dispuso la apertura de investigación penal contra el AP. **KENNY LEONARDO PINO DÍAZ** por el delito

de Abandono del Puesto y Deserción¹, siendo escuchado en indagatoria el 15 de febrero de 2016² y resuelta su situación jurídica provisional con auto del 11 de abril de la misma anualidad, absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento por el delito de Abandono del Puesto³ y, además, dispuso la cesación de procedimiento por el punible de Deserción.

3.2-. El sumario fue remitido a la Fiscalía 161 Penal Militar el 23 de marzo de 2018⁴, despacho que con auto del 30 de mayo del mismo año cerró el ciclo instructivo⁵ y el 31 de agosto de 2018 profirió resolución de acusación en contra del AP. **KENNY LEONARDO PINO DÍAZ** por el delito de Abandono del Puesto⁶.

3.3-. La etapa de juzgamiento fue asumida por el Juzgado de Primera Instancia de los Departamentos de Policía del Atlántico, Antioquia y Magdalena, despacho ante el cual se desarrolló la audiencia de corte marcial el 17 de enero de 2019⁷. Seguidamente, el 25 de febrero de 2019 se profirió sentencia condenatoria en contra del AP. **KENNY LEONARDO PINO DIAZ** como autor del delito de Abandono del Puesto⁸. Fallo contra el cual la defensa del enjuiciado interpuso recurso de

¹ Cuaderno original No.1, folios 6-10.

² Cuaderno original No. 1, folios 196-201.

³ Cuaderno original No. 1, folios 117-133.

⁴ Cuaderno original No. 2, folio 347.

⁵ Cuaderno original No. 2, folio 349.

⁶ Cuaderno original No. 2, folios 368-382.

⁷ Cuaderno original No. 3, folios 438-447.

⁸ Cuaderno original No.3, folios 448-473.

apelación, el cual se resolverá por parte de esta Sala de Decisión.

IV. PROVIDENCIA RECURRIDA

El fallador de primer grado adujo frente a la tipicidad que el AP(R). **KENNY LEONARDO PINO DÍAZ** el tres (3) de julio de 2015 se encontraba prestando el servicio de información y seguridad de instalaciones en la Estación de Policía de San Pedro, servicio durante el cual resolvió dormirse sin justificación alguna, siendo sorprendido aproximadamente a las 00:45 horas acostado sobre el piso boca arriba y despojado de su armamento, hecho del que fueron testigos el PT. **JORGE LUIS JULIO CASTILLO** y el AP. **JOSE MANUEL POLO PACHECHO**.

Conforme al acontecer fáctico antes reseñado, el juez de primer grado sostuvo en la decisión recurrida que el policial con su comportamiento agotó el verbo rector "*dormir*" contenido en el tipo penal de Abandono del Puesto, el cual corresponde a un delito de mera conducta que se realiza cuando el miembro de la Fuerza Pública estando de facción o de servicio se separa del puesto por cualquier tiempo, se duerma, se embriaga o se pone bajo los efectos de sustancias alucinógenas, sin que sea necesario un resultado o consecuencia para que se agote la tipicidad del delito.

Del mismo modo, refirió que la materialidad del injusto está soportada en los testimonios de los policiales antes referenciados y en las fotografías que le tomaron al inculpado cuando se encontraba dormido y que fueron aportadas por el PT. **JORGE LUIS JULIO CASTILLO** al proceso, pruebas a partir de las cuales se evidencia la comisión dolosa del delito por parte del acusado. Igualmente, el hecho quedó registrado en las anotaciones de los libros minuta de información y minuta de población de la unidad policial.

En relación con la antijuridicidad, refirió que el comportamiento del justiciable afectó el bien jurídico del Servicio, toda vez que al quedarse dormido se sustrajo de las funciones que debía desempeñar durante el turno que le correspondía.

En cuanto a la culpabilidad, el sentenciador precisó que el acusado era apto para la prestación del servicio militar y tenía suficiente antigüedad para comprender la antijuridicidad de su actuar, dado que fue dado de alta en las filas desde el 14 de febrero de 2015.

Así mismo, indicó que el policial era imputable para la época de los hechos, como quiera que le fue practicado un examen de capacidad de comprensión por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el que se determinó que para la fecha de los hechos no presentó síntomas psicóticos agudos que le impidieran

comprender la ilicitud de su conducta o autodeterminarse bajo esa comprensión.

Finalmente, declaró la responsabilidad penal del acusado en calidad de autor del delito de Abandono de Puesto y lo condenó a la pena de un (1) año de prisión, negándole el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por tratarse de un delito que afectó el bien jurídico del Servicio.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El Doctor **RAFAEL ANTONIO ARRIETA ALFARO**, en su condición de defensor de confianza del AP(R) **KENNY LEONARDO PINO DÍAZ**, presentó y sustentó en términos recurso de apelación contra el fallo condenatorio, para lo cual solicitó la absolución de su cliente argumentando que el fallador de primera instancia no valoró las pruebas en conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, refiriéndose de manera específica a la indagatoria, el historial clínico y el dictamen de medicina legal realizado al enjuiciado.

En ese sentido, precisó que el acusado en su injurada manifestó que le informó al Sargento **JHON AMADO AYALA** que no se encontraba apto para la prestación del turno de servicio porque se sentía cansado y con malestar en el cuerpo, pese a ello el suboficial obligó al auxiliar a prestar el servicio de 10:00 pm a 07:00 am y por ese motivo se quedó dormido.

Del mismo modo, aseguró que en el historial clínico del acusado se estipuló que el procesado venía padeciendo dolores y molestias en su cuerpo al presentar mamas de gran tamaño y de crecimiento progresivo que le impedían realizar ciertos movimientos físicos. Por otra parte, sostuvo que en el informe pericial de medicina legal practicado a su cliente se concluyó que éste presentaba farmacodependencia a la marihuana.

Adujo, entonces, que las anteriores circunstancias no fueron tenidas en cuenta por el sentenciador en el fallo cuestionado, de las cuales se desprende que el **AP(R) KENNY LEONARDO PINO DÍAZ** se quedó dormido durante el turno de servicio por causa de la enfermedad que venía padeciendo, también por el cansancio que le generó la prestación de los turnos sucesivos de servicio en altas horas de la noche que venía prestando en forma periódica, circunstancias que conllevaron a que el sueño lo venciera el día de los hechos, por lo que no era posible predicar intencionalidad alguna en el comportamiento de su cliente, puesto que se trató de un acto involuntario que corresponde a una necesidad básica de los seres humanos según los estudios científicos.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La representante del Ministerio Público que actúa ante esta instancia conceptuó que el recurso de apelación presentado por el defensor del AP(R) **KENNY LEONARDO PINO DÍAZ** debe ser declarado desierto por falta de sustentación.

Para el efecto, indicó que el recurrente no presentó argumentos que controviertan el fallo de primera instancia, en su lugar refirió de manera genérica que el juzgado no valoró las pruebas documentales como lo demanda el artículo 401 de la Ley 522 de 1999, refiriéndose específicamente a la indagatoria del acusado, su historia clínica y el dictamen de medicina legal que le fue practicado.

Aseguró que, al revisar la sentencia se puede verificar que las pruebas cuestionadas fueron ampliamente valoradas por el funcionario judicial que profirió el fallo, lográndose desvirtuar las exculpaciones del acusado quien se durmió durante el servicio, conclusión a la igualmente se arribó a partir de los testimonios de los soldados que conocieron los hechos y demás pruebas documentales aportadas.

Así mismo, refirió que el censor procedió a hacer un análisis de los ciclos del sueño en aras de justificar la conducta del acusado, aspecto que según el

Ministerio Público resulta irrelevante al caso, como quiera que se trata de un tema que no fue objeto de investigación ni se abordó en la sentencia.

VII. DE LA COMPETENCIA

Conforme lo establecido por la Corte Suprema de Justicia⁹, no obstante, los hechos que originaron la presente actuación acaecieron en vigencia de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que el sistema procesal previsto en la citada codificación no ha sido implementado por parte del Gobierno Nacional, la norma adjetiva llamada a regular el caso *sub júdice* es la establecida en la Ley 522 de 1999. Por lo anterior, de conformidad con el artículo 238-3 de la Ley 522 de 1999, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el defensor del **AP(R) KENNY LEONARDO PINO DÍAZ**, contra la sentencia del 25 de febrero de 2019 proferida por el Juzgado de los Departamentos de Policía Atlántico, Antioquia y Magdalena, a través de la cual se condenó al institucional como autor del punible de Abandono del Puesto.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Se debe recordar, frente al recurso de apelación, que éste se desarrolla con las limitaciones que impone

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 44046 del 17-06-15, MP. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero.

el inciso 2° del artículo 583 de la Ley 522 de 1999, de tal suerte, que la segunda instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad y los que inescindiblemente resulten vinculados al objeto de impugnación.

2.- Encuentra la Sala que los reparos planteados por el censor en su recurso de apelación giran en torno a los siguientes aspectos: i) indebida valoración probatoria de la indagatoria, el historial clínico y el dictamen de medicina legal del enjuiciado; ii) atipicidad de la conducta por ausencia de dolo, dado que el estado de salud y el cansancio del acusado fue la causa que le indujo a dormirse durante el turno de servicio.

En esas condiciones, la Sala procederá a resolver los puntos de disenso en el orden establecido anteriormente con el ánimo de presentar en forma ordenada y coherente los argumentos que empleará para desatar el recurso presentado, por lo que inicialmente se hará referencia a algunas precisiones respecto al tipo penal de Abandono del Puesto, para luego emprender el análisis de los argumentos expuestos por el impugnante, en procura de concluir si debe revocarse la decisión condenatoria de primera instancia, como lo reclama la defensa o, sí por el contrario, se hace necesario confirmar la sentencia.

3.- El tipo penal de Abandono del Puesto se encuentra enlistado en el artículo 108 de la Ley 1407 de 2010

dentro de los delitos contra el servicio, el cual señala textualmente lo siguiente:

"ARTÍCULO 105. ABANDONO DEL PUESTO. El que estando de facción o de servicio abandone el puesto por cualquier tiempo, se duerma, se embriague o se ponga bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, incurrirá, en prisión de uno (1) a tres (3) años.

Si quien realiza la conducta es el comandante, la pena se aumentará de una cuarta parte a la mitad.

Así mismo, el artículo 16 del estatuto penal castrense enseña que la ley definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. Es así que, en lo que tiene que ver con el delito de Abandono del Puesto, el tipo penal establece para su configuración objetiva elementos particulares y especiales que atañen en forma directa y concreta al servicio que se predica de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

En esa medida, el tipo penal de Abandono del Puesto contiene dos ingredientes normativos en blanco relativo a los términos "**facción**" y "**servicio**", los cuales corresponden a dos situaciones particulares en las que el militar o policial, como sujeto activo de la conducta punible, puede encontrarse al momento de agotar el verbo rector "**abandonar**" contenido en la descripción típica aludida, ya sea separándose de sus

deberes por cualquier tiempo, durmiéndose, embriagándose o poniéndose bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

El término "servicio" corresponde al género, es decir, es el todo de la orden, mientras que la "facción" se entiende como una parte fundante del ejercicio directo de la actividad del servicio específica. En otras palabras, el ingrediente normativo "facción" es la función determinada dentro de los servicios de seguridad y vigilancia de una unidad, siendo ésta consustancial al mismo servicio. De manera pues, que cuando el militar o policial está de facción, tal situación implica necesariamente estar de servicio, sin embargo, estar de servicio no supone estar de facción¹⁰. Sobre el tema en particular Corte Suprema de Justicia ha expresado lo siguiente:

"(...) Elevados por el legislador a la categoría de bienes jurídicos la disciplina y el servicio, para la correcta selección de la norma aplicable al caso, además del examen de los elementos del tipo, se impone la inmediata referencia al sentido y alcance de cada uno de aquellos conceptos.

*Pues bien, en cuanto a la **disciplina** se refiere, en el Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares (Decreto No. 1797 de septiembre 14 de 2000), el artículo 16° precisa (...)*

*Y en relación con el concepto de **servicio**, tal como sin dificultad surge de la previsión contenida en el estatuto castrense, se tiene que es término referido a los específicos deberes que atañen a los*

¹⁰ Tribunal Superior Militar y Policial, Segunda Sala de Decisión, Radicado No. 158836 del 29-01-18, MP. BG. Marco Aurelio Bolívar Suárez.

miembros activos de la Fuerza Pública a quienes se asignan labores de dirección o vigilancia.

La Delegada, entonces, carece de razón cuando otorga mayor amplitud a este último, porque lo que surge claro es que entre estos bienes jurídicos, y desde luego entre los injustos a través de los cuales se protegen, existe una relación de género a especie, porque si bien los atentados contra la disciplina pueden predicarse de todos los miembros de la fuerzas militares, las faltas contra el servicio sólo son atribuibles al militar en servicio activo a quien a través de trámites formales previamente establecidos se le haya asignado una función, tarea o cargo específico como los atrás señalados, que luego incumple.

(...)

Con esta percepción de los hechos, pierde de vista la impugnante que el procesado había sido designado previamente y con las formalidades de ley para un turno de veinticuatro (24) horas, que implicaba como lo anota con acierto la Delegada "disponibilidad permanente y continua", por lo que el abandono de la función como tal, que no del puesto entendido en la estrecha acepción de espacio o lugar donde aquélla se cumple, estructuraba el tipo penal previsto en el artículo 111 de Código Penal Militar vigente para la fecha de los hechos, esto es, la conducta punible consagrada hoy en el artículo 124 (...) "¹¹.

Ahora bien, el Abandono del Puesto corresponde a un tipo penal que castiga el incumplimiento de deberes ya sea por la falta de presencia y permanencia del militar o policial en el respectivo puesto, o por la mera sustracción de la función sin que sea necesario

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Rad 12878, MP. Jorge Aníbal Gómez Gallego, 23 de mayo de 2001.

el abandono del espacio físico destinado para el turno de servicio, esto es, cuando el sujeto activo de la conducta se pone bajo el efecto de sustancias estupefacientes, se duerme o se embriaga durante el desarrollo de la respectiva función de vigilancia y seguridad para el que fue previamente designado, es decir, que su objetivo es asegurar que el uniformado cumpla con la función de que le fue encomendada en el tiempo y el modo preestablecidos.

Por esa razón, el tipo penal se concibe como un injusto de mera conducta, lo que significa que no se requieren resultados o que se produzca una consecuencia en el mundo material perceptible por los sentidos para que se predique su antijuridicidad. De manera que, la ausencia inconsulta de quien tiene el deber de presencia por su condición de militar o policial altera no solo el normal desarrollo del servicio, sino, además, las condiciones de seguridad de una unidad de la Fuerza Pública, lo que se expresa en el desvalor del resultado, al punto que el legislador dispuso un ámbito de protección *ex ante*, tipificando ese comportamiento negativo precisamente para proteger el bien jurídico de contenido institucional, al respecto esta Corporación estableció:

"Es el ámbito de competencia (organización o institucional) que precisa el destinatario de la norma, quien con su conducta produce la afectación del bien jurídico objeto de tutela, esto es, cuando por la ausencia no prevista del miembro de

*la Fuerza Pública se alteran las normales condiciones en que debe desarrollarse el servicio, expresión de antijuridicidad material*¹².

4.- Ahora bien, frente al asunto que suscita la atención del Colegiado, el censor reclama que el fallador de primera instancia efectuó una indebida valoración probatoria de la indagatoria y la historia clínica del acusado, así como de los resultados del dictamen de medicina legal.

Al respecto, la Sala evidencia que el funcionario judicial de primer grado analizó en la sentencia dichas pruebas en conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica, ejercicio que le permitió desestimar las exculpaciones del enjuiciado procediendo a condenarlo como autor del delito de Abandono del Puesto.

En ese sentido, al examinar la injurada del acusado podemos verificar que en su defensa manifestó que no se encontraba apto para prestar el turno de servicio el día de los hechos, en razón a que presentaba malestar general, situación que comunicó al **IT. JHON EDWAR AYALA AMADO**, quien en respuesta le llamó la atención y lo obligó asumir el servicio que le correspondía de 22:00 a 07:00 horas¹³.

Sin embargo, al verificar el testimonio del **IT. AYALA AMADO**, podemos evidenciar que este testigo aseguró que

¹² Tribunal Superior Militar, Sentencia del 18 de febrero de 2011, rad. 156553, MP. CR. Camilo Andres Suarez Aldana.

¹³ Cuaderno original No. 1. Folios 196-201.

el acusado de forma alguna le informó de novedad que le impidiera asumir el servicio el día de los hechos, indicando que se efectuaron dos formaciones al personal previas al servicio que asumió el Auxiliar de Policía inculpado, en las que se impartieron consignas generales y particulares, indagándose en aquel momento a los presentes si alguno registraba novedades para asumir el servicio de vigilancia y seguridad, inquietud frente a la cual el enjuiciado guardó silencio, asumiendo el servicio de manera normal¹⁴.

Del mismo modo, al revisar el acta de audiencia dentro del proceso disciplinario que se le siguió al **AP (R) KENNY LEONARDO PINO DÍAZ** por los mismos hechos aquí investigados, la cual se agregó a la foliatura como prueba trasladada, encontramos una contradicción del dicho del inculpado en relación con el relato de la indagatoria, ello es así, porque si bien sostuvo en las dos versiones que no estaba en condiciones de asumir el servicio, en la audiencia de la actuación disciplinaria afirmó que esa situación no se le informó a ningún superior.

Bajo ese entendido, para la Sala la exculpación del procesado resulta poco creíble dada la contradicción advertida en su dicho, además, porque si realmente no estaba en condiciones de asumir el servicio que le correspondía bien pudo informar la situación antes de haber recibido el turno o, en su defecto, solicitar a sus superiores dirigirse al centro médico policial más

¹⁴ Cuaderno original No. 1, folio 45-48.

cercano o utilizar el radio de comunicaciones con el que contaba para solicitar su relevo del puesto, sin embargo, ninguna acción emprendió en procura de conjurar la supuesta situación que atravesaba para no descuidar el servicio de seguridad, optando en su lugar por entregarse al descanso durante el servicio que le había sido confiado, siendo sorprendido en flagrancia por el PT. **JORGE LUIS JULIO CASTILLO** y el AP. **JOSÉ MANUEL POLO PACHECHO**.

Además de lo anterior, nótese que luego de ser descubierto dormido aproximadamente a las 00:45 horas, el procesado se levantó y continuó prestando el turno sin novedad alguna hasta su culminación a las 07:00 horas.

En cuanto al historial clínico del enjuiciado¹⁵, habrá de precisarse que en dicho documento se registró atención médica del inculpado por medicina general en varias ocasiones y una única vez por psicología, sin embargo, ninguno de los motivos de consulta guarda relación con el hecho que originó la presente actuación, pese a que el defensor a través del recurso de apelación de manera novedosa se refirió al diagnóstico de ginecomastia bilateral que presenta su cliente (presencia de masas en ambas mamas de crecimiento progresivo)¹⁶ como una de las causas por las que su cliente se quedó dormido en el puesto, alegación que resulta ajena al acontecer fáctico

¹⁵ Cuaderno original folios No. 271-283.

¹⁶ Cuaderno original No.2 folio 279.

porque el diagnóstico data del 22 de enero de 2014 y los hechos investigados ocurrieron el tres (3) de julio de 2015, sin que se reporte registro de consultas posteriores por la misma causa donde se refleje la evolución de la enfermedad, menos incapacidades médicas por esa situación u otras de las cuales se pueda inferir que el inculpado no era apto para la prestación del servicio de seguridad encomendado.

Ahora bien, en cuanto al dictamen de medicina legal, observa esta Colegiatura que dicha prueba se ordenó dentro del proceso en consideración al registro que reposa en el historial clínico relacionado con una consulta por psicología a la que asistió el acusado el 21 de agosto de 2009¹⁷, por comportamiento de franca oposición y rebeldía contra sus padres, consulta que fue realizada seis (6) años antes de la ocurrencia del hecho por el cual fue investigado, no obstante, se consideró que fuese valorado por el área de psiquiatría forense. Prueba pericial en la que se concluyó que pese a ser consumidor de marihuana, era una persona imputable para la época de los hechos¹⁸.

Como puede verse, resulta inviable admitir la tesis defensiva que sostiene una indebida apreciación probatoria a partir de cual se desconocieron circunstancias que justificaban el comportamiento del

¹⁷ Cuaderno original No. 2, folio 277.

¹⁸ Cuaderno original No. 2, folio 335.

justiciable, motivo por el cual se desatenderá la pretensión del censor.

5.- Por otra parte, el recurrente aseguró que la causa determinante de la ocurrencia del delito fue el cansancio extremo de su cliente, debido a los turnos de servicio que venía prestando de manera sucesiva durante la noche y la madrugada, razón por la cual se quedó dormido durante el servicio que cumplía el tres (3) de julio de 2015, lo que obedeció a un acto involuntario desprovisto de dolo, lo que permite considerar que el comportamiento del institucional resulta atípico.

Sobre el particular, encuentra la Sala que el argumento defensivo se relaciona con la tipicidad subjetiva sugiriendo la ocurrencia de una causal de ausencia de responsabilidad como lo es la fuerza mayor, tema que no fue puesto de presente a lo largo de la actuación y menos abordado en los considerandos de la sentencia, lo que en principio resultaría una petición novedosa del recurrente que la Sala no estaría en la obligación de analizar en virtud de los presupuestos del principio de limitación que gobierna el recurso de apelación, aspecto que precisamente advirtió el Ministerio Público en su concepto de rigor.

No obstante, esta Colegiatura analizará el argumento del recurrente por estimar que el tema puesto a consideración por el censor resulta inescindible al

objeto de apelación, como quiera que su pretensión trata de controvertir una de las formas en las que se agota el tipo penal de Abandono del Puesto, esto es, la que se refiere al verbo rector "dormirse", por el que precisamente fue imputado y acusado el AP. **KENNY LEONARDO PINO DÍAZ.**

En esas condiciones, recuérdese que la atipicidad subjetiva se presenta cuando a pesar de haberse materializado el aspecto objetivo del delito, no se obra con el conocimiento y la voluntad necesarios que exige determinado tipo penal, circunstancia que acontece en los eventos en que se presenta algunas de las denominadas causales de ausencia de responsabilidad¹⁹, como corresponde a la fuerza irresistible, que incumbe a la fuerza mayor (vis absoluta); caso fortuito; movimientos o actos reflejos; estados de plena inconsciencia y; error de tipo, entre otras.

En el caso que nos ocupa, la fuerza mayor y el caso fortuito, conforme a las previsiones del artículo 1° la Ley 95 de 1890 -norma que aún se encuentra vigente²⁰-, son definidas como un suceso idéntico, análogo, similar y equivalente, Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia en materia penal los entiende como fenómenos diferentes, en tanto,

¹⁹ VELASQUEZ, Fernando – *Manual de Derecho Penal – Tercera Edición.* - Editorial Omnilibros, Pág. 253 a 257, 309 – 317.- SANDOVAL FERNANDEZ, Jaime, REDALY – *Revista de derecho*, núm. 19, junio de 2003. P.P. 1-18 Universidad del Norte (Barranquilla).

²⁰ Ley 95 de 1890, artículo 1: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público."

considera que la fuerza mayor es de naturaleza externa al individuo, mientras que el caso fortuito depende del fuero interno del sujeto, aunque en el plano naturalístico ambas tienen idéntico resultado como es anular la voluntad de la persona, lo cual conlleva a predicar en el ámbito jurídico la atipicidad de la conducta por ausencia del aspecto subjetivo.

Ahora bien, los eventos de fuerza irresistible se pueden originar por fenómenos de la naturaleza o por la actividad de otra persona, esto es, generado por una fuerza externa que tiene que ser irresistible con la suficiente virtualidad de doblegar y/o arrastrar la voluntad del individuo, la cual puede ser física (vis física) o de carácter moral (vis compulsiva)²¹.

En el caso bajo estudio, en lo que atañe a la fuerza irresistible que corresponde a la fuerza mayor prevista como causal de ausencia de responsabilidad en el numeral 1° del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010, generada por un suceso extraño a la voluntad del individuo, bien por efectos de la naturaleza, como un terremoto, un vendaval, un naufragio solo por citar los ejemplos que trae la definición legal (Ley 95 de

²¹ "La fuerza tiene que ser irresistible, esto es, debe tratarse de una vis que doblega y arrastra la voluntad del individuo, que es llevado por ella de modo que no puede oponerse; en otras palabras, la persona no obra, es obrada: non agit sed agitur. Adviértase que las hipótesis hasta ahora tratadas se denominan como vis absoluta, aunque las equiparaciones no son siempre aceptadas, porque en todos estos eventos la fuerza irresistible es física (vis física); no obstante, nada impide que ella sea de carácter moral (vis compulsiva), en cuyo caso se constata la presencia de una conducta que puede excluir la antijuridicidad o la culpabilidad, según el caso de que se trate. En síntesis: la fuerza irresistible excluyente de la conducta puede provenir de un fenómeno de la naturaleza o de una tercera persona; desde luego, si ella es resistible habrá conducta, pero esta puede estar justificada o ser inculpable si se reúnen los presupuestos correspondientes "Ahora bien, en el derecho positivo la fuerza irresistible se prevé en dos numerales del artículo 32: el 1, que menciona la "fuerza mayor", y el 8, que alude al obrar "bajo (sic) insuperable coacción ajena", ambas consideradas como causales de exclusión de la responsabilidad penal." VELASQUEZ, Fernando – Manual de Derecho Penal – Tercera Edición. - Editorial Omnilibros, Pág. 254:

1890) o por actos de terceras personas, como los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc., conforme a la misma preceptiva, corresponden a sucesos que por ser irresistibles en el plano puramente naturalístico tienen la virtualidad de anular el control de la voluntad de una persona, lo que determina que se presente una ausencia de acción en cuanto aquella siempre debe ser voluntaria²², circunstancia que necesariamente rompe la relación o vínculo causal entre la acción y el resultado.

Entendido lo anterior, resulta claro que la causal de ausencia de responsabilidad que se reclama no se halla acreditada en relación con el comportamiento del acusado, puesto que éste no se encontraba prestando turnos sucesivos de servicio, habiendo disfrutado de periodos de descanso antes de asumir el turno de servicio el tres (3) de julio de 2015, lo que sin lugar a duda resquebraja el argumento del censor.

En ese sentido, tanto el PT. **JORGE LUIS JULIO CASTILLO**²³ como el AP. **JOSE MANUEL POLO PACHECHO**²⁴, afirmaron que el AP. **KENNY LEONARDO PINO DÍAZ** descansó

²² "La fuerza mayor. Que es la misma fuerza irresistible, anula el control por la voluntad de los movimientos y ante la misma el sujeto no puede oponerse; por tal razón se constituye en se constituye en una causa de acción.
(...)

La fuerza debe ser irresistible, porque debe anular por completo la posibilidad de disponer de la voluntad y de la capacidad de resistencia del sujeto, de modo que exige la vis absoluta, sin que comprenda la vis compulsiva (en la cual se ejercer fuerza para amenazar y compeler al coaccionado a actuar o quedar en posición omisiva.

El origen de la fuerza mayor puede ser: a. Natural, como un terremoto que hace atropellar por un carro a un peatón, o un vendaval que hace caer a una persona sobre otra a quien lesiona, o sobre un objeto que daña; b. Proveniente de acometida o golpes de animales, como cuando la persona perseguida por un perro furioso que trata de morderle se introduce en habitación ajena; c. Causada por movimientos involuntarios de otra persona que a su turno puede forzar movimientos de un tercero ... d. Proveniente de fuerza de una persona que actúa dolosamente" SUAREZ SANCHEZ, Alberto, Aspecto Negativo de la Tipicidad, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Universidad Externado de Colombia, Págs. 258 y ss.:

²³ Cuaderno original No. 1, folios 49-51.

²⁴ Cuaderno original No. 2. folios 302 -303.

toda la tarde antes de asumir el turno a las 22:00 horas del día tres (3) de julio de 2015, razón por la cual no puede aceptarse la tesis defensiva que plantea como razón para que el enjuiciado se durmiera durante la facción del servicio de seguridad que prestaba el cansancio extremo.

Además, se cuenta con tres (3) fotografías del justiciable durmiendo durante el turno de servicio, las cuales fueron tomadas por el PT. **JORGE LUIS JULIO CASTILLO**, imágenes de las que se estableció su autenticidad a través del respectivo informe de policía de judicial²⁵ y que fueron reconocidas como suyas por el acusado en su injurada²⁶, en donde se puede observar que el uniformado se encontraba acostado en el piso, en posición decúbito supino (boca arriba) con el radio de comunicaciones a la altura del abdomen, también se aprecia que dejó su fusil a unos pocos metros de distancia recostado en la pared al lado de una silla plástica, imagen de la que se infiere que el institucional se dispuso a dormir durante el servicio al adoptar una posición cómoda, además, de despojarse de su armamento para entregarse al descanso, estado que solo logró ser interrumpido cuando el PT. **JORGE LUIS JULIO CASTILLO** y el AP. **JOSE MANUEL POLO PACHECHO** se hicieron presentes en el lugar y procedieron a despertarlo, dado que el procesado no confirmaba los reportes radiales a las patrullas de la estación de policía.

²⁵ Cuaderno original No. 2, folios 203-206.

²⁶ Cuaderno original No.1, folios 196-201.

Lo anterior permite concluir que la voluntad del inculpado estuvo dirigida a la concreción de la acción típica y al abandono de las funciones del servicio, por lo que se puede afirmar certeramente que el comportamiento del uniformado devino en doloso, puesto que no solo conocía que su actuar era ilícito, sino que voluntariamente aceptó su realización, conducta que afectó el bien jurídico del Servicio, al punto de interrumpir la comunicación de la Estación de Policía de San Pedro con las patrullas que se encontraban por fuera de la unidad policial en aquél momento, dado que el justiciable además de prestar el turno era el encargado de atender el canal de comunicaciones de la estación de policía con las unidades externas.

Corolario de todo lo expuesto en precedencia, la Sala despachará de manera desfavorable las pretensiones del apelante y, en consecuencia, se confirmará la sentencia proferida el 25 de febrero de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía del Atlántico, Antioquia y Magdalena, en contra del AP (R) **KENNY LEONARDO PINO DÍAZ**, a través de la cual se condenó al ex policial como autor del delito de Abandono del Puesto.

En mérito a lo anterior, la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IX. RESUELVE:

PRIMERO: DESPACHAR EN FORMA DESFAVORABLE el recurso de apelación presentado por la defensa del AP (R) **KENNY LEONARDO PINO DÍAZ**, contra la sentencia proferida el 25 de febrero de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía de Atlántico, Antioquia y Magdalena, que lo declaró responsable penalmente por el delito de Abandono del Puesto, conforme a las consideraciones señaladas en la parte considerativa de esta decisión judicial.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida el 25 febrero de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía de Atlántico, Antioquia y Magdalena, a través de la cual se condenó al AP (R) **KENNY LEONARDO PINO DÍAZ** como autor del delito de Abandono del Puesto, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

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

CUARTO: REMITIR el proceso al despacho de origen, por intermedio de la Secretaria de esta Corporación, una vez en firme la decisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

Brigadier General **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**
Magistrado

Capitán de Navío (R) **JULIÁN ORDUZ PERALTA**
Magistrado

BERLEDIS BANQUEZ HERAZO
Secretaria