

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala : Primera de Decisión
Magistrado ponente : CR (RA) WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Radicación : 159392-313-XIV-390-EJC
Procedencia : Juzgado Séptimo de Brigada del Ejército Nacional
Procesados : TE. HAROL CRISTIAN IMBAJOA BOTINA
SS. MIGUEL RAÚL MARTINEZ PAYARES
Delito : Concusión
Motivo de alzada : Apelación sentencia condenatoria
Decisión : Confirma

Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

I. VISTOS

La Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial procederá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del TE. **HAROL CRISTIAN IMBAJOA BOTINA**, contra la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2020 proferida por el Juzgado Séptimo de Brigada del Ejército Nacional, a través de la cual se condenó al uniformado como autor del delito de Concusión, disponiéndose igualmente la absolución del SS. **MIGUEL RAÚL MARTINEZ PAYARES** por el mismo delito.

II. HECHOS

Del contenido de la actuación se determinó que durante los meses de enero y febrero de 2016, en la Base Militar "Guardia Campaña" del Batallón de Servicios No. 9 del Ejército Nacional ubicado en Neiva (Huila), el TE. **HAROL CRISTIAN IMBAJOA BOTINA**, en su condición de Comandante de Pelotón de Prevención de Siniestros, solicitó a siete (7) soldados la suma de \$70.000,00 para adquirir un cajón para almacenar víveres a cambio de un permiso para salir de la unidad.

En esas condiciones, el Soldado **DUVAN GABRIEL GÓMEZ QUIROZ** y el Soldado **YONATHAN GRUESO CHAGUENDO** entregaron al oficial la suma de \$ 150.000 pesos y una cortina a cambio de permiso, hechos que se presentaron cuando el entonces CS. **MIGUEL RAÚL MARTINEZ PAYARES** se desempeñaba como segundo comandante de Pelotón.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1-. Por los hechos antes referidos, el 29 de febrero de 2016, el Juzgado 64 de Instrucción Penal Militar dispuso la apertura de investigación penal por los delitos de Concusión y Cohecho Propio¹, escuchándose en indagatoria al entonces CS. **MIGUEL**

¹ Cuaderno original No.1, folios 6-7.

RAÚL MARTÍNEZ PAYARES el 23 de mayo de 2017² y resolviéndose su situación jurídica provisional el 16 de junio del mismo año, absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento³. Al TE. **HAROL CRISTIAN IMBAJOA BOTINA** se le recibió indagatoria el 11 de octubre de 2017⁴ y se le resolvió la situación jurídica el 21 de noviembre de la misma anualidad⁵, absteniéndose igualmente de cobijarlo con medida de aseguramiento en su contra.

3.2- Culminada la fase instructiva, la Fiscalía 19 Penal Militar calificó el mérito sumarial el dos (2) de abril de 2019 con resolución de acusación en contra del TE. **HAROL CRISTIAN IMBAJOA BOTINA** y CS. **MIGUEL RAUL MARTINEZ PAYARES** por el delito de Cohecho Propio, disponiendo cesar procedimiento en favor de los militares por el punible de Concusión⁶.

3.3- La pieza acusatoria fue recurrida por el Ministerio Público que actuó ante la primera instancia, por lo que el conocimiento del asunto le correspondió a la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior Militar y Policial, Despacho que en decisión del 18 de junio de 2020 atendió de manera favorable los argumentos de apelación procediendo a variar la calificación jurídica del delito, acusando al TE. **HAROL CRISTIAN IMBAJOA BOTINA** en calidad de

² Cuaderno original No.2, folios 262-268.

³ Cuaderno original No.2, folios 294-306.

⁴ Cuaderno original No.2, folios 392-394.

⁵ Cuaderno original No.2, folios 396-400; 401-407 CO3.

⁶ Cuaderno original No.3, folios

autor del delito de Concusión y al CS. **MIGUEL RAUL MARTINEZ PAYARES** como cómplice del mismo delito⁷.

3.4- El juicio le correspondió al Juzgado Séptimo de Brigada del Ejército Nacional, Despacho ante el cual se realizó la audiencia de corte marcial el 18 de noviembre de 2020⁸. Seguidamente, el 20 de noviembre de la misma anualidad dictó sentencia condenatoria en contra del TE. **HAROL CRISTIAN IMBAJOA BOTINA** por el delito en cuestión y decisión absolutoria en favor del CS. **MIGUEL RAUL MARTINEZ PAYARES**⁹.

3.5- La sentencia de primer grado fue apelada por el defensor contractual del TE. **HAROL CRISTIAN IMBAJOA BOTINA**, asunto que procederá a resolver esta Sala de Decisión.

IV. PROVIDENCIA RECURRIDA

El Juzgado Séptimo de Brigada del Ejército Nacional expuso en la decisión censurada que el punible de concusión se encuentra descrito en el artículo 404 de la Ley 599 de 2000. Tipo penal que exige que el sujeto activo de la conducta prohibida registre la condición de servidor público, funcionario que abusando de su cargo o función constriña, induzca o solicite a un tercero dar o prometer dinero o cualquier otra utilidad indebidos. Ingredientes

⁷ Cuaderno original No. 4, folios 646-670.

⁸ Cuaderno original No.4, folios 735-742.

⁹ Cuaderno original No.4, folios 743-770.

normativos que en criterio de la sentenciadora se configuraron en el caso particular del TE. **HAROL CRISTIAN IMBAJOA BOTINA**, quien para la época de los hechos era miembro activo del Ejército Nacional, trasladado al Batallón de Servicios No.9 en Neiva (Huila), donde ejercía el cargo de Comandante de Pelotón Anti-Siniestros.

Sostuvo que el oficial enjuiciado durante los meses de enero y febrero de 2016, indujo y solicitó a los soldados bajo su mando para que le entregaran dineros y elementos con el fin de dotar el alojamiento donde éstos pernoctaban, hecho que quedó demostrado con los testimonios de los Soldados Regulares **SERGIO ANDRÉS MEDINA RUIZ, ALEJANDRO MENZA PÉREZ, DIEGO ARMANDO GARZÓN TRUJILLO, JORGE FERNEY GARCIA ARIAS, RULBER MAURICIO ANACONA OIDOR, IVÁN ANDRÉS CALDERON MENDEZ y DIEGO FERNANDO GONZÁLEZ GUACA**, quienes afirmaron que entregaron al enjuiciado la suma de \$70.000,00 pesos para la compra de un cajón de madera destinado a guardar víveres, recibiendo como contraprestación por parte del oficial permiso para salir de la unidad por varios días.

Asimismo, resaltó que el SLR. **DIEGO FERNANDO GONZALEZ GUACA** en su testimonio aseveró que entregó una impresora para el alojamiento, también que el SLR. **DUVAN GABRIEL GÓMEZ QUIROZ** aportó \$150.000,00 pesos para la compra de una brilladora destinada al alojamiento y el SLR. **YONATHAN ANDRÉS GRUESO**

CHAGUENDO compró una cortina también destinada al alojamiento de los soldados, contribuciones que se realizaron ante la solicitud del oficial procesado a cambio de concederles permisos durante los fines de semana; igualmente, hizo mención del testimonio del SLR. **CRISTIÁN MAURICIO CAMACHO CARVAJAL** quien refirió que el oficial acusado cobraba por los permisos entre \$50.000,00 y \$80.000,00 pesos y que aquellos soldados que no tenían dinero debían asumir doble servicio de guardia porque a veces varios soldados del pelotón salían hasta una semana entera.

Con fundamento en lo anterior, la juzgadora de primer grado aseguró que el justiciable solicitó a los soldados bajo su mando entregarle dineros para la compra de elementos que serían destinados al alojamiento de los mismos a cambio de permisos, actos que se corresponden con el punible de Concusión porque el delito no se agota únicamente a partir del verbo constreñir, sino que en la descripción típica también se incluyen los verbos rectores inducir y solicitar, los cuales no requieren el ejercicio de la coacción física sobre la víctima para obtener la utilidad indebida.

En ese sentido, precisó que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de este Tribunal Castrense coinciden en sostener que inducir corresponde a un exceso de autoridad oculto que intimida al sujeto pasivo de la acción y cuyo fin es

que omita o haga aquello que el funcionario público desea, haciéndole creer a la víctima que se trata de un acto legítimo que en realidad no lo es.

De manera que, el acto del procesado correspondió a un abuso de cargo o función dado que se valió de su condición de comandante para pedir dinero y bienes a los soldados de su unidad a cambio de una contraprestación, la cual consistió en autorizarles permisos como incentivo, facultad que no le correspondía al oficial según se desprende de las funciones que se registran en su folio de vida, también del testimonio del Comandante del Batallón de Servicios No.9, quien en su versión aseguró que no le autorizó al acusado la potestad de otorgarle permiso a los soldados del pelotón que tenía a cargo.

La *a quo* consideró que al exigir dinero y bienes a los soldados para adecuar el alojamiento y conceder permisos por ello sin tener la facultad para hacerlo, el oficial ejecutó acciones que se corresponden con el ilícito de Concusión, en la medida que el acusado era consciente que abusaba de su cargo, pese a que en su defensa insistió en que los dineros y los bienes fueron para el beneficio de los mismos soldados.

En ese sentido, la falladora sostuvo que si bien logró constatarse que en el alojamiento se encontraron los elementos que se adquirieron con los dineros aportados por los citados soldados, ello

corresponde a una carga ajena a quienes prestan el servicio militar, puesto que corresponde a la institución castrense adecuar las instalaciones donde descansan sus tropas, además, resaltó que los soldados regulares no devengan salario sino una bonificación que para la época de los hechos correspondía a la suma de \$ 90.000 pesos aproximadamente, siendo esa una razón adicional para reprochar la conducta del procesado consistente en exigirles dinero para poder disfrutar de un permiso.

Del mismo modo, refirió que la descripción típica del delito de Concusión establece refiere que el abuso del cargo o función a partir del constreñimiento o la inducción no solo puede beneficiar al mismo autor del delito sino a un tercero, como en efecto o ocurrió en el presente caso, en el que fue el Ejército Nacional quien resultó beneficiado con el comportamiento inadecuado de uno de sus miembros, por cuanto el acusado pretendió dotar un alojamiento con recursos que le exigió a la tropa bajo su mando, motivo por el cual la adecuación típica objetiva del delito en cuestión se mantiene.

Así mismo, sostuvo que el aspecto subjetivo del tipo penal también se configuró, dado que el inculpado sabía y conocía que pedirles dinero a sus subalternos para adecuar el alojamiento a cambio de permisos correspondía a una actividad ilegal, más aún cuando carecía de la facultad de autorizar la salida de sus

subordinados de la unidad, además como oficial del Ejército por su grado, formación y experiencia debía conocer que dicho actuar configuraba un abuso de la función pública encomendada.

Agregó que el actuar del acusado fue antijurídico, en tanto, la exigencia indebida de dinero y bienes por su parte a los soldados de su unidad para luego beneficiarlos con un permiso determinó un daño al bien jurídico de la Administración Pública.

En lo referente a la culpabilidad, consideró que el enjuiciado merece un juicio de reproche dado que conocía la ilegalidad de sus actos, podía comportarse de un modo distinto conforme al derecho y pese a ello decidió aprovecharse de su investidura para inducir a sus subalternos a entregarle dinero y elementos, conducta que resultó indebida, aunque se destinaran los recursos al alojamiento de los mismos soldados.

Con base en los anteriores planteamientos, la falladora de primer grado condenó al TE. **CRISTIÁN HAROLD IMBAJOA BOTINA** como autor del punible de Concusión a las penas principales de 72 meses de prisión, multa de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 60 meses y la accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública. Así mismo, le negó el beneficio de la condena de ejecución condicional al no cumplir con el

requisito objetivo que exige el artículo 63 de la Ley 1407 de 2010.

Acto seguido, el juzgado de primera instancia se ocupó del análisis de la responsabilidad penal del entonces CS. **MIGUEL RAUL MARTINEZ PAYARES**, quien fue acusado por la Fiscalía Penal Militar en calidad de cómplice de los hechos investigados; sin embargo, la falladora de primer grado absolvió al uniformado bajo la consideración que éste no tuvo relación alguna de complicidad con la conducta del TE. **HAROLD CRISTIAN IMBAJOA BOTINA**, como quiera que no logró demostrarse que el uniformado prestó ayuda eficaz o se concertó con el oficial acusado para la comisión del delito en cuestión.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El Abogado **MARTIN EDGAR APONTE CASTELLANOS**, en su condición de defensor contractual del procesado presentó y sustentó en términos recurso de apelación contra el fallo condenatorio, para lo cual solicitó la revocatoria del mismo, disponiéndose la absolución de su cliente por atipicidad de la conducta y ausencia de antijuridicidad material.

Para el efecto, sostuvo que la conducta del TE. **HAROLD CRISTIÁN IMBAJOA BOTINA** adolece del constreñimiento o inducción que exige el tipo penal

de Concusión, por cuanto el oficial expuso a sus subalternos una alternativa para mejorar el alojamiento dejando a consideración de estos si de manera voluntaria aportaban dinero para la compra de algunos elementos y a cambio de ello se les autorizaba permiso.

Luego, en criterio del censor el acusado no generó temor en los soldados para que le entregaran dinero, en la medida que las contribuciones suministradas por sus subalternos fueron voluntarias, con el ánimo de obtener un permiso que no podía autorizarse por parte del justiciable, por lo que el actuar del uniformado no puede considerarse doloso y, en consecuencia, la conducta deviene atípica.

Así mismo, sostuvo que el oficial no actuó con el ánimo de obtener provecho o recibir una utilidad para sí mismo; por el contrario, su actuar se fundó en el ánimo de mejorar el bienestar del personal de soldados bajo su mando, además, de cuestionar al uniformado por el hecho de haber concedido permisos a sus subalternos como incentivo por las contribuciones recibidas, dicha situación no configura típicamente el punible de Concusión sino una conducta delictiva diferente que no es objeto de investigación.

Por otra parte, estimó que su representado actuó amparado en un error de tipo por cuanto consideró que el hecho de solicitar a los soldados una contribución

para la mejora del alojamiento a cambio de un permiso no era una actividad ilícita, señalando que la única irregularidad era que no contaba con la facultad de autorizar permisos a los soldados de su unidad.

En cuanto a la ausencia de antijuridicidad, expuso que no logro acreditarse lesión alguna al bien jurídico protegido, en tanto, la exigencia del procesado a los soldados y la utilidad de esta no fueron actos indebidos, además, porque los recursos aportados se invirtieron en el alojamiento de los soldados, de allí que no se advierta lesión alguna al bien jurídico de la Administración Pública.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El representante del Ministerio Público que actúa ante esta instancia conceptuó que deben acogerse de manera favorable los argumentos de apelación, motivo por el cual la sentencia apelada debe revocarse disponiéndose la absolución del oficial procesado por atipicidad de la conducta.

Para el efecto, sostuvo que no se acreditó el presupuesto subjetivo que exige el tipo penal de Concusión, en la medida que la intención del uniformado no fue la de causar daño a los soldados bajo su mando ni a la institución misma; por el contrario, su actuar estuvo motivado por la intención de beneficiar a la tropa que comandaba, porque los

elementos adquiridos con el dinero aportado por los soldados se destinó al alojamiento de los mismos, es decir, para su propio bienestar, hecho que quedó demostrado en la actuación a partir de la prueba testimonial recaudada, de la cual se infiere que el acusado no se apropió del dinero exigido ni de los elementos que se adquirieron con el mismo.

Agregó que, la conducta del procesado fue la de proporcionar un estímulo a sus subalternos para que realizaran aportes a cambio de unos días de permiso, comportamiento que en efecto es reprochable pero no en el marco del derecho penal, sino por la vía administrativa.

Además de lo anterior, el Representante del Ministerio Público consideró que el justiciable actuó amparado en un error del tipo, en la medida que no sabía que al solicitar o inducir a sus subalternos para que le entregaran dinero les generaba un perjuicio tanto a los que aportaron los recursos como a los soldados que se negaron a hacerlo. Amen, que actuó de buena fe en procura de mejorar las condiciones del personal bajo su mando, conducta que de ninguna manera puede calificarse como un castigo o represalia contra los soldados que estaban a cargo del oficial procesado.

Concluyó que el oficial no era consciente que la petición que hizo a los soldados constituía un abuso

del cargo o función y que, si bien a partir de su formación militar pudo actualizar su conocimiento y con ello superar el error, lo cierto es que en el momento de los hechos el uniformado actuó con la convicción de que su acto se reportaba lícito. Circunstancia que se asemeja a un error de tipo de carácter vencible, el cual solamente se torna punible cuando el tipo penal motivo de juicio contempla la modalidad culposa, cosa que no ocurre en el presente evento, como quiera que el delito de Concusión solo admite la modalidad dolosa; razón por la cual, estimó que el caso debe concluirse absolviendo al oficial acusado.

VII.DE LA COMPETENCIA

Conforme lo establecido por la Corte Suprema de Justicia¹⁰, no obstante, los hechos que originaron la presente actuación acaecieron en vigencia de la Ley 1407 de 2010 y teniendo en cuenta que el sistema procesal previsto en la citada codificación inició su implementación a partir del 1° de julio de 2022 únicamente en la ciudad de Bogotá, según lo dispuesto en artículo 1° del Decreto 1768 de 2020, la norma procedimental llamada a regular el caso *sub júdice* es la establecida en la Ley 522 de 1999.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 44046 del 17-06-15, MP. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero.

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 contractual del TE. **HAROLD CRISTIÁN IMBAJOA BOTINA**, contra la sentencia condenatoria del 20 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Séptimo de Brigada del Ejército Nacional, a través de la cual se condenó al uniformado como autor del delito de Concusión.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Bajo esa consideración, la Sala se ocupará de los reparos que se plantearon en el recurso de apelación, los cuales guardan relación únicamente con la responsabilidad penal del TE. **HAROL CRISTIÁN IMBAJOA BOTINA**, por lo que esta judicatura se abstendrá de realizar análisis alguno frente a la decisión absolutoria del SS. **MIGUEL RAÚL MARTINEZ PAYARES**, en razón a que dicha determinación no es objeto de apelación ante esta instancia.

2.- Así las cosas, la Sala encuentra que los reparos planteados por el censor contra la sentencia de primer grado giran en torno a los siguientes aspectos: i) atipicidad del delito dado que el acusado actuó bajo el amparo de un error de tipo y; ii) ausencia de antijuridicidad material porque los bienes y dinero solicitado a los soldados se destinaron al alojamiento de la tropa. Así las cosas, esta Colegiatura se referirá en forma general a los temas antes señalados y simultáneamente procederá a resolver los puntos de apelación que planteó el censor en su recurso de apelación.

3.- El tipo penal de Concusión está definido en el artículo 404 de la ley 599 de la siguiente manera:

"El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años."

Conforme lo anterior, la Corte Suprema de Justicia determinó que la adecuación típica del delito de Concusión requiere de los siguientes elementos: (i) sujeto activo calificado que tenga la calidad de servidor público; (ii) el abuso del cargo o de la

función; (iii) una conducta que se concreta con la ejecución de uno cualquiera de los distintos verbos rectores: constreñir, inducir o solicitar una prestación o utilidad indebidas; y (iv) la relación de causalidad entre el actuar del funcionario y el efecto buscado de dar o la entrega del dinero o utilidad no debidos¹¹.

En cuanto al estudio en concreto de los elementos del tipo penal en cuestión, esa alta Corporación precisó que para que halle configuración típica el servidor público, como sujeto activo del delito, debe abusar del cargo o función, circunstancia que se agota cuando éste actúa al margen de los mandatos legales y constitucionales que guardan relación con la organización, estructura y funcionamiento de la administración pública y para ello constriñe, induce o solicita a alguien dar o prometer una cosa¹².

Bajo esa óptica, ante cualquiera de las modalidades antes señaladas por las que opte el autor del delito, es necesario la concurrencia del ingrediente subjetivo del tipo penal en la víctima, esto es, el "*metus publicae potestatis*" que conlleva a que el sujeto pasivo ceda ante la pretensión del servidor público viéndose obligado a pagar o prometer el dinero o cualquier otra utilidad indebida ante el

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 54326 del 5 de mayo de 2021, MP. Diego Eugenio Corredor Beltrán. En el mismo sentido, CSJ SP, 5 May. 2012, rad. 36368.

¹² *Ibid.*

temor y la figura de poder que representa el funcionario público que le hace dicha exigencia.

En relación con los verbos rectores, *constreñir* significa: *"obligar, compeler o forzar a alguien para que haga algo. Es ejercitar con violencia o amenazas una presión sobre una persona alterando el proceso de formación de su voluntad sin eliminarla, determinándola a hacer u omitir una acción distinta a la que hubiese realizado en condiciones diversas. Puede revelarse a través de palabras, actitudes o posturas, la ley no exige una forma precisa de hacerlo. Inducir es instigar o persuadir por diferentes medios a alguien a que efectúe determinada acción y solicitar es pretender, pedir o procurar obtener alguna cosa"*¹³.

Además de lo anterior, el constreñimiento se establece a partir de medios coactivos que doblegan el consentimiento de la víctima como el es el caso de las amenazas; por su parte, en la inducción: *"se trata de un exceso de autoridad que va oculto, en forma sutil, en el abuso de las funciones o del cargo, el sujeto pasivo se siente intimidado, cohibido porque si no hace u omite lo pedido, puede resultar perjudicado en sus derechos por el agente"*¹⁴.

Así mismo, debe constarse la afectación al bien jurídico de la Administración Pública, el cual resulta disminuido como consecuencia de la deslealtad, improbidad y deshonestidad de los

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

funcionarios del Estado, además para su ejecución basta con la mera exigencia de la prestación o utilidad indebida, es decir, que resulta irrelevante que el desembolso o la entrega de bienes o cualquier otra contraprestación se acredite, como quiera que se trata de un delito de conducta o actividad.

En virtud de lo anterior, para efectos de la ejecución del delito basta constatar la mera exigencia por medio del constreñimiento, la inducción o la solicitud al margen que el sujeto pasivo del delito se encuentre en posibilidad de cumplirla.

Por otra parte, en relación con el elemento material del delito que corresponde a la promesa o entrega de dinero u otra utilidad, esta debe ser indebida y no importa la forma como se realice y si constituye un negocio ilícito, dado que ese examen le correspondería al derecho privado; la promesa y la entrega de dinero o bienes pueden tener como destinatario al propio servidor público o a un tercero¹⁵.

Por último, habrá de constatar como ingrediente necesario para efectos de adecuación típica del delito en cuestión el abuso de cargo o función, para lo cual la Corte Suprema de Justicia ha diferenciado los dos conceptos de la siguiente manera : *"se abusa de la función cuando se desbordan o restringen*

¹⁵ CSJ SP, 1 Jun 2017. Rad. 46165.

*indebidamente sus límites o se utiliza con fines protervos; y se abusa del cargo, cuando se aprovecha de modo indebido la vinculación que éste pueda tener con una situación concreta que el empleado no está llamado a resolver o ejecutar por razón de sus funciones*¹⁶.

Ahora bien, frente al caso en concreto se le cuestionó al TE. **HAROL CRISTIÁN IMBAJOA BOTINA** que en su condición de servidor público, particularmente como oficial del Ejército Nacional en el cargo de Comandante del Pelotón Antidesastres del Batallón de Servicios No.9 de la Novena Brigada del Ejército Nacional con sede en Neiva (Huila), indujo y solicitó a los soldados regulares de su unidad la entrega de dineros y elementos a cambio de concederles permisos durante varios días, hecho que está demostrado con los testimonios de los Soldados Regulares **SERGIO ANDRÉS MEDINA RUIZ**, **ALEJANDRO MENZA PÉREZ**¹⁷, **DIEGO ARMANDO GARZÓN TRUJILLO**¹⁸, **JORGE FERNEY GARCIA ARIAS**¹⁹, **RULBER MAURICIO ANACONA OIDOR**²⁰, **IVAN ANDRÉS CALDERON MENDEZ**²¹ y **DIEGO FERNANDO GONZALEZ GUACA**²², quienes coincidieron en afirmar que entregaron al acusado la suma de \$70.000,00 pesos a cambio de permiso y que dichos dineros serían destinados para la compra de un cajón de madera para guardar víveres.

¹⁶ CSJ SP, 10 Sep. 2003, rad. 18056.

¹⁷ Cuaderno original No.1, folios 125-128.

¹⁸ Cuaderno original No.1, folios 129-132.

¹⁹ Cuaderno original No.1, folios 133-136.

²⁰ Cuaderno original No.1, folios 137-139.

²¹ Cuaderno original No.1, folios 140-142.

²² Cuaderno original No.1, folios 27-30.

De la misma manera, consta en la actuación el testimonio del SLR. **DIEGO FERNANDO GONZÁLEZ GUACA**, quien aseguró que ante la solicitud del oficial prestó una impresora para el alojamiento²³, también se cuenta con la versión juramentada del SLR. **DUVAN GABRIEL GÓMEZ QUIROZ**, quien sostuvo que entregó al oficial inculcado la suma de \$150.000,00 pesos para la compra de una brilladora destinada al alojamiento²⁴; así mismo, el testimonio del SLR. **YONATHAN ANDRÉS GRUESO CHAGUENDO** quien adquirió una cortina para el alojamiento de los soldados²⁵, contribuciones que se realizaron ante la solicitud del acusado a sus subalternos para que a cambio fueran beneficiarios de permisos.

Así mismo, se recaudó el testimonio del SLR. **CRISTIÁN MAURICIO CAMACHO CARVAJAL**, quien manifestó que el oficial encausado cobraba por los permisos entre \$50.000,00 y \$80.000,00 pesos y que aquellos soldados que no tenían dinero debían asumir doble servicio de guardia porque a veces varios miembros del pelotón salían hasta una semana entera²⁶. Versión que guarda relación con el dicho del SLR. **RICARDO ANDRÉS SOTO** quien aseguró que el TE. **HAROL CRISTIAN IMBAJOA BOTINA** tenía un negocio con los permisos de los soldados, el cual consistía en pedirles dinero o elementos para poder salir de la base militar,

²³ Cuaderno original No.1, folios 27-30.

²⁴ Cuaderno original No.1, folios 143-145.

²⁵ Cuaderno original No.1, folios 35-38.

²⁶ Cuaderno original No.1, folios 275-278.

señalando que la mayoría de las veces los soldados salieron con permiso sin boleta de salida y por un lugar distinto a la guardia principal²⁷.

Conforme a la prueba testimonial relacionada, la juez de primer grado arribó a la conclusión de que el oficial procesado adecuó su actuar con el descrito en el tipo penal de Concusión por el cual fue llamado a juicio y condenado a través de la sentencia debatida. Decisión que comparte este juez colegiado, por cuanto está demostrado que el oficial acusado abusó de su cargo o función como comandante al solicitar a los soldados del pelotón que dirigía la entrega de dinero y bienes a cambio de permisos, exigencia que corresponde a una actividad indebida como quiera que los permisos forman parte del plan de moral y bienestar del personal militar y policial en todos los niveles del mando, reportándose como incentivos que por el buen desempeño en el servicio o porque la misma Ley o los reglamentos así lo contemplen deben ser otorgados en condiciones de equidad entre el personal, de allí que resulte inadmisibile que militares y policiales exijan a sus subalternos dineros u otra contraprestación a cambio de concederles dicho estímulo.

4.- La Sala disiente de lo establecido por el censor al considerar que no se trató de una exigencia indebida de parte de su cliente a los soldados antes

²⁷ Cuaderno original No.1, folio 43-47.

mencionados, porque en su criterio correspondió a un acto de colaboración voluntaria que provino de la tropa, recursos que fueron destinados al embellecimiento del alojamiento del pelotón, al punto que en la inspección judicial que se realizó al recinto se logró verificar la existencia de los elementos que se adquirieron con los dineros de los soldados (cajón para almacenar víveres, brilladora, impresora y cortina).

En ese sentido, recuérdese que los aportes de dinero y bienes que realizaron los soldados no se dieron por su propia iniciativa como lo sostiene el recurrente, sino como consecuencia de la insinuación y solicitud que les hizo el TE. **HAROL CRISTIÁN IMBAJOA BOTINA**, acto en el que el justiciable no se valió del constreñimiento como medio para obtener lo perseguido, sino que optaba por inquirirlos si querían salir con permiso y cuando sus subalternos le respondían afirmativamente, el oficial les manifestaba que necesitaba dotar el alojamiento y requería que aportaran dinero y los elementos que él consideraba necesarios para dicho propósito. Acontecer que evidencia que el oficial se valió del cargo y grado militar superior que ostentaba ante sus subordinados para obtener de éstos una utilidad indebida.

Bajo esa óptica, la Sala reitera que el oficial acusado abusó del cargo y de su función como

comandante del pelotón al exigir dádivas a cambio de permisos, además porque es claro que la función de dotar con bienes el alojamiento no le correspondía ni al inculpado ni a los mismos soldados involucrados, como quiera que esa actividad le correspondía a la administración a través de las partidas fiscales de mantenimiento e instalaciones, por esa razón, resulta inadmisibile la tesis defensiva a partir de la cual se reclama la atipicidad de la conducta porque los bienes y dinero entregados por los soldados al acusado fueron destinados al alojamiento que ellos mismos ocupaban, en la medida que la solicitud realizada por el inculpado a la tropa, corresponde a un actuar que desbordan las funciones asignadas al acusado como oficial y que de manera soterrada pero efectiva reduce la voluntad de sus subordinados en procura de afectar su patrimonio, amén de resultar indebidos, elemento del tipo penal, por razón de lo ya acotado.

Recuérdese que el delito por el que se procede corresponde a los clasificados como de de mera conducta, siendo innecesario para su configuración un resultado material, por lo que en relación con el presente asunto basta verificarse el abuso del cargo o función del servidor público y la exigencia de la utilidad indebida a la víctima, ya sea por medio del constreñimiento, la inducción o la solicitud, circunstancia que se encuentra acreditada en la presente actuación y a partir de la cual se puede

sostener que para efectos de tipicidad objetiva del delito la destinación que le dio el acusado al dinero y los bienes que recibió es irrelevante.

5.- Ahora bien, en lo que tiene que ver argumento defensivo a partir del cual sostiene que su cliente actuó amparado en un error de tipo, es importante mencionar que del numeral 10° del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010 se desprende que esta causal de ausencia de responsabilidad se presenta cuando el sujeto actúa con el convencimiento equivocado de que su acción u omisión no corresponde a una descripción típica, es decir, que en ningún momento se representa la ilicitud de su comportamiento. De forma tal que, si se trata de un error invencible, atendiendo las circunstancias personales el hecho no hubiera podido evitarse se excluye el dolo y, como consecuencia, la conducta resulta atípica. Ahora, este será vencible cuando el agente de haber actuado con diligencia hubiera podido evitar la infracción, por lo que excluye el dolo, pero persiste la modalidad culposa siempre y cuando la ley prevea dicha modalidad para el tipo penal imputado.

Respecto a las modalidades de error de tipo, la doctrina ofrece varias clasificaciones, entre las cuales encontramos el error sobre el objeto de la acción²⁸; error sobre la relación de causalidad²⁹;

²⁸ *"En principio, si el error recae sobre objetos homogéneos, éste es irrelevante y no constituye error de tipo, por lo que se exige responsabilidad por un único delito doloso. Así, si A mata a B creyendo que es C sigue*

error en el golpe³⁰ y; error sobre los elementos agravantes³¹.

En el caso objeto de estudio no es posible sostener la teoría del error de tipo frente al comportamiento del TE. **HAROL CRISTIÁN IMBAJOA BOTINA**, en la medida que por su cargo, grado y experiencia de aproximadamente cinco (5) años como oficial del Ejército Nacional donde además se destaca su capacitación en inteligencia de combate, armamento y tiro, formación militar recibida en la Escuela Militar de Cadetes³², título de profesional en ciencias militares y docente en educación física militar³³, le permitían tener conciencia plena de la

habiendo un homicidio doloso consumado, pues A tenía conocimiento y voluntad (sabía que su disparo mataría a una persona y aun así apuntó y disparó). Del mismo modo, es irrelevante que D se apodere del automóvil de E creyendo que era propiedad de F, o que detenga ilegalmente a G porque lo confunde con H. Sin embargo, cuando los objetos son heterogéneos (se quiere matar al perro del vecino, pero se mata al vecino) el error sí es relevante: hay error de tipo respecto al segundo delito, que el sujeto no quería cometer. El sujeto responderá entonces de dos delitos (concurso de delitos): el delito que el sujeto quería realizar (daños en grado de tentativa) y el delito cometido por imprudencia (la muerte del vecino), pero sólo si esta forma de comisión estuviera expresamente prevista y el error fuera vencible". Muñoz Conde Francisco, Derecho Penal General, Tirant lo blanch libros, 9 edición, 2015, p. 294-295.

²⁹ *En principio, las desviaciones inesenciales o que no afectan a la producción del resultado querido por el autor (es decir, el resultado sigue siendo la realización del riesgo creado por el autor con su conducta) son irrelevantes (A dispara contra B con ánimo de matarle, pero sólo lo hiere, muriendo B a los pocos días por la gravedad de la herida). No hay, pues, error de tipo. Ibidem.*

Por el contrario, si el resultado se produce de un modo totalmente desconectado de la acción del autor (ya no es la realización del riesgo por él creado: en el ejemplo anterior, B muere posteriormente a consecuencia de un incendio del hospital en el que está convaleciente por la herida), el sujeto no podrá responder de un delito doloso consumado. Pero no porque haya un error de tipo, sino porque falta la realización en el resultado del peligro implícito en la acción lesiva inicial y, por tanto, falta la imputación objetiva del resultado a la acción. Por lo tanto, no habrá responsabilidad por el delito consumado, aunque podría imputarse el hecho como tentativa si hubo dolo. Ibidem.

³⁰ *3. Error en el golpe (aberratio ictus). Se da sobre todo en los delitos contra la vida y la integridad física. El autor por su mala puntería alcanza a B, cuando quería matar a C. En este caso se considera que hay tentativa de homicidio doloso en concurso con un homicidio imprudente consumado. Sin embargo, un sector doctrinal considera que, tratándose de resultados típicos equivalentes, la solución debe ser la misma que en el error in persona y aprecia un solo delito doloso consumado. Esta solución tiene, a mi juicio, el inconveniente de que es injusta cuando además de la tercera persona alcanzada por el disparo o golpe también resulta alcanzada la persona a la que se pretendía herir y, desde luego, no puede aplicarse tampoco cuando se trata de resultados heterogéneos: por ejemplo, se pretende matar a una persona y se mata al valioso caballo «pura sangre» que ésta montaba. Ibidem.*

³¹ *El error sobre los elementos agravantes o cualificadores determina la no apreciación de la circunstancia agravante o, en su caso, del tipo cualificado a título de dolo, quedando subsistente la posibilidad de su apreciación a título imprudente, si su comisión por imprudencia estuviera expresamente prevista y el error fuera Vencible. Ibidem.*

³² *Cuaderno original No. 1, folios 19-21.*

³³ *Cuaderno original No. 2, folios 392-394.*

ilicitud de su comportamiento, en especial que era indebido solicitar dinero o elementos como los que se mencionan en la investigación a los soldados a cambio de otorgarles permisos, como quiera que dicha práctica es contraía a la honestidad, lealtad y transparencia que deben predicarse de los servidores públicos en todos los niveles.

Así mismo, el error que propone el censor no tiene cabida frente a la supuesta noble intención del acusado en destinar el dinero y los bienes recibidos para dotar el alojamiento de los soldados, como quiera que esa función era ajena a su cargo como comandante de pelotón, así como el hecho de ofrecerles permisos a los soldados a su cargo para que éstos de su propio patrimonio le entregaran dineros y elementos para embellecer las instalaciones donde permanecían.

Además, los soldados tampoco tenían la función de dotar o equipar con sus propios recursos las instalaciones que la institución destina para que permanezcan en ellas mientras prestan el servicio militar obligatorio, más aún cuando un soldado regular para la época de los hechos devengaba una bonificación mensual de aproximadamente \$90.000,00 pesos, según se mencionó en la actuación.

La Sala debe precisar que el inculpado no tenía la facultad de autorizar permisos a los soldados que

tenía a su cargo, pues así se desprende del contenido del testimonio de su superior, el TC. **HEBER JOSÉ COLLAZOS LÓPEZ**, quien para la fecha de los hechos se desempeñaba como Comandante del Batallón de Servicios No.9 del Ejército Nacional. Circunstancia de la que era consciente el inculpado, al punto que para lograr que los soldados salieran y pudieran entregarle el dinero y los bienes solicitados, permitió que estos abandonaran las instalaciones militares de forma clandestina sin la respectiva boleta de salida, durante las horas de la noche y a través de un lugar distinto a la guardia principal de la unidad, hecho que relataron los uniformados que rindieron testimonio de manera persistente.

De allí se puede inferir certeramente que el justiciable tuvo pleno conocimiento y voluntad en las acciones que desplegó, las cuales eran contrarias a su cargo y función como comandante, así mismo, era consciente de las implicaciones de su actuar, pese a lo cual decidió ejecutar dichos actos, no siendo posible considerar que actuó amparado en un error de tipo como lo sugiere la defensa.

Sumado a lo anterior, debe tenerse de presente que aunque el inculpado no contaba con la atribución de autorizar la salida del personal a cargo, debía exponer a su superior las solicitudes de permiso del personal y conceptuar sobre las mismas observando el conducto regular, atribución que se desprende de las

funciones que desempeñaba como comandante de pelotón, en las que se destacan aquellas que se relacionan con el mantenimiento de la disciplina y la promoción del bienestar de la tropa, las cuales se encuentran registradas en el folio de vida del acusado³⁴, así que para él uniformado no era totalmente ajeno el manejo de los permisos del personal subalterno como lo sostiene el recurrente; por el contrario, conocía el procedimiento, requisitos, destinatarios y periodos de permiso que se otorgaban al personal de soldados.

6.- El censor sostuvo que la conducta ejecutada por el acusado adolece de antijuridicidad material, en razón a que el dinero y los bienes entregados por los soldados al justiciable fueron destinados a la adecuación del alojamiento que tenían asignado.

Al respecto, la Sala debe reiterar que el tipo penal de Concusión es de mera conducta, es decir, que para su realización no se requiere un resultado material, pues basta con verificarse el abuso del cargo o función del servidor público, así como la exigencia de la utilidad indebida a la víctima constriñéndola, induciéndola o a partir de una mera solicitud, hecho que se encuentra demostrado en el presente sumario, como quiera que el inculpado valiéndose de su cargo y grado como comandante de Pelotón indujo y solicitó a

³⁴ Cuaderno original No. 1, folios 149-151.

sus subalternos dinero y bienes a cambio de permisos, hecho que resulta ajeno a la Función Pública.

En ese sentido, el tipo penal de Concusión por el que fue acusado y juzgado en primera instancia el procesado se agotó a partir de la anterior consideración, por lo que resulta irrelevante la destinación que el oficial le dio a la utilidad recibida, la cual adquiere al categoría de indebida por cuanto no podía pedirle dinero o elementos a sus subalternos a cambio de proporcionales bienestar, puesto que de admitir aquella situación los soldados que no contaban con recursos económicos no podían acceder a un permiso como estímulo a la buena prestación del servicio militar porque debían hacer aportes en dinero o especie a su comandante como condición para ser acreedor a ello, condición que a todas luces resulta contraria a lealtad, probidad y honestidad con la que deben actuar los funcionarios del Estado.

En segundo lugar, para efectos de la antijuricidad ha de tenerse de presente el principio de lesividad contenido en el artículo 17 de la Ley 1407 de 2010, el cual no es un mero referente para la construcción de una tesis dogmática, sino que se trasluce en sus propias categorías con efectos sustanciales siendo fortalecido con la introducción de la expresión "*efectivamente*", que guarda relación con la afectación o puesta en peligro del bien jurídico del

que se protege, además, está vinculado con otros principios como el de necesidad, proporcionalidad, mínima intervención, separación entre derecho y moral, subsidiariedad y naturaleza fragmentaria; de manera que, su análisis ha de partir de una postura crítica en relación con la teoría que ampara los bienes jurídicos contenidos el código penal³⁵.

Bajo ese panorama, de admitir que los recursos que recibió el acusado de sus subalternos fueron destinados a mejorar las condiciones del alojamiento de la misma tropa, olvida el recurrente que quien realizó la solicitud de éstos bienes al personal subalterno no fue un ciudadano del común, sino un funcionario público que en virtud de su investidura como miembro de las fuerzas del orden del Estado Colombiano le es exigible rectitud, honestidad, honradez, moralidad, respeto por la dignidad humana y demás derechos de las personas en todas sus actuaciones públicas y privadas, además, de la idoneidad y probidad que el ejercicio mismo del cargo le impone, máxima que se corresponde con la función constitucionalmente impuesta a los miembros de las Fuerzas Militares en el artículo 217 superior, donde se estipula que su fin primordial es mantener la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 40089 del 2 de noviembre de 2016, MP. José Francisco Acuña Viscaya.

Por tal motivo, el actuar del justiciable no puede ser analizado al margen de lo dicho anteriormente, porque se trata de un comportamiento realizado por un agente de una institución que además de la función constitucional que se le impone, debe velar por la protección de los derechos de sus subalternos y constituirse en referente de quienes comanda, por ello resulta inadmisibles que se valiera de su condición jerárquica para inducir y solicitar a sus subalternos recursos indebidos a cambio de permitirles salir con permiso por varios días de la unidad.

Sumado a lo anterior, es importante mencionar la relevancia del bien jurídico que se vio seriamente afectado por causa de la conducta de los acusados, esto es la Administración Pública, que guarda una relación inescindible con un concepto más general, es decir, la Función Pública, que según la Corte Constitucional ha de entenderse como el mecanismo a través del cual se manifiestan las potestades públicas en el ejercicio de la autoridad inherente al Estado, atribuidas por la ley a los servidores estatales o a los particulares, dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo de la organización política, por lo que a través de la definición de función pública se

pretende abarcar, en sentido amplio, todo lo que atañe al Estado³⁶.

Bajo ese entendido, en criterio de la Sala el bien jurídico en cuestión sufrió una deformación no solamente en su aspecto real sino funcional³⁷, en la medida que la conducta del uniformado perturbó de manera grave el funcionamiento del sistema, es decir, el correcto ejercicio del aparato administrativo estatal en cuanto al contenido y sentido material de la institucionalidad confiada a sus funcionarios, como quiera que el justiciable no permitió que se cumplieran los fines de la administración en el caso bajo estudio, al convertir el plan de moral y bienestar del personal en un mecanismo que le ofrecía réditos, solicitar dinero y bienes a quienes tuvieran la aspiración de disfrutar de un permiso.

Por las anteriores razones, la Sala desatenderá los argumentos invocados por el recurrente los cuales fueron apoyados por el Representante del Ministerio Público en su concepto de rigor y, en consecuencia, confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo de Brigada del Ejército Nacional el 20 de noviembre de 2020, en la que se condenó al TE. **HAROL CRISTIÁN IMBAJOA BOTINA** como autor del delito de Concusión.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2003, MP. Alvaro Tafur Galvis.

³⁷ Gómez Mendez Alfonso & Gómez pavajeau Carlos, *Delitos contra la administración Pública*, Universidad Externado de Colombia, 3ª edición, 2008, p-69-76.

En mérito de lo expuesto 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 el defensor contractual del TE. **HAROL CRISTIÁN IMBAJOA BOTINA**, contra la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Séptimo de Brigada del Ejército Nacional, a través de la cual se condenó al uniformado como autor del delito de Concusión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Séptimo de Brigada del Ejército Nacional, por medio de la cual se condenó al TE. **HAROL CRISTIAN IMBAJOA BOTINA** como autor del delito de Concusión, así como la decisión absolutoria en favor del SS. **MIGUEL RAÚL MARTINEZ PAYARES** por el mismo delito.

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 Secretaría de esta Corporación, una vez en firme la decisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

Coronel **JOSÉ ABRAHAM LÓPEZ PARADA**
Magistrado

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

BERLEDIS BANQUEZ HERAZO
Secretaria