

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala : Primera de Decisión
Magistrado Ponente : CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Radicación : 159053-216-I-240-FAC
Procedencia : Juzgado ante Comando Aéreo 122
Fuerza Aérea Colombiana
Procesado : SL. OSCAR ENRIQUE ANGEL HERNÁNDEZ
Delito : Del centinela
Motivo de alzada : Apelación sentencia condenatoria
Decisión : Confirma condena.

Bogotá, D.C., octubre veintiuno (21) de dos mil veintidós (2022).

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a adoptar la decisión que en Derecho corresponda en relación con el recurso de apelación impetrado por la abogada NORMA CONSTANZA MARLÉS B., defensora de oficio del SL. OSCAR ENRIQUE ANGEL HERNANDEZ, en contra de la sentencia del 04 de diciembre de 2018 por medio de la cual el Juzgado ante

Comando Aéreo 122 de la Fuerza Aérea Colombiana, sito en esta ciudad capital, condenare a este último a la pena principal de cuatrocientos cincuenta (450) días de prisión como autor responsable del delito típicamente militar del centinela, a la vez que negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal.

II. HECHOS

El episodio fáctico génesis de las presentes diligencias fue sincretizado en la resolución de acusación proferida por la Fiscalía ante Comando Aéreo 122 de la Fuerza Aérea Colombiana, ello en los siguientes términos:

*"Dan cuenta las pruebas aportadas al plenario, que el soldado ANGEL HERNANDEZ OSCAR ENRIQUE fue sorprendido dormido durante la facción que cumplía como centinela en el puesto Alfa Tres de la Guardia de GRUSE-1, en el turno de las 19:00 a las 01:00 horas del día 18 de julio de 2017."*¹.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por razón del marco fáctico antes bosquejado, el 07 de septiembre de 2017² el Juzgado 123 de Instrucción Penal Militar ordenó la apertura de investigación formal en

¹ Folios 119 y 120 C.O. 1

² Folios 9 y 10 *Ibídem*.

contra del SL. OSCAR ENRIQUE ANGEL HERNANDEZ por la presunta comisión del delito del centinela, siendo vinculado mediante diligencia de indagatoria el 1° de noviembre de 2017³.

Su situación jurídica fue resuelta provisionalmente el 07 de noviembre de 2017⁴, absteniéndose el titular del despacho instructor de imponerle medida de aseguramiento alguna por el delito del centinela al considerar que no resultaba necesaria.

Estimado perfeccionado el ciclo instructivo por parte del juez instructor, el sumario fue remitido el 27 de noviembre de 2017⁵ a la Fiscalía ante Comando Aéreo 122 de la Fuerza Aérea Colombiana, despacho que mediante auto del 07 de diciembre siguiente⁶ dispuso su devolución al juzgado instructor para la práctica de pruebas.

El plenario fue remitido nuevamente al ente acusador el 17 de enero de 2018⁷, despacho que mediante auto del 18 de enero de 2018 declaró el cierre del ciclo instructivo⁸.

³ Folios 44 al 48 *Ibidem*.

⁴ Folios 49 al 60 *Ibidem*.

⁵ Folio 75 *Ibidem*.

⁶ Folios 80 y 81 *Ibidem*.

⁷ Folio 110 *Ibidem*.

⁸ Folio 114 *Ibidem*.

El mérito sumarial fue calificado el 19 de febrero de 2018⁹, ello en el sentido de proferir resolución de acusación en contra del SL. OSCAR ENRIQUE ANGEL HERNANDEZ por el punible del centinela.

Ejecutoriada la resolución de acusación el 26 de marzo de 2018¹⁰, el día 27 de igual mes y año se remitió el plenario al Juzgado ante Comando Aéreo 122 de la Fuerza Aérea Colombiana, sito en la ciudad de Bogotá D.C.¹¹, despacho que el 28 de mayo siguiente¹² fijó fecha para la celebración de la audiencia de acusación y aceptación de cargos, la que se llevó a cabo el 22 de octubre de 2018¹³ y en la que el procesado fuere declarado persona ausente, continuándose conforme la normatividad aplicable con el rito correspondiente a la Corte Marcial.

Mediante sentencia del 04 de diciembre de 2018¹⁴ el Juzgado ante Comando Aéreo 122 de la Fuerza Aérea Colombiana condenó al SL. OSCAR ENRIQUE ANGEL HERNANDEZ a la pena principal de cuatrocientos cincuenta (450) días de prisión como autor responsable del delito del centinela, negándole coetáneamente la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal.

⁹ Folios 119 al 132 *Ibidem*.

¹⁰ Folio 148 *Ibidem*.

¹¹ Folio 153 *Ibidem*.

¹² Folio 156 *Ibidem*.

¹³ Folios 175 al 178 *Ibidem*.

¹⁴ Folios 179 al 195 *Ibidem*.

Contra la anterior determinación la defensora de oficio NORMA CONSTANZA MARLÉS B. interpuso recurso de apelación¹⁵, mismo cuya resolución en Derecho ocupa la atención de esta Sala de Decisión en la presente oportunidad.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Coronel EFRAIN CUSTODIO PACHÓN PIRAGAUTA, Juez ante Comando Aéreo 122 de la Fuerza Aérea Colombiana (encargado), refirió que de la prueba recaudada se desprende que el SL. OSCAR ENRIQUE ANGEL HERNANDEZ era orgánico para la fecha de los hechos del Comando Aéreo de Combate No. 1 con sede en Puerto Salgar (Cundinamarca) y que mediante acto administrativo emitido por el Comandante del Sector de Seguridad Alfa había sido designado para prestar el servicio de centinela como adicional a la guardia en su calidad de soldado disponible.

Indicó que del testimonio rendido por el T4. EMMANUEL DUEÑAS VEGA, quien fungía como suboficial de servicio del sector Alfa para la fecha de los acontecimientos, se desprende que si bien el procesado estaba como soldado disponible, también lo es que fue asignado aleatoriamente como centinela ante la necesidad de reemplazar al soldado titular quien se encontraba en

¹⁵ Folios 206 al 208 C.O. 2.

los ensayos en la banda de guerra para conmemorar el 20 de julio.

Afirmó que así las cosas, el procesado asumió el puesto de centinela denominado "*puesto 3 alfa*", para cumplir el primer turno entre las 19:00 horas del 18 de julio de 2017 hasta las 01:00 horas del día siguiente, hecho que fue aceptado en diligencia de indagatoria, y en dicho lapso se incumplieron por parte del acriminado las funciones encomendadas por cuanto éste se durmió en el puesto de guardia, lo cual fue aceptado también en la injurada, además que fue sorprendido en flagrancia por el Coronel ALEJANDRO VÉLEZ OSPINA.

Adujo que se encuentra probado que el SL. OSCAR ENRIQUE ANGEL HERNANDEZ se durmió mientras prestaba su servicio de centinela de "*puesto 3 alfa*", encontrándose soportada probatoriamente la ausencia funcional del puesto de guardia por parte del procesado con el acto de dormir.

En torno a la tipicidad subjetiva señaló que el acriminado conocía que dormirse mientras prestaba el servicio de centinela constituía una conducta delictual sancionada por la ley penal militar, lo que se evidencia no sólo por el tiempo que llevaba prestando el servicio militar -doce meses-, sino además por la capacitación recibida al efecto y lo

manifestado por sus superiores y compañeros, amén además que dirigió su voluntad a la realización de dicha conducta toda vez que habiendo recibido el servicio, sin informar alguna situación que le impidiera prestarlo en debida forma, procedió a acomodarse sobre el piso y a separarse de su arma de dotación con el único objetivo de dormir, lo cual se infiere de las circunstancias en que fue encontrado por el CR. VÉLEZ.

De cara a la antijuridicidad arguyó que el procesado colocó efectivamente en peligro el bien jurídico tutelado del "servicio", al poner en riesgo la integridad de los militares y elementos que existen y habitan en el Comando Aéreo de Combate No. 1, riesgo que se evidencia en la posibilidad de que algún actor pudiese ingresar por dicho sector que estaba próximo a una vía de tránsito público que conduce hacia la Finca "Puerto Bello", aunado a la falta de pasar revista sobre la malla perimetral.

Descartó la exculpación alegada por el procesado en su indagatoria quien indicó que estaba cansado porque realizó diversas actividades durante el día, por cuanto de lo señalado por éste, así como lo referido por el SL. MENDEZ JIMENEZ, se desprende que "el procesado no realizó movimientos que demandaran una actividad física extenuante; por el contrario, tuvo tiempo libre durante todo el día para sus asuntos personales y fue él quien optó por realizar dichas actividades y no le

fueron impuestas por la administración; quedándole el tiempo suficiente para descansar. Si no descansó, asumió un riesgo, pero independientemente de ello, nunca le manifestó a sus superiores si existía un inconveniente para prestar el servicio al momento de recibir o durante el mismo.”¹⁶.

En punto a la culpabilidad depuso que del análisis del material probatorio no se evidencia trastorno mental o padecimiento que permita inferir la inimputabilidad del procesado al momento de ejecutar los hechos enrostrados, así mismo, que el acriminado conocía lo que conlleva desarrollar cualquiera de los verbos rectores descritos para el delito del centinela y a pesar de ese conocimiento se comportó de tal forma, pudiendo y debiendo proceder acorde a Derecho.

Subrayó que la forma como sucedieron los hechos, por cuanto el procesado estando de centinela procedió a separarse de su arma de dotación para dejarla a un costado, acomodándose sobre el piso y decidir conciliar el sueño en dicha posición como lo evidencian los medios probatorios, permiten inferir que aquel guio su comportamiento a no cumplir con el cometido de vigilancia y seguridad del puesto asignado.

Concluyó que se satisfacen los requisitos exigidos por los artículos 396 y 579 de la Ley 522 de 1999 para

¹⁶ Folio 189 C.O. 1.

dictar sentencia condenatoria en contra del SL. OSCAR ENRIQUE ANGEL HERNANDEZ.

Para la tasación del *quantum* punitivo a efectos de la graduación de la pena a imponer, el A quo inicialmente destacó que si bien el ente acusador no propuso causales de mayor o menor punibilidad, objetivamente se evidencian causales de menor punibilidad como son su buena conducta anterior y la carencia de antecedentes penales, por lo que se movería dentro del primer cuarto punitivo, mismo que, atendiendo que el artículo 112 de la Ley 1407 de 2010 contempla para el delito enjuiciado una pena de uno (01) a tres (03) años de prisión, oscilaría entre doce (12) y dieciocho (18) meses de prisión.

Añadió que, atendiendo a la gravedad de la conducta en tanto referida a *"la vigilancia de un sector de la unidad militar próximo a una vía pública donde dicha función se torna de suma importancia dentro del estamento castrense"*, a la intensidad del dolo *"evidenciada en abandonar el arma de dotación, seguido del acomodamiento sobre neumáticos y un poncho, como lo evidencia la fotografía para finalmente disponerse a conciliar el sureño (sic)"* y el daño potencial creado, impondría sobre la pena mínima un aumento de tres (03) meses, es decir, quince (15) meses de prisión o, lo que es lo mismo, cuatrocientos cincuenta (450) días de pena restrictiva de la libertad.

Finalmente, denegó la concesión del beneficio de condena de ejecución condicional por expresa prohibición legal contenida en el artículo 63 de la citada ley.

V. SINTESIS DE LA IMPUGNACIÓN

La abogada NORMA CONSTANZA MARLÉS B., defensora de oficio del SL. JOHN SEBASTIAN BELTRÁN DEVIA, solicitó revocar la providencia impugnada para lo cual señaló que no tiene reparo alguno en torno a los argumentos esbozados por el juez primario en punto a la tipicidad y a la antijuridicidad de la conducta enrostrada a su prohiado, pero sí respecto a lo argüido en punto a la culpabilidad.

En dicho sentido indicó:

" (...) está probatoriamente demostrado, que el procesado no estaba asignado en la orden del día para cumplir con la función de prestar su servicio de centinela en el puesto 3 Alfa del CACOM-1 el día 18 de julio de 2017, en el horario de 19:00 a 01:00 del 19 de julio del mismo año; pues si bien es cierto, se fijan en un cuadro adicional las disponibilidades de reemplazo, la asignación a última hora del procesado, se hizo aleatoriamente y para reemplazar al soldado titular que estaba designado para ello; siendo éste el motivo por el cual durante el día se dedicó a hacer otras actividades propias del descanso, sin tener en sus consignas principales, la condición de dormir en el día para poder prestar el servicio en horas de la

noche, toda vez que no le correspondía esa disponibilidad.”¹⁷.

Depuso que no se encuentra de acuerdo con los argumentos que llevaron al A quo a formular el reproche “por el elemento de culpabilidad a título de dolo”, en razón a que si bien es cierto los soldados conocen cuáles son los delitos, reciben capacitaciones y adquieren experiencia, el día de los hechos y “motivado por el cansancio al que está sometido el cuerpo durante el día sin descanso, no aguantó seguramente el sueño, quedándose dormido por un corto tiempo durante su puesto de guardia”, situación que calificó como “normal” y que debe ser “entendible” por las circunstancias propias de cada caso, como en este en el que “desde el punto de vista humano y biológico, se debe considerar que esa justificación si es válida para efectos de derivar responsabilidad penal a título de dolo.”¹⁸ [sic].

Añadió que:

“(…) el cansancio puede motivar en la persona incluso a veces la imposibilidad de mantenerse despierto, que se haya dormido sin darse cuenta en qué momento, como cuando sucede con los microsueños que causan accidentes de tránsito y que no permiten predicar una conducta punible a título de dolo sino de culpa, modalidad que no cabría en este caso (…).”¹⁹.

¹⁷ Folio 206 C.O. 2.

¹⁸ Folio 207 *Ibidem*.

¹⁹ Folio 208 *Ibidem*.

Finalmente, indicó que a su prohiado le asistía una justificación para haberse quedado dormido en su puesto de guardia, lo que permite derruir el elemento de la culpabilidad de la responsabilidad penal.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO ANTE ESTA INSTANCIA

La Doctora MARISOL GUTIERREZ HERNÁNDEZ, Procuradora 4ª Judicial II de Apoyo a Víctimas del Conflicto Armado, solicitó confirmar la providencia impugnada en razón a estimar que aunque hubiese sido cierto que el acusado durante el día de descanso se dedicó a diversas actividades y que al momento de asumir el puesto de vigilancia se encontrara algo cansado, llegó a dicha situación precisamente por *"obra y gracia de su propio y personal desenvolvimiento"*²⁰, puesto que para el procesado no era desconocido que debió dedicar parte de esas horas a descansar o dormir lo necesario para poder asumir las labores que ya fuere por disponibilidad o por designación aleatoria se le encomendaran, por lo tanto no puede el *"SL. ANGEL HERNANDEZ alegar en su favor su propia culpa, pues si bien podía utilizar su tiempo en actividades de índole personal, fue él y solo él quien decidió no tomar un tiempo prudencial para recobrar fuerzas."*²¹.

²⁰ Folio 222 *Ibidem*.

²¹ Folio 223 *Ibidem*.

En punto a la ausencia de dolo alegada por la defensa, depuso que en el plenario milita como prueba documental trascendental la fotografía tomada al encartado, en donde se aprecia *"la imagen a cuerpo completo del centinela infractor, en actitud de plácido descanso, adormilado profundamente al punto de no haberse percatado de la presencia de su superior y de la impresión fotográfica de la escena por él protagonizada en su puesto de control o vigilancia."*²².

Destacó que resulta poco probable que la referida escena haya sido protagonizada por alguien que se quedó dormido de manera accidental, producto de un extremo cansancio, afirmó, que al contrario, de dicha imagen se colige que el procesado acomodó los elementos que tuvo a su alcance para armar un camastro lo suficientemente cómodo para prodigarse un largo profundo descanso, eliminando cualquier obstáculo que pudiera interrumpírselo, por lo que se deshizo del arma de dotación al dejarla recostada contra el muro que limita el área de vigilancia.

Resaltó que quien se duerme agotado y vencido por el cansancio no se toma previamente tantas molestias ni se dispone a adecuar un entorno que le haga placentero su descanso.

²² Ídem.

Finalmente, afirmó que el material probatorio demuestra que la actitud del procesado estuvo clara e inequívocamente encaminada a dormirse durante su turno de vigilancia.

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación cuya resolución concita la atención de la Sala Primera de Decisión en el presente evento, ello de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, normatividad que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada tanto respecto proceso penales por hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de éste año²³, como de los surtidos por los ocurridos con posterioridad a la misma -no empece encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010, Ley 1407 de este año, mismo que resulta aplicable al caso *sub judice* 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

²³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737, noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y marzo 07 de 2012, radicado 38401.

de la última de estas codificaciones-, y además dada la naturaleza procedimental de la presente causa penal, la etapa en que se encuentra y lo preceptuado por el artículo 628 del código de 2010²⁴.

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

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Compendiadas las principales actuaciones procesales surtidas en el presente sumario, al igual que extractadas las censuras vertidas por la recurrente respecto de la decisión judicial que conoce esta instancia por vía del disenso y en ejercicio del control de la actividad jurisdiccional que le es propia por expresa disposición constitucional y legal, como también las sopesadas reflexiones de la agente del Ministerio Público ante esta instancia, habrá de rememorarse que los argumentos en los que la abogada

²⁴ Ley 1407 de 2010, artículo 628, "Derogatoria y vigencia. La presente ley regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2010, conforme al régimen de implementación. Los procesos en curso continuarán su trámite por la Ley 522 de 1999 y las normas que lo modifiquen." (Destacado de la Sala).

apelante funda su reproche a la decisión confutada delimitan los linderos por los que ha de discurrir el razonamiento jurídico racional de éste Tribunal Castrense en aras de la resolución de la impugnación sometida a su conocimiento, ejercicio racional a acometer que no se erige en óbice para que esta Sala de Decisión desde ya anuncie que la sentencia del 04 de diciembre de 2018 por medio de la cual el Juzgado ante Comando Aéreo 122 de la Fuerza Aérea Colombiana condenare al SL. OSCAR ENRIQUE ANGEL HERNANDEZ a la pena principal de cuatrocientos cincuenta (450) días de prisión como autor responsable del delito del centinela, negando coetáneamente la concesión del subrogado penal de la condena de ejecución condicional por virtud de expresa prohibición legal, será confirmada por las potísimas razones que se verterán a *posteriori*, confirmación que apareja plena convergencia con los juiciosos planteamientos contenidos en el concepto de la distinguida señora Procuradora 4ª Judicial II delegada ante esta instancia.

Con un cometido tal, como primera medida se recordará que los argumentos de la apelante se a predicar que no se configuró el delito del centinela endilgado a su prohiado y que si bien "*los elementos de tipicidad y antijuridicidad no son atacables en este caso*", no estaba de acuerdo "*con los argumentos expuestos por el a-quo cuando lleva a cabo el reproche por el elemento de*

culpabilidad a título de dolo", ello en razón a que "los soldados conocen cuales son los delitos, reciben capacitaciones y adicionalmente adquieren la experiencia, y tan así que el soldado culminó su servicio militar con excelente conducta, sin incurrir en falta ni tener malas calificaciones por su conducta durante la prestación del servicio militar, lo que permite inferir que se esmeró siempre por cumplir diligentemente sus funciones, sin faltar a las exigencias que el mismo servicio exige y predica de ellos, no obstante lo anterior, el día de los hechos y motivado por el cansancio al que está sometido el cuerpo durante el día sin descanso, no aguantó seguramente el sueño, quedándose dormido por un corto tiempo en su puesto de guardia. Esta situación es perfectamente normal, aunque no predicable dentro de las funciones propias del cargo, si debe ser entendible por las circunstancias propias de cada caso, como ocurre en este, en el que desde el punto de vista humano y biológico, se debe considerar que esa justificación si es válida para efectos de derivar responsabilidad penal a título de dolo."²⁵ [Destacado de la Sala].

Una propuesta dialéctica de éste cariz, no empece denotar el exiguo sustrato probatorio en que se edifica -únicamente en lo argüido por el sumariado en su diligencia de inquirir- al punto que la censora no acierta a postular en grado de certeza la tesis que propugna, como evidencia el advenir que la conducta reprochada en sede penal "seguramente" aconteció por el

²⁵ Folio 207 C.O. 2.

cansancio de su defendido, patentiza sin hesitación alguna que el reproche medular de la impugnación gravita en punto a la ausencia del aspecto volitivo del dolo, que no al cognitivo que reputa presente, circunstancia que en su sentir desvirtúa el título subjetivo de imputación declarado en la sentencia recurrida, concurriendo una atipicidad subjetiva en el comportamiento por el cual fuere condenado el SL. OSCAR ENRIQUE ANGEL HERNÁNDEZ.

Tesis argumentativa que se encuentra desvirtuada con suficiencia al interior de la presente causa penal, como se detallará en los apartes subsiguientes, que impone que éste Colegiado precise que la descripción típica que del delito del centinela hace el arto 112 de la Ley 1407 de 2010, ello con similar redacción que el artículo 131 de Ley 522 de 1999 aunque con la única diferencia de que la sanción imponible en esta normatividad con los mismos extremos punitivos cuantitativamente es la de arresto, no la de prisión que prescribe aquella, supone la modalidad dolosa como única alternativa de ejecución al tratarse de un injusto penal asociado al cumplimiento de la misión atribuible a los miembros de la Fuerza Pública consistente en ejercer labores de vigilancia y defensa a fin de resguardar en debida forma la seguridad física de las instalaciones castrenses y la integridad personal de los integrantes de aquella que laboran y/o viven en su interior, actividad funcional que torna a

quienes son designados para su prestación en garantes de tan vitales aspectos y que en el caso de los centinelas o atalayas de las Fuerzas Militares deriva de lo preceptuado por el Reglamento de Servicio de Guarnición expedido por su Comando General²⁶, en el que se establece:

"Centinela de la Guardia. El centinela es un individuo de la guardia, armado y colocado en un sitio, lugar o zona determinados, con misiones definidas de vigilancia y seguridad. El centinela debe permanecer con su arma cargada y asegurada mientras se encuentre nombrado de servicio.

El servicio de centinela de guardias es prestado por el personal de Soldados e Infantes de Marina, orgánicos de la unidad militar y nombrado mediante acto administrativo por un lapso de 24 horas.

*La misión fundamental del Centinela de la Guardia es la defensa y seguridad de la unidad militar. El horario para la prestación de éste servicio será de acuerdo a lo estipulado en los turnos de guardia y no podrán exceder las seis horas continuas. Los centinelas deberán portar su arma de dotación en las siguientes posiciones: cuando se encuentren de guardia en la puerta principal, el fusil debe ir con portafusil corto, al hombro o en descanso, para los demás centinelas que se encuentren en el puesto de guardia el fusil debe ir terciado al pecho o con portafusil largo, al hombro o en descanso. Los centinelas de las Guardias de Honor al hombro con portafusil corto."*²⁷.

²⁶ Disposición 029 del 05 de octubre de 2017, Reglamento FFMM. 3-9 Público, Sexta Edición.

²⁷ *Ibidem*, Capítulo III, "Servicios de las guardias", numeral 8°, literal h.

Así las cosas, la modalidad dolosa, se itera, es la única admisible a efectos de la comisión del injusto, pues desde la perspectiva de protección del bien jurídico (el Servicio) y de la norma de cuidado en que se traducen las consignas generales²⁸ y particulares de los puestos de atalaya, la voluntad del agente tiene que representarse en condiciones ciertas que su reticencia deliberada a cumplir con la función de vigilancia y custodia, genera, o puede germinar en un alto grado de probabilidad, una perturbación real de carácter institucional, al margen de la materialización o no de algún resultado dañoso. Contexto que indubitativamente lleva a reiterar,

²⁸ *Ibidem*, Capítulo IX, numeral 32, "Funciones y responsabilidades del comandante de la guarnición y de los servicios de la guardia", numeral 32, "Consignas generales del centinela del puesto de guardia.

a. Permanecer en constante actividad durante su turno de servicio, en el sitio o lugar que se le asigne sin separarse de él por ningún motivo.

b. Mantenerse de pie absteniéndose de sentarse, recostarse, fumar, comer, beber, dormir, conversar o hacer cosa alguna que distraiga su atención durante el servicio.

c. Mantener su arma en la forma ordenada por este Reglamento, sin desprenderse de ella en ningún momento, excepto si hay tormenta eléctrica durante su servicio la dejará a un lado sin perderla de vista.

d. Verificar al recibir el puesto de guardia el estado en que se encuentran los elementos que se entregan a su custodia, si hay alguna novedad informar de inmediato al relevante de guardia.

e. Informar de cualquier novedad que se presente durante su servicio al relevante de guardia.

f. Presentarse a los servicios de guardia cuando le pasen revista, el arma de dotación deberá ir terciada al pecho. g. Actuar en caso de cualquier novedad de acuerdo a las reglas de uso de la fuerza descritas en este reglamento.

h. Conocer los planes de vigilancia, seguridad, reacción, contraataque y de evacuación de la Unidad Militar.

i. Responder por el inventario de material, equipo, armamento asignado a su servicio y entregar las consignas del mismo." [Negritillas de la Sala].

además, que el reato objeto de disquisición se trata de un delito de peligro y de mera actividad y por tanto la conducta que se hace merecedora de la condigna sanción ha de comportar una amenaza consciente y voluntaria al bien jurídico tutelado y transgredir la norma subjetiva de determinación consagrada en el mandato legal punitivo militar.

Acrisolado lo anterior y dado que la censora radicó su reproche desde la transgresión al principio de culpabilidad, el que supone la necesidad de constatar un comportamiento voluntario atribuible al sumariado para que pueda ser objeto de reproche en éste escaño dogmático del injusto penal, por cuanto en su decir estuvo ausente la voluntariedad en la comisión de la conducta espetada al SL. OSCAR ENRIQUE ANGEL HERNÁNDEZ, perentorio resulta para la Sala acotar que no le pasa inadvertido que conforme a la teoría del delito contemporánea imperante en Colombia una postulación tal implicaría, de hallar real asidero probatorio, que se está ante una acción que ni siquiera sería típica por obedecer a un impulso biológico involuntario derivado de un estado de somnolencia, traduciéndose, por elementales razones, en que resultaría improcedente el acometimiento de un juicio de reproche normativo en sede de culpabilidad.

No obstante una claridad de éste cariz, desde una perspectiva finalista del delito debe señalar esta

Corporación que la apreciación y valoración -en su singularidad y en su universalidad- del acervo probatorio recaudado al amparo de las reglas de la sana crítica, llevan a concluir, en plena convergencia con el *Iudex A quo* y la señora Procuradora 4ª Judicial II actuante en éste trámite, que se evidencia que en el acriminado -a la sazón orgánico del Grupo de Seguridad y Defensa de Bases Aéreas No. 15 del Comando Aéreo de Combate No. 1 de la Fuerza Aérea Colombiana acantonado en el municipio de Puerto Salgar (Cundinamarca) y quien como integrante del Grupo Alfa fue legalmente nombrado como disponible dentro de los adicionales de la guardia²⁹, debiendo reemplazar por razones del servicio al SL. MICHAEL ALEJANDRO VARGAS GÓMEZ en el turno de centinela correspondiente al puesto tres (03) comprendido desde las 19:00 horas del 18 de julio de 2017 hasta las 01:00 horas del 19 de julio de dicho año- existió una acción consciente y voluntaria dirigida a quedarse dormido.

Conclusión a la que inexorablemente se arriba, como primera medida, por cuanto contrario a lo argüido por la impugnante no existe en el plenario prueba alguna demostrativa de que el precitado bajo banderas, quien fuere sorprendido durmiendo alrededor de las 23:05 horas del día de los hechos por el CR. ALEJANDRO VELEZ OSPINA, Segundo Comandante y Jefe de Estado Mayor del Comando Aéreo de Combate No. 1, se le hubiese impedido

²⁹ Folio 27 C.O. 1.

descansar antes de asumir su turno de centinela o no hubiere descansado en debida forma previo a ello, como tampoco de que fuere sometido a alguna actividad del servicio con antelación a la prestación de dicha función que lo colocara en situación de agotamiento físico o de que pusiere en conocimiento de sus superiores alguna circunstancia -previa, concomitante o posterior a la asunción del servicio en cita- que le impidiera cumplir en debida forma con el deber funcional de vigía y atalaya de su unidad orgánica.

En un sentido tal obran los elementos suasorios recaudados en el interregno investigativo, *verbigratia* la declaración del T4. EMMANUEL DUEÑAS VEGA, Comandante de Escuadra Sector Alfa, y quien para ese día se desempeñaba como suboficial de servicio en el mismo sector, el que relatare ante el juzgado instructor:

"PREGUNTADO: Indique si conoce circunstancias que hayan llevado a que el soldado se haya dormido en su puesto. CONTESTO. No, **él había descansado** PREGUNTADO. Indique al despacho cómo era el descanso de los soldados de la guardia del sector Alfa para el mes de julio de 2017. CONTESTO. Los soldados prestan 6 horas, llegan, toman sus alimentos y descansan desde las 14:00 hasta las 17:30 en la tarde y si es primer turno descansan de 08:00 a 11:30. En el puesto que él fue sorprendido es un puesto nocturno así que **tuvo todo el día para descansar** (...) PREGUNTADO: Señale si conoce a qué actividades se dedicó el soldado ANGEL desde que entregó el servicio anterior hasta las 19:00 del 18 de julio de 2017. CONTESTO: Ellos pueden descansar, no sé

si ocuparía su tiempo libre ya en labores administrativas pero **él tuvo toda la mañana y la tarde para descansar** (...) PREGUNTADO. Indique si al momento de nombrar a ANGEL, éste manifestó no haber descansado o alguna situación especial para no recibir el servicio de guardia. CONTESTO. No, en cada servicio el suboficial relevante pregunta si algún soldado tiene novedad para prestar el servicio de guardia, **nadie manifestó nada.**³⁰ (Destacado de la Sala).

Asimismo, la exposición testimonial del ST. JONATAN TELLEZ PALLARES, Comandante de Elemento de Seguridad Alfa, quien depuso:

"PREGUNTADO: Indique al despacho como era el descanso de los soldados de la guardia del sector Alfa para el mes de julio de 2017. CONTESTO: Los soldados que estaban nombrados de guardia se les permitía **descansar su día completo cuando entregaban en la madrugada, para esa fecha no había escasez de soldados, es decir que como consigna siempre se les ha respetado el descanso de la guardia.** Allá se clasifican los soldados de trabajos, de guardia, de motos y los que estaban en otros trabajos como banda de guerra y presentaciones, si estaban de guardia se remplazaban para cumplir la labor, igual según la orden del día ese soldado no estaba trasnochado ni había prestado en otro. **Ese soldado estaba descansado todo el día, el día anterior prestó hasta la una de la mañana y el día siguiente recibió a las 19:00, descansó desde la 01:00 hasta las 19:00 horas.**³¹ (Las negrillas son propias).

Conteste con los referidos medios suasorios, el SL. DEYVID DAVID SANCHEZ ARROYAVE, orgánico de la misma

³⁰ Folios 102 y 103 *Ibídem*.

³¹ Folios 100 y 101 *Ibídem*.

unidad que el empapelado, indicó en su exposición testifical:

"PREGUNTADO: Señale si al soldado ANGEL le negaron la posibilidad de descansar el 18 de julio de 2017.
CONTESTO: No."³².

A la par de ello, ilustrador resulta la atestación jurada del ya citado CR. ALEJANDRO VELEZ OSPINA, oficial que informare a la judicatura:

"PREGUNTADO: De acuerdo a oficio No. 2017480089673 de fecha 25 de julio de 2017, se logra establecer que al parecer usted tomó la fotografía obrante a folio 8 que se le pone de presente. Indique si esta fotografía fue tomada por usted. CONTESTO. Si señor (...) PREGUNTADO. Realice una narración de los hechos que rodearon la toma de la fotografía. CONTESTO. Me encontraba pasando revista en horas de la noche no recuerdo bien la hora, al llegar al puesto lateral de mi camioneta, toqué el pito al ver que el centinela con las luces no reaccionaba y al no ver ningún centinela me bajé del vehículo e ingresé a la garita donde pude evidenciar que el soldado se encontraba dormido, allí le tomé la fotografía y luego lo desperté y le hice caer en cuenta, no solo del delito, de la gravedad de la situación, sino también del peligro que estaba corriendo su vida en caso de que fuera atacado por pisa suaves. Posterior a esto le envié la foto al Coronel CARDONA para que tomara acción. **El soldado había armado una especie de cama, ellos tienen llantas y estiva para aislarlos del piso en caso de tormentas eléctricas, en esta protección el soldado tenía el poncho y estaba dormido con el fusil a un lado.**"³³
(Destacado de la Sala).

³² Folio 98 *Ibidem*.

³³ Folios 67 y 68 *Ibidem*.

Relato éste último que coincide con lo que se percibe en la fotografía obrante a folio 08 del cuaderno original No. 1, prueba documental en la que se observa a un individuo de sexo masculino, vestido con un uniforme camuflado de la Fuerza Aérea Colombiana y botas militares negras, dormido encima de unas llantas que están cubiertas por una tela camuflada, al igual que su fusil de dotación recostado en una de las paredes del recinto en el que se encontraba, probanza que le fuere puesta de presente al procesado en la diligencia de indagatoria, misma en la que éste aceptó ser la persona que se observa en la imagen fotográfica³⁴.

Palmar resulta de los apartes probatorios previamente trasuntados, de manera convergente con la restante prueba documental obrante en el paginario y contrario, se insiste, a lo argüido por la censora, que para el día de marras el SL. OSCAR ENRIQUE ANGEL HERNANDEZ no cometió la conducta atentatoria del Servicio como resultado de un impulso biológico involuntario, sino de manera consciente y voluntaria, con una voluntad final de acción dirigida inequívocamente a transgredir el ordenamiento jurídico penal, pues como bien lo refiriere la representante del Ministerio Público actuante en éste trámite, la forma en que fue sorprendido el susodicho infractor de la ley penal por el precitado CR. VELEZ OSPINA, la posición adoptada

³⁴ Folio 47 *Ibídem*.

por éste de la que dan cuenta éste testigo y la de supra referida prueba documental, así como la forma en que se aprecia objetivamente dispuso las llantas a guisa de colchón, su poncho a manera de sábana y los demás elementos de dotación que se encontraban en el recinto correspondiente al puesto tres de su unidad orgánica, permiten colegir que éste procesado dirigió tal voluntad a dormir de manera consciente, sin que fuese vencido por un supuesto e indemostrado cansancio o por un acto orgánico involuntario, pues de haber sido esto así no se habría desprendido de su fusil de dotación, pese a la prohibición de hacerlo, apoyándolo sobre la pared de la garita, ni hubiera asumido una posición corporal que le permitiera dormir plácidamente -misma en que fuere flagrantemente sorprendido, se itera- en abierta apostasía de las consignas de permanecer en constante actividad y abstenerse de recostarse, abandonando de esta forma las funciones asignadas a él como centinela garante de la seguridad de su unidad y de sus compañeros de armas, conducta que indefectiblemente se subsume en el tipo objetivo del centinela como acertadamente se concluyere en el fallo de primer grado disentido.

Así las cosas, emergiendo prístino del caudal probatorio que el SL. OSCAR ENRIQUE ANGEL HERNANDEZ sí desplegó la conducta que le fuere espetada en el decurso procesal, dormirse consciente y voluntariamente estando prestando servicio de centinela en el Comando Aéreo de Combate No. 1 ubicado

Puerto Salgar (Cundinamarca), éste es el hecho jurídicamente relevante³⁵ que determina el referente fáctico a tener en cuenta, siendo el *factum* esencial, el aspecto nuclear de la imputación fáctica de la modalidad conductual aneja al reato por el que fuere llamado a juicio y condenado-, para la Sala resulta meridiano que el sumariado prenombrado sin hesitación alguna, como se concluyere en la sentencia de primer grado disentida, incurrió en el delito del centinela a él endilgado en sus faces objetiva y subjetiva, esta última es el componente dogmático sobre el que gravita la censura como fuere advertido en los albores de éste acápite, lesionando el bien jurídicamente tutelado de el Servicio y obrando de manera contraria a Derecho pese a estar en posibilidad de proceder de conformidad con éste.

Ello conduce a esta Corporación irrefragablemente a estimar anodina la propuesta impugnatoria y, *contrario sensu*, incólume la doble presunción de acierto y legalidad de la sentencia recurrida en tanto el grado de certeza a que arribó el juzgador de primer grado no fue abstracto, ni producto de un error en la valoración probatoria, sino resultado de una persuasión racional sobre la existencia de la conducta

³⁵ Los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales, es decir, que la relevancia jurídica del hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal, obviamente sin perjuicio del análisis que debe hacerse de la antijuridicidad y la culpabilidad. *Cfr.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia marzo 08 de 2017, SP3168-2017, radicado 44599.

y la responsabilidad penal del procesado fincada en material probatorio que resultaba útil, pertinente y conducente para el *thema probandum* que interesaba a la presente actuación y que da cuenta en grado de certeza racional de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad del comportamiento enrostrado en autos al SL. OSCAR ENRIQUE ANGEL HERNANDEZ, razones de más para desestimar las pretensiones de la recurrente y, conteste con ello, para impartir confirmación a la sentencia condenatoria objeto de reproche como se plasmará en la *resolutio* del presente proveído.

Aquilatado lo anterior, habrá de señalarse, finalmente, que dado el trámite notificadorio que por virtud del principio de publicidad anejo a la presente providencia se habrá de dar a esta, su surtimiento, en tanto deberá hacerse vía correo electrónico como instrumento de enteramiento sin necesidad del envío de previa citación o aviso físico o virtual³⁶, no demanda de manera perentoria y exclusiva del denominado "*acuse de recibo*" como formalidad *ad probationem* o tarifa legal³⁷ para acreditar la recepción de la notificación por medios electrónicos en tanto obre respuesta, constancia o cualquier medio de convicción pertinente, conducente y útil que dé cuenta de su recepción³⁸ y por razón de ello, constatado lo anterior, tampoco de

³⁶ Cfr. Ley 2213 de junio 13 de 2022, artículo 8°.

³⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia, STC13993-2019, octubre 11 de 2019, radicación No. 2019-00115; STC690-2020, febrero 03 de 2020, radicación No. 2019-02319 y STC junio 03 de 2020, radicación No. 11001-02-03-000-2020-01025-00.

³⁸ Vid. Nota 36.

trámites supletorios, esto último en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia³⁹.

En mérito de lo expuesto, la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de ley,

IX. RESUELVE

PRIMERO: DESATENDER los argumentos de la apelante y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia del 04 de diciembre de 2018 mediante la cual el Juzgado ante Comando Aéreo 122 de la Fuerza Aérea Colombiana condenare al SL. OSCAR ENRIQUE ANGEL HERNANDEZ, como autor responsable del delito típicamente militar del centinela, a la pena principal de cuatrocientos cincuenta (450) días de prisión, negando coetáneamente la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal.

SEGUNDO: CONTRA la presente decisión procede el recurso de casación discrecional, mismo que podrá interponerse, previa precisión de su modalidad⁴⁰, en

³⁹ Vid. Nota 37 .

⁴⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 23701, auto junio 22 de 2005, M.P. MAURO SOLARTE PORTILLA.

los términos de ley⁴¹ conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000⁴².

TERCERO: Una vez en firme la presente decisión de conformidad con la normatividad aplicable al rito procesal penal militar⁴³ y surtido el trámite que legal, reglamentaria y jurisprudencialmente compete a la secretaría común de la Corporación, vuelva la actuación al juzgado competente.

CÓPIESE, RADÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Capitán de Navío (RA) **JULIÁN ORDUZ PERALTA**
Magistrado Ponente

Coronel **JOSÉ ABRAHAM LÓPEZ PARADA**
Magistrado

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP noviembre 11 de 2009, radicado No. 28937; AP diciembre 05 de 2007, radicado No. 27965; AP mayo 22 de 2008, radicado No. 25471; AP septiembre 28 de 2016, radicado No. 48713; y radicado No. 48159, septiembre 29 de 2016; y STP-6010, julio 09 de 2020, radicado No. 1317/11234, entre otros pronunciamientos.

⁴² Modificado por el artículo 101 de la Ley 1395 de 2010.

⁴³ Vid. Notas 32 y 33 en concordancia con la Ley 522 de 1999, artículo 341 y la Ley 600 de 2000, artículo 187 [Modificado por el artículo 101 de la Ley 1395 de 2010].

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

Abogada **BERLEDIS BANQUEZ HERAZO**
Secretaria