

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala : Primera de Decisión
Magistrado ponente : CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Radicación : 159093-323-I-360-EJC
Procedencia : Juzgado Once de Brigada Ejército Nacional
Procesado : SS. ALBERT FERNEY ARROYO ZUÑIGA
SLC. JONATAHN STIVEN DIAZ TAUSA
Delito : Ataque al inferior y ataque al superior
Motivo de alza : Apelación sentencia condenatoria
Decisión : Declara desierto.

Bogotá D.C., febrero trece (13) de dos mil veintitrés (2023).-

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, a decidir en Derecho en relación con los recursos de apelación impetrados por la abogada NACY WANDURRAGA MALAGON, defensora contractual del SS. ALBERT FERNEY ARROYO ZUÑIGA, y el abogado RAFAEL ALBERTO CAMACHO JIMENEZ, defensor de confianza del SLC. JONATAHN STIVEN DIAZ TAUSA, en contra de la sentencia del 19 de febrero de 2019 por

medio de la cual el Juzgado Once de Primera Instancia del Ejército Nacional, sito en Bogotá D.C., condenare a los precitados a la pena principal de un (01) año de prisión al hallarlos penalmente responsables, al primero, de la comisión del delito de ataque al inferior, y, al segundo, de la comisión del delito de ataque al superior, a la vez que negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal.

II. SINOPSIS FÁCTICA

Dan cuenta las fojas que el 02 de febrero de 2013 el entonces CS. ALBERT FERNEY, orgánico del Batallón de Infantería No. 2 "Gr. Antonio José de Sucre" del Ejército Nacional, que fungía como Cabo Relevante, a las 23:43 horas procedió a levantar al personal de soldados que asumirían los servicios de guardia de la unidad, dentro de los cuales estaba el SLC. JONATHAN STIVEN DIAZ TAUSA, originándose, inicialmente, una disputa verbal con insultos y malas palabras por cuanto éste último no se levantaba y por la manera de aquel de hacerlo, luego de lo cual se presentó una agresión física recíproca, resultado de la cual a ambos uniformados les fuere dictaminada, por razón de sus lesiones, una incapacidad médico legal de ocho (08) días, sin secuelas por parte del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses-Seccional Boyacá-Unidad Básica de Chiquinquirá.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por razón del marco fáctico antes bosquejado el 04 de febrero de 2013¹ el Juzgado 5° de Instrucción Penal Militar ordenó la apertura de indagación preliminar, delito por establecer, en contra del entonces CS. ALBERT FERNEY y del SLC. JONATHAN STIVEN DIAZ TAUSA; luego de lo cual, practicadas algunas pruebas testimoniales y documentales, el 14 de mayo de dicha anualidad ordenó la apertura de investigación formal en contra ambos uniformados por la presunta comisión, respectivamente, de los delitos de ataque al inferior y ataque al superior, ello en concurso con el de lesiones personales, siendo vinculados procesalmente ambos uniformados mediante sendas diligencia de indagatoria surtidas el 08 de agosto del mismo año².

Su situación jurídica fue definida en forma provisional por tales reatos el 30 de agosto siguiente³, ello mediante providencia interlocutoria en la que se dispuso abstenerse de imponer a los sumariados medida de aseguramiento alguna al estimarse no concurrían los fines constitucionales para ello, a la par que se dispuso continuarán en libertad previa suscripción de diligencia de compromiso.

Estimado perfeccionado el ciclo instructivo por parte

¹ Folios 15 y 16 C.O. 1.

² Folios 1016 a 111 y 112 a 116 *Ibidem*.

³ Folios 133 a 154 *Ibidem*.

del juez instructor, el sumario fue remitido el 16 de diciembre de 2013⁴ a la Fiscalía 24 Penal Militar, despacho que mediante auto del 20 de enero de 2014⁵ dispuso su devolución al juzgado instructor para la práctica de pruebas.

El plenario fue remitido nuevamente al ente acusador el 14 de agosto de 2014⁶, previo el agotamiento de audiencia de conciliación a la cual no asistió el SLC. JONATHAN STIVEN DIAZ TAUSA, despacho que mediante auto del 03 de septiembre de igual calenda declaró el cierre del ciclo instructivo y ordenó correr traslado a los sujetos procesales para que presentaran las solicitudes frente las pretensiones en punto a la calificación del mérito sumarial⁷.

El mérito sumarial fue calificado el 08 de agosto de 2016⁸, ello en el sentido de proferir resolución de acusación en contra del CS. ALBERT FERNEY y del SLC. JONATHAN STIVEN DIAZ TAUSA por la comisión, respectivamente, de los delitos de ataque al inferior y ataque al superior, ello en concurso con el de lesiones personales.

Ejecutoriada la pieza calificatoria el 08 de

⁴ Folio 178 *Ibidem*.

⁵ Folios 179 y 180 *Ibidem*.

⁶ Folio 239 C.O. 2.

⁷ Folio 241 *Ibidem*.

septiembre de 2016⁹, el 28 de septiembre de tal anualidad se remitió el plenario al Juzgado Catorce de Primera Instancia del Ejército Nacional¹⁰, despacho que el 03 de abril de 2017 realizó el control de legalidad de lo actuado sin encontrar causal de nulidad alguna y ordenando correr traslado a los sujetos procesales para solicitud de pruebas a realizar en el juicio¹¹, oportunidad en que la defensa técnica del SS. ALBERT FERNEY ARROYO ZUÑIGA deprecó éste fuera escuchado en diligencia testimonial y dijo aportaría su historia clínica¹², lo que hizo el 24 de octubre de 2017¹³, pruebas admitidas mediante auto del 15 de marzo de 2018¹⁴.

El 04 de julio de 2018 la juez de conocimiento fijó como fecha para la celebración de la audiencia de Corte Marcial el 12 de septiembre de tal año¹⁵, la que se no se llevó a cabo por cuanto el 16 de agosto de dicha calenda la defensora del SS. ALBERT FERNEY ARROYO ZUÑIGA solicitó su aplazamiento¹⁶, razón por la cual mediante auto del 16 de agosto de 2018 se determinó como nueva fecha al efecto el 26 de septiembre de esta anualidad¹⁷, misma respecto de la cual la defensa del suboficial presentó nueva

⁹ Folios 333 Vto. *Ibidem*

¹⁰ Folio 336 *Ibidem*.

¹¹ Folios 249 y 240 *Ibidem*.

¹²

solicitud de aplazamiento¹⁸, siendo avalado por la juez de primer grado quien fijo el 08 de noviembre de 2018 como nueva fecha para la realización de la audiencia¹⁹, no obstante lo cual, ante nueva petición de la abogada defensora del precitado suboficial²⁰, mediante auto del 07 de noviembre de 2018 se señaló como nueva fecha al efecto el 06 de febrero de 2019²¹.

Una fecha tal fue nuevamente pospuesta el 1º de febrero de 2019²², previa solicitud de la bancada de la defensa técnica del SS. ARROYO ZUÑIGA²³, razón por la cual se fijó como fecha para la realización de la precitada audiencia el 13 de febrero de 2019, fecha en la que, instalada la Corte Marcial, y oídas las intervenciones de la Fiscal 24 Penal Militar y de la delegada del Ministerio Publico, los procesados, previa solicitud de la abogada NANCY WANDURRAGA MALAGON, defensora del antes citado suboficial, manifestaron conciliaban y desistían de mutua acción penal por el punible de lesiones personales dolosas, desistimiento aceptado por la señora Juez Once de Brigada del Ejército Nacional, luego de lo cual se continuó hasta su culminación con el rito correspondiente a la Corte Marcial²⁴.

¹⁸ Folio 399 *Ibidem*.

¹⁹ Folio 383 C.O.3.

²⁰ Folio 411 *Ibidem*.

²¹ Folio 412 *Ibidem*.

Mediante sentencia del 19 de febrero de 2019 el Juzgado Once de Primera Instancia del Ejército Nacional condenó al SS. ALBERT FERNEY y al SLC. ® JONATHAN STIVEN DIAZ TAUSA como autores penalmente responsables, respectivamente, de los delitos de ataque al inferior y ataque al superior a la pena principal de un (01) año de prisión, negando la coetáneamente la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal y declarando la extinción de la acción penal por el delito de lesiones personales dolosas; pronunciamiento en el que, además, se averó que por disposición del artículo 51 de la Ley 1407 de 2010 no se impondrían penas accesorias²⁵.

Inconformes con tal determinación, la abogada NACY WANDURRAGA MALAGON, defensora contractual del SS. ALBERT FERNEY ARROYO ZUÑIGA, y el abogado RAFAEL ALBERTO CAMACHO JIMENEZ, defensor de confianza del SLC. JONATHAN STIVEN DIAZ TAUSA, presentaron y sustentaron en términos sendos recursos de apelación contra la misma²⁶, recursos cuya resolución en Derecho ocupa la atención de esta Sala de Decisión en la presente oportunidad en ejercicio de su órbita funcional.

²⁵ Folios 460 a 502 *Ibidem*

²⁶ Folios 501 a 551 al 942 *Ibidem*.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

La Teniente Coronel SANDRA ROCIO QUINTERO CHAPARRO, Juez Once de Brigada del Ejército Nacional, luego de resumir la situación fáctica, el material probatorio obrante en el plenario, la actuación procesal y las intervenciones de los sujetos procesales en la audiencia de Corte Marcial, procedió a referirse a los delitos de ataque al inferior y ataque al superior, enfatizando, con afincamiento en la Ley 1407 de 2010 y en precedentes de éste Tribunal Castrense, que en sede tipicidad el sujeto pasivo de estos reatos es el Estado, no el "*militar de superior o de inferior jerarquía*", dado que el bien jurídico protegido no corresponde a la Integridad Personal sino a la Disciplina, razón por la cual para su estructuración no se requiere que concurren lesiones personales; siendo a su vez sujetos pasivos los sumariados entre quienes existía al momento de los hechos una relación jerárquica de superior e inferior.

Destacó que las pruebas recaudadas confirman que para el día del insuceso se dieron agresiones verbales y físicas entre los procesados, ALBERT FERNEY ARROYO ZUÑIGA SLC. JONATHAN STIVEN DIAZ TAUSA, circunstancias fácticas indicativas de la vulneración de la Disciplina en una unidad militar, no obstante en punto a tales delitos, dijo, el legislador exige la

realización de conductas por vías de hecho, mismas entendidas por la jurisprudencia de éste Tribunal como *"una actuación violenta contraria a la disciplina y por ende a la ley, es decir, implica abandonar el ámbito de respeto para el superior o subalterno contrariando las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y especialmente de las ordenes que consagran el deber profesional. La característica principal es la arbitrariedad, que, no es otra cosa, que actuar fuera de las facultades normativas"*²⁷.

Señaló que las provocaciones, insultos y agresiones mutuas entre los sumariado estaban acreditadas con los testimonios de los soldados CARLOS PUENTES CORREA, CARLOS ALBERTO AVILA ROZO, MICHAEL LEONARDO SALAS CELIS, RUBEN DARIO GODOY, NEISEN GUERRERO BUITRAGO, JOSE MIGUEL CASTAÑEDA MAHECHA, LEIMAR SNEIDER PERE3Z SANCHEZ, STEVEN CHOCONTA CARO, el CT. LUDWING YADIR VILLAMIZAR VILLAMIZAR y el CP. FRANCISCO JAVIER VALENCIA ELIS, quienes dieron cuenta que los procesados se agredieron mutuamente, habiéndose producido ello a título de dolo por cuanto ambos conocían los hechos constitutivos de la infracción penal y quisieron su realización.

Luego de citar una decisión de esta Corporación (sentencia radicado No. 156653, febrero 1º de 2011, M.P. CR. CAMILO ANDRES SUAREZ ALDANA) y un doctrinante

²⁷ Folio 488 C.O.3.

nacional, sostuvo que con el ataque por vías de hecho "en forma concomitante entre superior y subalterno en presencia de otros Soldados Campesinos que se encontraban en el momento de los hechos"²⁸ se afectó gravemente la Disciplina en una institución que exige ante la competencia institucional y la misión constitucional encomendada, respeto y confianza por los superiores a sus soldados y por estos hacia sus superiores jerárquicos, de ahí que se hayan configurado los injustos.

Reiteró que ambos procesados sabían que esa conducta era contraria a la normatividad penal, por cuanto los dos uniformados habían recibido instrucción al respecto, lo que es demostrado con la diligencia de indagatoria rendida por el SLC. JONATHAN STIVEN DIAZ TAUSA y por sus compañeros, mientras que el SS. ALBERT FERNEY ARROYO ZUÑIGA llevaba más de diez años de servicio, conociendo que tal conducta era contraria a la ley y no obstante actuó en contra de esta.

Así las cosas, sostuvo que se daba la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad en los comportamientos de los citados SS. ALBERT FERNEY ARROYO ZUÑIGA y SLC. JONATHAN STIVEN DIAZ TAUSA, razón por la cual serían declarados penalmente responsables, el primero como autor del delito regulado en el artículo 100 de la Ley 1407 de 2010 y el segundo a

²⁸ Folio 491 C.O.3.

igual título del delito insertó en el artejo 99 ejusdem.

Seguidamente descartó la exculpación defensiva que por presunta concurrencia de una legítima defensa que enarbolare en la audiencia de Corte Marcial la abogada NANCY WANDURRAGA MALAGON, defensora del suboficial acriminado, ello por cuanto los testigos presenciales dieron cuenta de provocaciones y agresiones recíprocas entre ambos uniformados, dándose una riña como planteara la agente del Ministerio Público ante la primera instancia, descartándose la argüida causal eximente de responsabilidad penal en tanto ambos contendientes, situados al margen de la ley, buscaban causarse daño a través de mutuas agresiones físicas.

Atinente a la concurrencia de un error invencible de que no concurrió en la conducta del SS. ARROYO ZUÑIGA un hecho constitutivo de la descripción típica, adujo la falladora de primer grado, previo a citar una decisión de esta Corporación Castrense (radicado No. 156268, marzo 22 de 2013, M.P. CR. MARIA PAULINA LEGUIZAMON ZARATE), que éste suboficial *"por el rango ostentado para la fecha de los hechos, había recibido amplia formación militar situación que permite concluir que conocía que el actuar de esa manera constituía un injusto penal, por lo cual no se puede alegar que el mismo obro por error invencible de la ilicitud de su*

conducta...²⁹.

De cara a la inimputabilidad del SS. ALBERT FERNEY ARROYO ZUÑIGA también alegada por su defensora sostuvo que está demostrado que de acuerdo a la historia clínica aportada el suboficial trae una secuela de diferentes hechos a partir del año 2015 y los hechos son de 02 de febrero de 2013, en consecuencia, para la fecha de los hechos el precitado era consciente de lo que estaba sucediendo.

En punto al *in dubio pro reo* y la atipicidad de la conducta, aspectos igualmente postulados en audiencia de Corte Marcial, sostuvo que en el acápite relacionado con los elementos estructurales del tipo penal, estableció que con las pruebas allegados al sumario se demostró la existencia de los hechos y la responsabilidad del procesado, concluyendo que no hay lugar a la duda alegada por la defensa, ni a la atipicidad descrita en sus alegatos de conclusión, resolviéndose que la conducta es típica, antijurídica y culpable.

Para la tasación del *quantum* punitivo a efectos de la graduación de la pena a imponer, previa acotación de estar satisfechas las exigencias del artículo 596 del Digesto Castrense para dictar sentencia condenatoria al estar probada la certeza de la responsabilidad

²⁹ Folio 495 *ibídem*.

penal de los procesados, la juez A quo señaló que los reatos imputados contemplan pena de prisión de uno (01) a tres (03) años de prisión y dadas las circunstancias enlistadas en la acusación procedería a imponer a aquellos la pena mínima señalada en los correspondientes tipo penal, esto es, la de un (01) año de prisión establecida en los artículos 99 y 100 de la Ley 1407 de 2010; a la par de ello, adujo, que negaría la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal, y, asimismo, que por disposición del artículo 51 de la Ley 1407 de 2010 no se impondrían penas accesorias, al igual que declaró la extinción de la acción penal por el delito de lesiones personales dolosas.

V. FUNDAMENTOS DE LAS IMPUGNACIONES

5.1. Del recurso de apelación interpuesto por la defensora del SS. ALBERT FERNEY ARROYO ZUÑIGA.

La abogada NANCY WANDURRAGA MALAGON solicitó revocar la sentencia impugnada y que se absuelva a su defendido para lo cual, luego de compendiar los hechos acontecidos el 02 de febrero de 2013 acotando que el SLC. JONATHAN STIVEN DIAZ TAUSA le lanzó insultos y golpes a su prohiado y de relacionar algunas actuaciones procesales y sincretizar las indagatorias de los procesados y las pruebas periciales obrantes en

el paginario, indicó que si bien es cierto que el hecho existió, no comparte lo manifestado por la juez A quo en cuanto a que está probada la responsabilidad del SS. ARROYO ZUÑIGA, pues, a juicio de la defensa, éste no atacó "por vías de hecho" a un inferior, por el contrario, él se defendió de las agresiones verbales y físicas de que estaba siendo víctima por parte del SLC. DIAZ TAUSA.

Afirmó que no encuentra que la conducta de ataque al inferior reúna el requisito de antijuridicidad material, requisito esencial para estructurar el hecho punible, toda vez que no se encuentra, ni está demostrado en el plenario que con el actuar de su prohiado "efectivamente" se haya lesionado o puesto en peligro el bien jurídicamente tutelado.

A ello agregó que en sede de culpabilidad es claro que en el actuar de su procurador no hubo mala intención, es decir, no se evidencia la intención de causar daño, no se observa el dolo y no se probó, por el contrario, su prohiado llamó varias veces al SLC. DIAZ TAUSA para que se levantara a cumplir con su deber y a pesar de ello, de que le empujaba el catre o le retiraba la cobija para que se levantara, lo único que recibía eran ataques verbales y hasta agresiones físicas por parte del mencionado.

Luego de referir que los soldados campesinos CARLOS

ANDRÉS PUENTES CORREA, CARLOS ALBERTO AVILA ROZO, MICHAEL LEONARDO SALAS CELIS y RUBÉN DARIO GODOY MARTINEZ manifestaron que el entonces CS. ARROYO ZUÑIGA agredió al SLC. DIAZ TAUSA con como respuesta al ataque verbal que éste le hacía y que el SLR. AUBIN ESTEBAN CHOCONTÁ CARO y los soldados campesinos NEISER GUERRERO BUITRAGO, JOSÉ MIGUEL CASTAÑEDA MAHECHA, LEYMART SNEYDER PÉREZ SÂNCHEZ y RUBÉN DARIO GODOY MARTINEZ manifestaron que fue el SLC. DIAZ TAUSA quien, además de tratar con palabras soeces al suboficial, lo atacó lanzando el primer puño contra su humanidad, arguyó que no existe certeza acerca de cómo fue que se inició la "pelea física"³⁰ entre ellos, si es que la hubo, o si como lo manifestó su defendido en sus exculpaciones empujó al soldado contra la pared para retirarlo y evitar que siguiera agrediéndolo, porque, eso sí, brilla con luz propia que "quien inició la agresión verbal" fue el SLC. DIAZ y ARROYO.

Acto seguido sostuvo que no era cierto que los hechos hubieren ocurrido como lo manifestaron los soldados ANDRÉS PUENTES CORREA, CARLOS ALBERTO AVILA ROZO, MICHAEL LEONARDO SALAS CELIS y RUBÉN DARIO GODOY MARTINEZ, pues de haber sido ello así otro habría sido el resultado de la valoración médico forense del SLC. JONATAHN STIVEN DIAZ TAUSA a quien se le otorgó incapacidad médico legal definitiva de ocho (08) días, sin secuelas, es decir, que "en ningún momento mi

³⁰ Folio 538 *ibidem*.

*prohijado agredió físicamente al soldado DIAZ ni mucho menos se presentó ese Ataque por vías de hecho de que trata la norma*³¹ [sic].

Asimismo, extractó lo testificado por los soldados campesinos NEISER GUERRERO BUITRAGO, JOSÉ MIGUEL CASTAÑEDA MAHECHA y LEYMART SNEYDER PÉREZ SÂNCHEZ, concluyendo que de ellos se desprendía que en ningún momento fue su prohijado quien agredió al SLC. DIAZ; que algunos dicen que cogió a éste del cuello, otros que de la guerrera, pero si bien se dice que lo cogió y lo empujó, fue para zafarse de él, para defenderse de los puños con los que lo agredía, siendo prueba de ello que según la historia clínica obrante en el proceso y el dictamen médico legal practicado a ARROYO ZUÑIGA, si se comparan las lesiones que sufrió cada uno, éste fue el más afectado.

Asimismo, bajo el epígrafe "*Causales de ausencia de responsabilidad*", afirmó que la conducta del suboficial ALBERT FERNEY ARROYO ZUÑIGA es: *i) atípica porque brilla por su ausencia que haya atacado a un inferior en grado, antigüedad o categoría, además que no se probó que haya actuado dolosamente; y ii) carente de antijuridicidad material, por cuanto "se debe analizar si la conducta investigada, además de típica, es relevante para el Derecho Penal, ello en tanto el aparato punitivo sólo puede operar en la medida que medie la afectación*

³¹ Folio 538 *ibídem*.

significativa o relevante de un bien jurídico que sea susceptible de protección por parte del mismo -ya sea por lesión directa o efectiva puesta en peligro del mismo-, y adicionalmente, se deberá analizar la existencia o no de causales de justificación excluyentes de responsabilidad, para acceder, si es del caso, a un concepto de antijuridicidad material (principio de la lesividad del bien jurídico)" (TSM, sentencia radicado No. 158465, M.P. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA), y el bien jurídico de la Disciplina no se afectó ya que las actividades de la unidad militar no se afectaron, toda vez que pasados esos momentos todo el personal, incluyendo al SLC. DIAZ TAUSA, quien finalmente se levantó, asistieron a cumplir con su obligación de prestar la guardia para la cual estaban nombrados.

Asimismo, sostuvo que concurre la causal de haber obrado "por la necesidad de defender un derecho **propio** o ajeno contra injusta agresión actual o **inminente**, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión" [sic], en la medida que su representado ejerció su defensa frente a las agresiones que recibiera de manera injusta y desproporcionada por parte del soldado JONATHAN DIAZ TAUSA y ello "Está absolutamente demostrado"; que si bien es cierto el bien jurídico tutelado es la Disciplina, también es cierto que en esos momentos su prohiado estaba protegiendo el bien jurídico de su vida; y que ni siquiera la reacción de su asistido fue proporcional a la agresión y prueba de

ello obra en el informe pericial de Medicina Legal donde se observa que las lesiones sufridas por el SLC. DIAZ TAUSA son mínimas comparadas con las que sufrió su defendido.

Añadió que no se tuvo en cuenta el estado psicológico en que pudo haber estado su representado al sentirse agredido, pues según historia clínica obrante en el plenario éste padece de trastornos psiquiátricos, no solo desde el año 2015, sino desde seis (06) años antes según se menciona allí, entonces *"no podemos establecer con exactitud qué sentimientos pudieron haberse generado al interior del suboficial al sentirse agredido tanto verbal como físicamente por el soldado"*³².

Elucidó, de la misma forma, que su procurado actuó en un estado de ira, esto es, *"en una circunstancia eximente de responsabilidad"* [sic], si se tiene en cuenta que, de acuerdo con los hechos y las probanzas obrantes en el proceso, fue objeto de malos tratos por parte de su subalterno, hasta el punto de amenazarlo inclusive con quitarle la vida, luego de lo cual la recurrente, para ambientar esta tesis, citó unos pasajes bíblicos.

Por otra parte, argumentó que, si bien su defendido tenía conocimiento de justicia penal militar, las circunstancias lo llevaron a actuar absolutamente

³² Folio 548 *ibídem*.

convencido de que no "concurría" [sic] en ningún delito y que su actuar era lícito, toda vez que estaba cumpliendo con su deber de hacer levantar al personal nombrado para el servicio de centinela y llevarlo posteriormente a cumplir con el mismo, siendo agredido tanto verbal como físicamente por el SLC. DIAZ TAUSA y lo que hizo fue defenderse como la haría cualquier persona ante una situación semejante, pues en ese momento su vida estaba en peligro toda vez que el soldado estaba tan ofuscado y agresivo que hasta lo amenazó con quitarle la vida.

Finalmente, solicitó que en el remoto caso que las anteriores peticiones no prosperaran, se aplicara el principio del *in dubio pro reo*, pues "*no existe prueba suficiente para condenar, razón por la cual se debe dar aplicación en últimas a dicho Principio, toda duda se absuelve en favor del reo*"³³, existen testimonios que dan cuenta que el SLC. DIAZ TAUSA fue quien atacó primero -con violencia moral y luego violencia física- y otros que sostienen que quien lo hizo fue su defendido, surgiendo una duda probatoria por la que se debe absolver a éste último.

5.2. Del recurso de apelación interpuesto por el defensor del SLC. JONATHAN STIVEN DIAZ TAUSA.

Adujo el respetado abogado RAFAEL ALBERTO CAMACHO

³³ Folio 550 *ibídem*.

JMENEZ, luego de referir que los hechos objeto de acción penal consistieron en que "...le correspondía entre otros al SLC DIAZ **TAUSA JONATHAN STIVEN** el cual se encontraba enfermo e indispuesto para prestar el turno correspondiente más sin embargo pasados 3 minutos el cabo Arroyo Zuñiga ordena drásticamente que se levante con palabras vulgares y así incitando al Soldado DIAZ TAUSA a que preste el Turno a pesar de encontrarse enfermo. El cabo Arroyo Zuñiga y el Soldado Díaz Tausa empiezan a forcejear bruscamente y con groserías a lo cual intervienen 4 Soldados para separarlos" [sic], que:

"1. Se presenta duda en cuanto a las lesiones ocasionadas por ambos Militares. (Hay duda ya que los argumentan los Soldados Salas, Avila, Puentes y Godoy manifiestan que el Cabo Arroyo inicia con la agresión verbal y retadora Asia [sic] mi defendido Díaz Tausa, ya que el fallo debió ser de carácter absolutorio toda vez que la Fiscalía no pudo desvirtuar la presunción de inocencia de mi cliente y, si bien existen pruebas que conducen a la certeza de que el hecho entre el oficial [sic] y el soldado ocurrió, es menester ir más allá para poder predicar una responsabilidad de mi prohijado, conforme lo establece el artículo 396 de la Ley 522 de 1999, así como tampoco existe prueba más allá de toda duda razonable sobre la responsabilidad de mi defendido, de conformidad con lo estipulado en el art. 381 C.P.P., para entrar a dictar sentencia de carácter condenatorio, ya que así [sic] las pruebas testimoniales y documentales y de acuerdo a la sana critica lo demuestran y el debido proceso."³⁴.

Acto seguido citó unas normas sobre el debido proceso, sin identificar

sobre la teoría del delito del tratadista EUGENIO ZAFFARONI, el artículo 221 de la Carta Política y un artículo que identificó como el "111" y el artículo 99 de la Ley 1407 de 2010, para concluir que "El SLC **DIAZ TAUSA JONATHAN STIVEN** no se le debió haber aplicado al Art.99 de la ley 1407 de Agosto de 2010, todavez [sic] que prima el principio del IN DUBIO PRO REO" y, asimismo, deprecar "Que se revoque el fallo del 19 de Febrero del 2019, en el cual se condena a 12 meses de prisión en el Numeral segundo por el delito de Ataque al Superior previsto en el Art. 99 de la Ley 1407 de 2010 y se dicte el correspondiente fallo Absolutorio que corresponda a derecho."³⁵ [sic].

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El doctor CARLOS ALFREDO RODRIGUEZ DAZA, Procurador 16 Judicial Penal II, sostuvo frente a los argumentos defensivos de la abogada NANCY WANDURRAGA MALAGON, apoderada del SS. ALBERT FERNEY ARROYO ZUÑIGA, que ellos no pueden ser reconocidos para justificar el actuar del éste último, pues se cuenta con los testimonios de los soldados campesinos CARLOS PUENTES CORREA, CARLOS ALBERTO AVILA ROZO, RUBEN DARIO GODOY, NEISEN GUERRERO BUITRAGO, JOSE MIGUEL CASTAÑEDA MAHECHA, LEIMAR SNEIDER PEREZ SANCHEZ y STIVEN CHOCONTA CARO, del "ST" VILLAMIZAR LUDWING YADIR y del CP. VALENCIA CELIS FRANCISCO, quienes sostuvieron que

³⁵ Folio 524 *ibí*

los condenados DIAZ TAUSA y ARROYO ZUÑIGA se agredieron mutuamente como respuesta a la provocación y al no acatamiento de la orden por parte del primero.

Y si bien es cierto algunos refirieron que DIAZ TAUSA inició agresiones verbales en contra de ARROYO ZUÑIGA y otros que fue éste último quien inició las agresiones utilizando un lenguaje no apropiado y ofensivo en contra de aquel para que "aceptara" [sic] la orden de levantarse para recibir la guardia, "No obstante lo anterior, no existen [sic] duda frente a los hechos que se presentaron entre ARROYO ZUÑIGA y DIAZ TAUSA, quienes se agredieron mutuamente ocasionándose lesiones físicas dentro de una guarnición militar generando indisciplina, lo que implica el abandonar el ámbito de respeto para ambos miembros del ejército, que es precisamente lo que quieren proteger o mejor sancionar los delitos de ataque al superior y ataque al inferior."³⁶.

A ello agregó, luego de rememorar lo que el régimen disciplinario impone al interior de las Fuerzas Militares, que "En el caso en estudio era deber del soldado DIAZ TAUSA obedecer la orden que le impartía el CS ARROYO ZUÑIGA de levantarse para recibir el relevo de la guardia y en caso de desobediencia, como ocurrió, le correspondía a ARROYO aplicar los protocolos que le exigía su condición de superior y no entrar a discusiones y provocaciones verbales y menos entablar una riña mutua y consentida para terminar ambas personas lesionadas y

³⁶ Folio 558 *ibídem*.

afectando el régimen disciplinario de la fuerza militar."³⁷.

Agregando:

"El legislador, precisamente para evitar la desobediencia, ha creado tipos penales, faltas disciplinarias y reglamentos internos que permiten contrarrestar el desacato de las órdenes, pero no habilitan el uso de la fuerza física que menoscabe el honor y el respeto por pertenecer a las fuerzas militares.

El CS ARROYO ZUÑIGA tenía pleno conocimiento que cabía la posibilidad, frente a una orden, de presentarse desacato o desobediencia por parte de quien recibe dicha orden, y le correspondía a él como comandante y superior entrar a manejar, de acuerdo con los protocolos, este tipo de eventualidades.

En este orden de ideas, ARROYO ZUÑIGA era consciente y conocedor que su actuar no era entrar en discusiones y ejercer violencia para hacer cumplir la orden, sino evitar enfrentamientos que generaran situaciones que afectaran el régimen disciplinario."³⁸.

En punto a la legítima defensa el señor agente del Ministerio Público sostuvo que así ARROYO ZUÑIGA haya sido agredido por el SLC. DIAZ TAUSA, esto no le resta responsabilidad, pues los hechos se trataron de una riña consentida o mutuamente aceptada, independientemente de quien haya iniciado con las agresiones verbales, presentándose golpes ofensivos y

³⁷ Folio 558 *ibídem*.

³⁸

voluntarios con la "intensión" recíproca de lesionar y sin que ninguna de tales agresiones resulte justificadas por cuanto ambas personas aceptaron "combatir un hecho".

Atinente a la ira sostuvo que el actuar de ARROYO ZUÑIGA no se adecua al concepto de ira e intenso dolor, al estar desprovista de una provocación grave e injusta que haya afectado momentáneamente su actuar volitivo, pues como lo ha reiterado, son circunstancias que se presentan al interior de las unidades militares y frente a las cuales existen manuales y entrenamientos de manejo, más aun teniendo en cuenta el tiempo y recorrido que lleva una persona que ostenta el rango que tenía el prenombrado.

En lo que atañe al recurso impetrado por el abogado RAFAEL ALBERTO JIMENEZ CAMACHO, defensor del SLC. JOHATHAN STIVEN DIAZ TAUSA, aseveró que debe ser declarado desierto por carecer de sustentación, pues, el togado menciona y transcribe varios institutos sustanciales y procesales, sin clarificar cuál es el objeto de disenso de la sentencia, siendo su obligación expresar los motivos de su divergencia, con argumentos jurídicos, fácticos o probatorios para demostrar los desaciertos incurridos en la decisión.

Concluyó deprecando de la Corporación la confirmación de la sentencia objeto de recurso.

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 año³⁹, 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 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

³⁹ 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.

por el artejo 628 del código de 2010⁴⁰.

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

Desde ya advierte esta Colegiatura que sería del caso pronunciarse de fondo respecto del recurso de apelación impetrado por el abogado RAFAEL ALBERTO CAMACHO JIMENEZ, defensor de confianza del SLC.(R) JONATHAN STIVEN DIAZ TAUSA, en contra de la sentencia del 19 de febrero de 2019 por medio de la cual el Juzgado Once de Primera Instancia del Ejército Nacional, sito en Bogotá D.C., condenare al precitados a la pena principal de un (01) año de prisión como autor penalmente responsable del delito de ataque al superior y, asimismo, al hoy SS. ALBERT FERNEY ARROYO ZUÑIGA como autor penalmente responsable del reato de ataque al inferior, negando a ambos la suspensión

⁴⁰ 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).

condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal y declarando la extinción de la acción penal contra ellos seguida por el delito de lesiones personales dolosas, si no se oteara en el horizonte procesal, una vez estudiado detalladamente el escrito impugnatorio de cara a las premisas fácticas y jurídicas contenidas en la sentencia de primer grado recurrida y sopesado el concepto del doctor CARLOS ALFREDO RODRIGUEZ DAZA, Procurador 16 Judicial Penal II, que el anhelo del opugnante le advendrá adverso ante el evidente soslayamiento de los lineamientos que, con fundamento en los principios que rigen la concesión de cualquier impugnación en materia recursal⁴¹, han acrisolado tanto la Corte Suprema de Justicia como esta Corporación foral, pretermisión que troca la propuesta impugnatoria en inviable de acometer dadas las potísimas razones que se verterán en los párrafos subsiguientes.

Ha sido suficientemente decantado por este Colegiado⁴²

⁴¹ Básicamente son: i) que la decisión recurrida sea susceptible de recurso, ii) que éste se proponga antes del vencimiento de los términos legalmente destinados para ello, iii) que al recurrente le asista interés y, iv) que el motivo de inconformidad con la decisión recurrida esté debidamente sustentado. C.fr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 33648, auto abril 14 de 2010, M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

⁴² Autos junio 05 de 2015, radicado No. 158191 y marzo 06 de 2017, radicado No. 158457, M.P. CN JULIAN OR

con estricta sujeción a la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴³, que quien acude al ejercicio del derecho de la doble instancia, vía la impugnación de las decisiones judiciales, no sólo tiene la obligación de hacerlo en tiempo por virtud del principio de preclusión de los actos procesales⁴⁴, sino que además debe ser sujeto de la relación jurídico-procesal o del derecho de postulación, en otras palabras, ser sujeto procesal⁴⁵ y además de ello debe haber sufrido un agravio con la decisión, siendo ésta circunstancia la que le dota de interés jurídico para recurrir⁴⁶. En el primer evento, precisa este Tribunal Castrense, se habrá de decir que tiene legitimación en el proceso (*legitimatío ad processum*), en el segundo que le asiste legitimación en la causa (*legitimatío ad causam*).

Adicional a ello, con ceñida observancia al principio

⁴³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación No. 79917, STP7096-2015, sentencia junio 02 de 2015, M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR en la que se dijo "De acuerdo a lo anterior, es claro que procede la declaración de desierto, cuando el recurso de apelación no es sustentado oportunamente o se sustenta de manera deficiente, valga decir, sin argumentación suficiente para respaldar el disenso", asimismo Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación No. 50560, AP4870-2017, auto agosto 02 de 2017, M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA en el que se consignó "(...) la Sala ha sostenido pacíficamente que la declaratoria de desierto aplica, bien cuando el recurso es sustentado deficientemente, bien cuando la sustentación es inexistente o extemporánea (...)".

Carga procesal de ineludible acometimiento en tanto la doble instancia, como medio ordinario y eficaz para controvertir la legalidad o el acierto de las decisiones judiciales, debe ocuparse de revisar los problemas jurídicos propuestos por el recurrente en tanto se corresponden con la conducta punible objeto de acción penal y los que tengan una conexidad con éstos⁵⁰, además de los que oficiosamente deban ser asumidos para la protección de derechos y garantías fundamentales y la realización de los fines esenciales de la justicia material en el caso concreto, situaciones que han de ser resueltas antes de que la providencia adquiera la condición de cosa juzgada.

Pero el ejercicio impugnatorio y el trámite recursal que de ello deriva, no se traduce en una amplia libertad de pronunciamiento para el funcionario de segunda instancia (singular o plural), pues no se trata de una nueva oportunidad para la confección y emisión de un juicio fáctico y jurídico sobre el asunto debatido o una segunda oportunidad para reabrir el debate probatorio acometido en la pertinente instancia, ya que por virtud del atrás citado "*Principio de Limitación*" la labor de aquel se circunscribe, salvo las excepciones de ley a este último principio, a la realización de un control de

⁵⁰ No de otra forma se entiende la excepción a la limitación funcional del superior en sede de apelación, que a guisa de regla general lo constriñe a "*revisar únicamente los aspectos impugnados*" como preceptúa el artículo 538 de la Ley 522 de 1999 aplicable en lo ritual a los procesos penales que cursan actualmente en esta jurisdicción.

legalidad y acierto sobre los fundamentos de hecho y de Derecho en que se cimienta la decisión impugnada, ello a partir de los argumentos presentados por el recurrente⁵¹, es decir, con afincamiento en el ejercicio dialéctico a que éste acude con miras a demostrar sustentadamente los yerros o las incorrecciones en que incurrió el servidor judicial autor de la decisión controvertida al momento de su elaboración; ejercicio de análisis y ponderación que exige de aquel, como presupuesto elemental y necesario, la exposición de las tesis -antítesis si se quiere- o los argumentos encaminados a derruir la presunción de acierto y legalidad que acompaña a aquella decisión a fin que, se itera, el superior funcional de quien la profirió conozca y sopesa los motivos de su inconformidad que eventualmente pudieren avalar su modificación, revocación o invalidación según el caso, forjando su judicial criterio sobre la procedencia o no de la revocatoria de aquella.

Principio que, por otra parte, también delimita la competencia del juzgador de segunda instancia en otro aspecto, ello en tanto le está vedado abordar asuntos no debatidos en la decisión de primer grado, ni tópicos no controvertidos en la alzada⁵², menos aun cuando ello contravendría el postulado según el cual

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia agosto 12 de 2009, radicado SP 31854.

⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia febrero 04 de 2015, radicado 39417, SP740-2015, M.P. EUGENIO FERNANDEZ CARLIER.

no puede haber segunda instancia lo que no fue debatido en la primera, quedando a salvo, remembra la Sala, los aspectos inescindiblemente vinculados con la determinación recurrida⁵³.

Lo hasta aquí dicho explica por qué el órgano de cierre de esta jurisdicción especializada ha acrisolado, además, que se impone la declaratoria de desierto del recurso de apelación cuando: *"...no se sustenta en debida forma la alzada cuando el actor acude a fórmulas no concretas para denunciar las falencias del juzgador de primer grado, pues la carga procesal en referencia [sustentar el recurso conforme las exigencias normativas⁵⁴] impone la necesidad de explicitar los desaciertos en que se haya incurrido con el propósito que el superior funcional tenga claridad sobre qué puntos de la providencia dirige el ataque, o qué pruebas pretirió el juez, o qué aspectos de la litis omitió decidir, o qué norma jurídica aplicable al caso desatendió o aplicó indebidamente, entre otras posibles vicisitudes que enfrenta el juez en cada caso concreto."*⁵⁵.

Posición hermenéutica a la que ha agregado, de manera convergente, que:

⁵³ Son aquellos que dependen directamente del supuesto básico analizado y de sus fundamentos o se vinculan de manera necesaria con ellos, Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia febrero 04 de 2015, SP740-2015, radicación No. 39417, M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 33648, auto abril 14 de 201

medios suasorios anejos a la actuación, esto por la potísima razón de que sólo así es plausible a la segunda instancia, se itera, abordar el ejercicio dialéctico inmerso en la decisión reprochada y adoptar la determinación que corresponda, previa confrontación de los fundamentos de esta última y lo argüido por quien ejerce el derecho de impugnación, en torno a la doble presunción de acierto y legalidad que cobija la misma.

De manera armónica con lo anterior, éste Tribunal ha decantado de manera consistente e inalterada⁵⁸ que no se cumple con aquella carga procesal y no se logra el cometido de que la Colegiatura aborde la revisión de la legalidad y acierto de la decisión impugnada, cuando el reproche insito a la apelación: *i)* se circunscribe a disentir de la motivación que condujo a adoptar la decisión, pero definitivamente se comparte esta última; *ii)* no comporta, más allá de un disenso genérico y subjetivo, razones de hecho o de Derecho que conduzcan a esta instancia a la constatación de la necesidad de enmendar lo dispuesto por la providencia apelada en tanto desacertada, ilegal o contraria a la realidad probatoria, ello al punto que se deba romper la doble presunción que cobija a la misma; *iii)* contiene argumentos dilógicos, anfibológicos,

⁵⁸ Auto agosto 28 de 2015, radicado No. 158257, MP. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ; auto marzo 06 de 2017, radicado No. 158457, MP. CN. JULIAN ORDUZ PERALTA; y auto abril 19 de 2018, radicado No. 158774, MP. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, entre

Abogada **BERLEDIS BANQUEZ HERAZO**
Secretaria