

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala : Segunda de Decisión
Magistrado ponente : CR JORGE NELSON LÓPEZ GALEANO
Radicación : 159826-149-XIV-120-EJC
Procedencia : Juzgado Séptimo de Brigada del Ejército Nacional
Procesados : CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ
Delito : Concusión
Motivo de alzada : Apelación sentencia condenatoria
Decisión : Confirma

Bogotá D.C., a los veinticinco (25) días de mayo de dos mil veintitrés (2023).

I. VISTOS

Procede la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor contractual del **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ**, contra la sentencia de fecha 26 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Séptimo de Brigada del Ejército Nacional, a través de la cual condenó al uniformado como autor del delito de Concusión.

II. HECHOS

Del contenido de la actuación se determinó que durante los meses de julio y octubre de 2018, el **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** quien se desempeñaba como Comandante de la Compañía de Apoyos y Servicios para el Combate (ASPC) del Batallón de Infantería "Patriotas" en Honda (Tolima), solicitó \$100.000 pesos a cambio de 10 días de permiso a los Soldados Regulares **LEONEL VASCO MORALES, DIEGO FERNANDO MEJÍA MEJÍA, BEIMAR PADILLA RIVERA** y **JOHAN SEBASTIÁN MOYA OSORIO**, recursos que según el oficial eran requeridos para la compra de una impresora y arreglos locativos de la unidad fundamental que comandaba.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1-. Por los hechos antes referidos, el 21 de noviembre de 2018, el Juzgado 80 de Instrucción Penal Militar dispuso la apertura de investigación preliminar por el delito de Concusión en contra del **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ**¹.

3.2-. Posteriormente, el 12 de diciembre de 2018 el Despacho de Instrucción dio por terminada la investigación preliminar y dispuso la apertura de investigación formal en contra del oficial mencionado

¹ Cuaderno original No.1, folios 2-4.

por el delito de Concusión². Acto seguido, el **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** fue escuchado en indagatoria el 18 de diciembre de 2018³ y resuelta su situación jurídica provisional el 6 de marzo de 2019, absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento por el delito objeto de imputación⁴.

3.3-. Culminada la fase instructiva, la Fiscalía 19 Penal Militar calificó el mérito sumarial el 7 de julio de 2021 con resolución de acusación en contra del **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** por el punible en cuestión⁵, providencia que fue declarada nula por el Juzgado Séptimo de Brigada del Ejército Nacional a través de providencia del 13 de agosto de 2021⁶.

3.4-. Por su parte, la Fiscalía 19 Penal Militar procedió a cumplir lo ordenado por el juzgado de conocimiento y emitió nuevamente acusación en contra del uniformado como autor del delito de Concusión en concurso homogéneo y sucesivo, a través de resolución del 15 de septiembre de 2021⁷.

3.5-. La pieza acusatoria fue recurrida por la defensa del oficial investigado, por lo que el conocimiento del asunto le correspondió a la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior Militar y

² Cuaderno original No.1, folios 83-85.

³ Cuaderno original No. 1, folios 99-106.

⁴ Cuaderno original No.2, folios 192-211.

⁵ Cuaderno original No.3, folios 435-494.

⁶ Cuaderno original No.3, folios 507-512.

⁷ Cuaderno original No.3, folios 527-952.

Policial, Despacho que a través de decisión del 15 de febrero de 2022 desatendió los argumentos del recurrente y procedió a confirmar la acusación en contra del uniformado⁸.

3.6-. El juicio le correspondió nuevamente al Juzgado Séptimo de Brigada del Ejército Nacional, Despacho ante el cual se realizó la audiencia de corte marcial que inició el 7 de junio de 2022⁹ y luego de suspenderse por varios días, se dio por terminada el 27 de julio de la misma anualidad¹⁰.

3.7-. Acto seguido, el juzgado de primera instancia a través de decisión del 26 de septiembre de 2022 dictó sentencia condenatoria en contra del **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** como autor del delito de concusión en concurso homogéneo sucesivo¹¹, providencia que fue apelada por la defensa del oficial en mención, asunto que procederá a resolver esta Sala de Decisión a través del siguiente pronunciamiento.

IV. PROVIDENCIA RECURRIDA

En cuanto a la tipicidad del delito, el juzgado de primera instancia precisó que se trata de un concurso homogéneo y sucesivo del punible de Concusión, descrito en el artículo 404 de la Ley 599 de 2000, el

⁸ Cuaderno original No.4, folios 626-666.

⁹ Cuaderno original No. 4, folios 762-764.

¹⁰ Cuaderno original No.4, folios 789-796 y 798-804 CO5.

¹¹ Cuaderno original No.5, folios 805-837.

cual exige como sujeto activo un servidor público que abusando de su cargo o función constriña, induzca o solicite a alguien a dar o prometer dinero o cualquier otra utilidad indebidos, requisitos que para la sentenciadora se agotaron respecto del **CT. OSCAR ANDREY MONTROY SÁNCHEZ**, quien para la fecha de los hechos era miembro activo del Ejército Nacional, orgánico del Batallón de Infantería No. 16 "Patriotas" en Honda (Tolima) y ocupaba el cargo de Comandante de la Compañía de Apoyos y Servicios para el Combate (**ASPC**), según el acta de calidad militar, el acta de posesión y su extracto de hoja de vida.

Así mismo, precisó que el oficial en virtud de su cargo y función indujo y solicitó dineros a un personal de soldados de la unidad fundamental que comandaba, el cual sería destinado para la adquisición de una impresora y arreglos locativos del alojamiento de la compañía, hecho que fue corroborado por los uniformados que denunciaron el hecho a través de sus testimonios.

En ese sentido, se refirió de manera inicial a los hechos ocurridos durante el mes de julio de 2018, los cuales se relacionan con la denuncia que presentó el **SL18.LEONEL MORALES VASCO**, quien a través de la misma aseguró que el **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** le solicitó \$100.000 pesos a cambio de 10 días de permiso y que ante la necesidad de salir de la unidad, el soldado consiguió el dinero y se lo

entregó a su superior personalmente, también agregó que el soldado en mención aseguró que sus compañeros **PADILLA, MEJIA y MOYA** pagaron cierta cantidad de dinero al oficial a cambio de permisos.

Sin embargo, la funcionaria judicial destacó que el soldado en mención cuando rindió testimonio dentro de la presente actuación describió los hechos de un modo distinto, pues en esa ocasión aseguró que el **C3. JOSÉ JULIÁN ULABARRY ZAPATA** se dirigió a los soldados y les dijo que los que estuviesen interesados en salir con 10 días de permiso debían entregarle \$100.000 pesos al **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ**, dineros que serían destinados para la compra de una impresora, y que ante el ofrecimiento del suboficial el soldado se dirigió a la oficina de su superior y le entregó el dinero requerido a cambio del permiso.

Así mismo, referenció el testimonio del **SL18. DIEGO FERNANDO MEJÍA MEJÍA**, quien en su versión precisó que cuando el **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** necesitaba algo para la compañía lo hacía saber durante la formación o a través del **C3. JOSÉ JULIÁN ULABARRY ZAPATA**, suboficial que en varias oportunidades manifestó a los soldados que aquellos que quisieran colaborar con la compra de los bienes se les daba a cambio días de permiso, que la primera vez la solicitud de dinero fue para la compra de una impresora y que para ello se necesitaban 5 soldados que aportaran \$100.000 pesos cada uno y a cambio se

les autorizaban 10 días de permiso, suma que el declarante entregó a su comandante, que inclusive salió en 3 ocasiones más, luego de pagar el dinero requerido.

De la misma manera, mencionó las versiones del **SL18. BEIMAR EDUARDO PADILLA RIVERA** y **SL18 HOJAN SEBASTIÁN MOYA OSORIO**, uniformados que afirmaron que salieron con 10 días de permiso a cambio de \$100.000 pesos, dineros que solicitó el **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** por intermedio del **C3. JOSÉ JULIÁN ULABARRY ZAPATA** en una formación y que serían destinados para la compra de una impresora para el régimen interno de la compañía, bien que en efecto se adquirió.

En cuanto al testimonio del **C3. JOSÉ JULIÁN ULABARRY ZAPATA**, la falladora de primera instancia mencionó que el suboficial realizó las solicitudes de dinero a los soldados por orden del procesado, pues así lo indicó en su testimonio al sostener que el oficial le dio la instrucción que se dirigiera a los soldados para decirles que aquellos que desearan colaborar para la compra de una impresora se dirigieran a la oficina del acusado.

Conforme lo anterior, la juzgadora de primer grado concluyó que la imputación en contra del **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** por el punible de Concusión respecto de los hechos ocurridos durante el mes de julio de 2018, es en calidad de autor mediato dado

que se valió de una tercera persona (**C3. JOSÉ JULIÁN ULABARRY ZAPATA**) para hacer la exigencia de dinero a los soldados bajo su mando.

Por otra parte, en cuanto a los hechos del mes de octubre de 2018, la funcionaria judicial se remitió al testimonio del **SL18. DIEGO FERNANDO MEJÍA MEJÍA**, quien aseguró que para esa época el **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** solicitó a los soldados de la Compañía entregar la suma de \$10.000 a \$20.00 pesos para unos arreglos del alojamiento, pero que ese dinero no se recaudó. Sin embargo, que para esa fecha estaba próxima la licencia del testigo por un periodo de 12 días, así que éste decidió buscar al oficial procesado para decirle que le diera 10 días de permiso adicional y que él le entregaba \$100.000 pesos, que en respuesta el **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** aceptó, pero que al no tener la cantidad requerida pidió prestado el dinero al **SL18. JOHAN SEBASTIÁN MOYA OSORIO**, quien también salió con licencia y le pagó a su superior la misma suma a través de un giro.

Del mismo modo, precisó que la versión anterior guarda correspondencia con la ofrecida por el **SL18. JOHAN SEBASTIÁN MOYA OSORIO**, quien también aseguró que le pagó al **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** la suma de \$100.000 pesos para que le extendiera el término de licencia por 10 días, que para ello hizo un giro a la esposa de su comandante (**YENNI PAOLA**

HERNANDEZ CARO), a través de la empresa de giros **GANAGANA**, que envió en total \$200.000 pesos, de los cuales \$100.000 pesos correspondían al testigo y los otros \$100.000 mil pesos era el pago del **SL18. DIEGO FERNANDO MEJÍA MEJÍA.**

No obstante, mencionó que aunque el **SL18. JOHAN SEBASTIÁN MOYA OSORIO** durante la ampliación de testimonio que rindió durante la audiencia de corte marcial, afirmó que el dinero consignado a la cónyuge del oficial acusado fue un favor y no una exigencia de éste, a juicio de la sentenciadora de ninguna manera logró desvirtuarse la sindicación en contra del oficial enjuiciado por el punible de Concusión, como quiera que existe la versión del **SL18. DIEGO FERNANDO MEJÍA MEJÍA** que es imparcial y también el reporte del giro bancario que se realizó a la esposa del procesado por el valor de \$200.000 pesos, hecho que guarda relación con la exigencia de dinero que realizó el inculpado a cambio de permisos a los soldados referenciados.

Además, la falladora precisó que resultó muy particular el hecho que los soldados tuviesen los datos personales de la esposa del enjuiciado y también que le enviaran dinero en la misma cantidad que exigió el procesado, circunstancia a partir de la cual aseguró que existió un provecho o beneficio por parte del inculpado, el cual obtuvo de sus subalternos valiéndose de su grado y cargo.

Por otra parte, reiteró que hubo una exigencia de dinero indebida por parte del oficial a los soldados a su cargo a cambio de permisos, recursos que eran destinados para la adquisición de elementos para la unidad fundamental y arreglos locativos, tesis que reforzó igualmente a partir del testimonio del **SLP.MIGUEL ALFONSO NARVAÉZ SARMIENTO**, quien aseguró que la impresora del alojamiento se adquirió con dinero que aportaron los soldados a cambio de salidas a sus hogares, de las cuales existe su registro en las boletas de salida aportadas al sumario, en especial la de los Soldados **MOYA OSORIO** y **MORALES VASCO**, documentos que particularmente carecen de las firmas del Comandante y el Ejecutivo de la unidad táctica, también la existencia del bien en cuestión en la oficina del régimen interno de la unidad fundamental, según factura de compra a nombre del oficial enjuiciado por un valor de \$553.800 pesos y fotografías del bien aportadas al plenario.

En cuanto al aspecto subjetivo del tipo penal, la falladora de primera instancia sostuvo que el comportamiento del oficial acusado fue doloso, dado que se valió de su cargo y grado para inducir y solicitar a los soldados de la unidad fundamental que comandaba, para que le entregaran dinero en efectivo a cambio de permisos pese a que les indicara que se trataba de una colaboración, acto que corresponde a un medio de persuasión con el ánimo de ofrecer a dar o prometer una utilidad indebida, al punto de mover

la voluntad de sus subalternos para obtener lo exigido, hecho que pudo verificarse respecto de los Soldados **LEONEL MORALES VASCO, DIEGO FERNANDO MEJÍA MEJÍA, BEIMAR PADILLA RIVERA y JOHAN SEBASTIÁN MOYA OSORIO**, quienes entregaron la suma de \$100.000 pesos para la compra de la impresora y a cambio el procesado les autorizó 10 días de permiso a cada uno de ellos.

Reafirmó que, la exigencia del uniformado a sus subalternos fue indebida por cuanto a ningún miembro de la Fuerza Pública se le autoriza pedir colaboraciones a sus subalternos, muchos menos a aquellos incorporados al servicio militar como ocurrió en el presente caso, porque se trata de un deber patrio en el que la obligación de proporcionar todos los recursos necesarios para el servicio recae en el Ejército Nacional y no en los soldados, quienes no devengan salario alguno, siendo esa una razón adicional para cuestionar la solicitud del procesado a sus subordinados.

Además, aseguró que si bien los recursos obtenidos de los soldados fueron destinados al alojamiento, ese hecho no desdibuja la tipicidad del delito, en razón a que la Concusión establece que el dinero o la utilidad indebida pueden ser en favor del mismo servidor público o de un tercero, por lo que en el presente caso el beneficio lo obtuvo la misma institución por vía del comportamiento indebido del

CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ, quien igualmente obtuvo un beneficio propio respecto del dinero que le fue girado a su esposa.

De la misma manera, referenció que el oficial se extralimitó en el ejercicio de sus funciones dado que no contaba con atribuciones para conceder permisos a sus subalternos, pese a su cargo como Comandante de compañía, pues ello se desprende del contenido del Reglamento de Régimen Interno para las Unidades Tácticas, en el que se señala que dicha atribución no le corresponde a los comandantes de unidades fundamentales.

En lo que respecta a la antijuricidad, la juez de primer grado estimó que el comportamiento del justiciable afectó la Administración Pública, bien jurídico que protege el prestigio de las instituciones estatales representadas por sus funcionarios, a quienes se les exige actuar con lealtad, probidad y transparencia, pero que en el presente caso uno de sus miembros faltó a esos postulados al contrariar las normas que regulan la actividad de los servidores públicos y la confianza del Estado, también dando un mal manejo a la administración del recurso humano puesto bajo su dirección, de allí que pueda afirmarse que le era prohibido exigir dineros a sus subordinados para otorgarles permisos, pese a que los recursos

entregados fuesen destinados a mejoras del alojamiento de la unidad fundamental que comandaba.

En lo referente a la culpabilidad, precisó que el uniformado comprendía la ilicitud de su comportamiento y las consecuencias del mismo, no presentó para el momento de los hechos trastorno mental o inmadurez psicológica, por lo tanto era una persona imputable y merecedor de juicio de reproche, por cuanto debió observar un comportamiento distinto ajustado a la dignidad del cargo y las normas que le impedían abusar del mismo, pese a ello solicitó de manera indebida dineros al personal subalterno a cambio de permisos.

Finalmente, condenó al **CT.OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** como autor del punible de Concusión a las penas principales de 76 meses de prisión, multa de 54 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 63 meses y la accesoria de separación absoluta de la Fuerza Pública. Así mismo, le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena al no cumplirse con el requisito objetivo que exige el artículo 63 de la Ley 1407 de 2010.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El Doctor **ROBINSÓN SANABRIA BARALCALDO**, en su condición de defensor contractual del oficial procesado presentó y sustentó en términos recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, para lo cual solicitó la nulidad del proceso desde la etapa instructiva y de manera subsidiaria la revocatoria del fallo, pretensión última que en caso de atenderse por parte del Colegiado conlleve la absolución de su representado por atipicidad de la conducta o ausencia de antijuridicidad material.

En cuanto al primer punto de controversia, sostuvo que los testimonios de los siguientes militares y civiles son nulos: **MY. JUAN MANUEL VARGAS RINCÓN, TC. DIEGO FERNANDO DÍAZ TORRES, SP. LUIS JOSÉ ROMERO DÍAZ, SS. PEDRO ANTONIO BLANCO ALBARRACIN, C3. JOSÉ JULIÁN ULABARRY ZAPATA**, también las versiones de los Soldados **LEONEL MORALES VASCO, DIEGO FERNANDO MEJÍA MEJÍA, BEIMAR EDUARDO PADILLA RIVERA, JOHAN SEBASTIÁN MOYA OSSORIO, DIEGO ALEXANDER LÓPEZ ZULUAGA** y de la particular **YANETH ZABALA HUESO**.

En ese sentido, aseguró que el juez de instrucción penal militar que tramitó el caso no convocó a la defensa para que se hiciese presente durante las diligencias de práctica de los testimonios antes referenciados, hecho que en su sentir vulneró las

formas propias de cada juicio y el derecho de contradicción que le asiste al procesado y su defensor, de manera que se trata de pruebas nulas recopiladas con violación a los derechos fundamentales y por esa razón el proceso se encuentra viciado.

Además de lo anterior, puso de presente que existen varias contradicciones en la prueba testimonial de cargo, observación que a su juicio no permite arribar a la certeza necesaria para mantener la decisión de condena en contra del **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** por el punible de Concusión, para lo cual se refirió puntualmente a los siguientes testigos:

SL18. LEONEL MORALES VASCO, quien en su informe de los hechos aseguró que el enjuiciado le exigió \$ 100.000 pesos a cambio de 10 días de permiso, que el soldado ante la necesidad de salir hacia su casa consiguió el dinero y lo entregó de manera personal al oficial; sin embargo, cuestionó que el mismo soldado durante el testimonio que rindió ante el juzgado de instrucción aseguró que fue por intermedio del **C3. JOSÉ JULIÁN ULUBARY ZAPATA** que se enteró que el oficial acusado estaba pidiendo \$100.000 pesos para adquirir unas impresoras y que ante el apuro de salir con permiso, el soldado obtuvo el dinero y lo entregó al oficial; además, precisó que el testigo en posterior ampliación de testimonio indicó que el oficial inculpado en ningún momento hizo exigencias

de dinero, pero que si autorizó permisos a cambio de dinero.

SL18. DIEGO FERNANDO MEJÍA MEJÍA, uniformado que en su testimonio aseguró que cuando faltaba algo para la compañía, el **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** personalmente formaba la tropa y les decía que quien quisiera colaborar le daba a cambio días de permiso, que en otras ocasiones lo hacía por intermedio del **C3. JOSÉ JULIÁN ULABARRY ZAPATA**, que en una ocasión se pidieron \$500.000 pesos para la compra de una impresora, la cual se adquirió para el alojamiento, también aseguró que entregó \$200.000 pesos junto con el Soldado **JOHAN SEBASTIÁN MOYA OSORIO**, recursos que fueron destinados al arreglo de unos ventiladores, puertas de los baños, llaves y lavamanos, tuberías y pintura; No obstante, censuró que el soldado en su segunda versión manifestó que en ningún momento el **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** hizo exigencia alguna de dinero a los soldados, sino que se trató de una solicitud voluntaria y que el permiso fue una compensación por su aporte.

SL18. BEIMAR EDUARDO PADILLA RIVERA, testigo que sostuvo que durante una formación el **C3. JOSÉ JULIÁN ULABARRY ZAPATA** se dirigió a los soldados para informarles que el **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** estaba pidiendo \$500.000 pesos para una impresora, que la idea era que 5 soldados dieran \$100.000 pesos cada uno y que los interesados levantaran la mano,

que ante la solicitud los soldados **MOYA, CIFUENTES, JARAMILLO, MEJÍA** y el declarante levantaron la mano; sin embargo, que en ampliación de testimonio manifestó que en efecto entregó dinero al oficial procesado en varias ocasiones sin indicar cantidad o fechas, pero que el enjuiciado nunca le pidió dinero en forma directa.

SL18. JOHAN SEBASTIAN MOYA OSORIO, en su testimonio indicó que el **C3. JOSÉ JULIÁN ULABARRY ZAPATA** abordó a los soldados para exponerles que se necesitaba un dinero para la adquisición de una impresora, que por cada soldado se requerían \$100.000 pesos y a cambio se les daría 10 días de permiso, que éste soldado entregó el dinero al **CT. OSCAR ANDREY MONRROY SÁNCHEZ** y en efecto se compró la impresora para el alojamiento, que tiempo después el oficial durante una formación manifestó que necesitaba dinero para realizar unos arreglos del alojamiento y que en esa ocasión mandó el dinero al oficial por paga todo. No obstante, en su ampliación de declaración aseguró que el oficial no le exigió dinero, sino que el aporte realizado fue una colaboración para mejorar las condiciones del alojamiento.

SS. PEDRO ANTONIO BLANCO ALBARRACIN, suboficial que en su versión de los hechos precisó que nunca observó a los soldados entregar dinero al **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** a cambio de permisos. Sin embargo, que durante la ampliación de su declaración el testigo

afirmó que acompañó al procesado a la compra e instalación de la impresora y que en varias ocasiones el Comandante del Batallón Patriotas le insistió al oficial para que pusiera dinero de su bolsillo y con ello cubrir las necesidades de la unidad a su cargo y que luego el batallón se lo regresaría, pero que la unidad táctica nunca le reintegró dineros al acusado.

C3. JOSÉ JULIÁN ULABARRY ZAPATA, testigo quien en su declaración sostuvo que había necesidades logísticas en la compañía que estaba al mando del **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ**, que el oficial realizó muchos esfuerzos para solucionarlos y que en una ocasión recibió una orden del enjuiciado, la cual consistió en informarle a los soldados que aquellos que quisieran colaborar para la compra de una impresora fueran a la oficina del oficial, pero que en ningún momento se les ofreció permisos o licencias a cambio porque no estaba facultado para autorizar tales estímulos.

A partir de los testimonios antes señalados, el censor planteó que no está probado en grado de certeza que el oficial **OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** exigió dinero a sus subalternos para la adquisición de una impresora y también para arreglos locativos del alojamiento o que se trató de una colaboración de parte de los soldados, tampoco el monto de las contribuciones en dinero, que lo que sí está demostrado en el sumario es que con los recursos

aportados se adquirieron esos bienes y que la intención de su cliente era la de mejorar la calidad de vida de la tropa bajo su mando.

Adicionó que, ante las contradicciones de la prueba testimonial aludida, en la que se aprecia que los testigos de cargo en sus ampliaciones de versión negaron que el oficial les exigió dineros a cambio de permisos, debe prevalecer la presunción de inocencia del acusado, lo cual conlleva a una decisión absolutoria por parte de este Tribunal Castrense.

Por otra parte, adujo que el comportamiento de su representado aunque fue indebido, no es un asunto del que deba ocuparse el derecho penal, como quiera que su acto está desprovisto de dolo como ingrediente subjetivo del delito de Concusión, que posiblemente su cliente actuó de manera imprudente, pero que de todas maneras el hecho no sería punible porque el delito en mención no contempla la modalidad culposa.

Así mismo, consideró que existe atipicidad de la conducta dada la ausencia de coacción psicológica ejercida sobre los soldados por parte de su cliente, es decir, que no se probó que los soldados actuaron por presión o miedo infundido por su superior (*metus publicae potestatis*), que por el contrario, se trató de una entrega voluntaria de dinero por parte de los institucionales con la promesa de ser recompensados con permisos. También, destacó que no existen pruebas

que indiquen que los soldados que se abstuvieron de realizar los aportes exigidos fueron castigados por parte de su comandante.

Finalmente, sostuvo que no existió provecho o utilidad indebida en favor del uniformado o de terceros, dado que las intenciones de su prohijado no consistieron en utilizar su cargo y grado para obtener dineros de sus subalternos, sino que su finalidad fue la de procurarles bienestar.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El representante del Ministerio Público que actúa ante esta instancia conceptuó que deben acogerse de manera parcial los argumentos de apelación, pese a ello recomienda que la solución al caso consiste en revocar el fallo apelado y absolver al **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** por atipicidad de la conducta.

Bajo ese entendido, planteó que el aspecto subjetivo del tipo penal de concusión no logró acreditarse, en la medida que el comportamiento del uniformado adolece del denominado "*metus publicae potestatis*", es decir, que no está probado que los soldados de la unidad militar ante la exigencia del oficial, hubiesen sentido presión o temor por futuras represalias si no entregaban los recursos, que ese hecho se deduce de las declaraciones de los testigos en las que se narró que solo 4 soldados de la

compañía entregaron el dinero y el restante se abstuvo de hacerlo, sin que ese personal fuese perjudicado por resistirse a la insinuación del oficial.

Sumado a lo anterior, aseguró que no hay prueba indicativa que las peticiones de dinero u otros elementos a los subalternos del acusado fueron con la finalidad de causarles perjuicio alguno o que el militar se hubiese valido de su cargo y grado para obtener una utilidad indebida para sí mismo o un tercero, que además los recursos aportados por los soldados fueron destinados al alojamiento, pues se verificó que con ellos se adquirió una impresora y también se realizaron reparaciones locativas.

Precisó que, el acto del justiciable consistió en estimular o recompensar con permisos a los soldados que comandaba por sus aportes a la unidad fundamental, que si bien es cierto se advirtieron circunstancias irregulares, como el hecho que el oficial no estaba facultado para otorgar permisos o que el personal que no hizo ningún aporte le fue imposible beneficiarse de dicho estímulo debiendo además suplir el servicio de sus compañeros ausentes, no es menos cierto que esos hechos no encajan en la descripción típica de la Concusión y tampoco son motivo de juzgamiento pese a su anomalía.

Por otra parte, conceptuó que el comportamiento del oficial estuvo enmarcado en un error de tipo, como quiera que no sabía ni entendía que al convocar a la compañía bajo su mando para solicitarle una colaboración monetaria voluntaria a cambio de permisos, en realidad estaba abusando de su cargo y función al realizar una exigencia indebida, que por el contrario, su intención desde un inicio fue la de procurar bienestar a sus subordinados mejorando las condiciones del alojamiento con los recursos aportados, motivo por el cual ese hecho no puede ser punible aunque el uniformado pudo haber salido de su error, dado que el delito de Concusión no admite la modalidad culposa.

VII.DE LA COMPETENCIA.

Conforme lo establecido por la Corte Suprema de Justicia¹², 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.

¹² 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 esa normativa, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el defensor contractual del **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ**, contra la sentencia condenatoria del 26 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Séptimo de Brigada del Ejército Nacional, a través de la cual condenó al oficial como autor del delito de Concusión en concurso homogéneo sucesivo.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

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.

Así las cosas, encuentra la Sala que los reparos que se plantearon en el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia giran en torno a los siguientes aspectos: i) nulidad de la prueba testimonial porque fue recaudada sin la participación del procesado y su defensa, impidiéndose con ello ejercer el derecho de contradicción; ii) atipicidad de la conducta por ausencia del "*metus publicae potestastis*" que corresponde a un elemento subjetivo

esencial del tipo penal de Concusión y, iii) ausencia de antijuridicidad material, en razón a que los dineros que entregaron los soldados fueron contribuciones voluntarias destinadas a mejoras de la unidad fundamental a la que ellos mismos pertenecían.

En ese orden y en aras de resolver los puntos de disenso, la Sala de manera inicial se ocupará de la solicitud de nulidad del recurrente, dado que pone de presente un presunto vicio generado en la etapa de instructiva y seguidamente se abordarán los demás puntos de disenso, en aras de determinar si el fallo censurado debe mantenerse o revocarse como lo reclama el representante de la defensa.

Ejercicio que se sujetará a los precisos temas presentados por el censor y a los que inescindiblemente resulten vinculados al mismo, en obediencia al principio de limitación que rige al recurso de apelación que le corresponde resolver a este Tribunal Penal Castrense.

8.1- Respecto al primer punto de apelación, el cual tiene que ver con la solicitud de nulidad de la prueba testimonial recopilada en la etapa investigativa, se hace necesario mencionar que el Estatuto Penal Castrense de 1999 precisa que en cualquier estado del proceso en que el Juez, en primera o segunda instancia advierta que existe alguna de las causales de nulidad previstas en el

artículo 388 de esa normatividad, decretará la nulidad de lo actuado desde que se generó la causal y ordenará que se reponga la actuación viciada¹³.

Bajo ese entendido, la nulidad solo debe aplicarse como última medida para subsanar el proceso, siempre y cuando efectivamente trascienda de tal modo que afecte las garantías fundamentales de los sujetos procesales o desconozca alguna de las etapas de instrucción, calificación o juzgamiento, pues lo que persigue en sí, es garantizar a plenitud el derecho al debido proceso y defensa, tema del que se ha ocupado la Honorable Corte Suprema de Justicia en varios de sus pronunciamientos, entre los que se destaca el siguiente:

"... Es evidente que el funcionario que adelanta un proceso ha de ceñirse a las reglas que la ley le indica, reglas que, además, deben ser conocidas por los sujetos procesales, garantizándose así el cabal cumplimiento de las funciones encomendadas al primero y el correcto ejercicio de los derechos que asisten a los segundos durante el desarrollo del proceso.

La observancia de aquellas "formas propias de cada juicio", y en sí de todo el contenido propio de la noción de Debido Proceso, se erige

¹³ Ley 522 de 1999- ARTÍCULO 389. OPORTUNIDAD PARA DECRETAR LA NULIDAD: En cualquier estado del proceso en que el juez, en primera o segunda instancia, advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo anterior, decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal y ordenará que se reponga la actuación que dependa del auto cuya nulidad declara.

en fundamental garantía en favor de los asociados, cuyo desconocimiento durante la actuación procesal constituye fuente de nulidad de los actos cumplidos en contrariedad con tales enunciados¹⁴".

De la misma manera, la declaratoria de la nulidad conlleva un análisis previo a partir de los principios que rigen este instituto, también el artículo 392 del Estatuto Punitivo Castrense de 1999 contiene los parámetros que regulan la aplicación de las nulidades dentro del procedimiento penal militar, fundamento legal a partir del cual se desprende la denominación por parte de la jurisprudencia y doctrina de los principios de trascendencia, instrumentalidad, taxatividad, protección, convalidación, residualidad y acreditación que gobiernan la declaratoria del vicio procesal o su convalidación¹⁵.

Por otra parte, respecto a la oportunidad para decretar nulidades bajo el procedimiento señalado en

¹⁴ Radicado 25743. Corte Suprema de Justicia, del 26 de octubre de 2006, M. P. ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

¹⁵ "1. Principio de trascendencia: Quien solicita la declaratoria de nulidad tiene el indeclinable deber de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o socava las bases fundamentales del proceso.

2. Principio de instrumentalidad de las formas: No procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa.

3. Principio de taxatividad: Para solicitar la declaratoria de invalidez de la actuación es imprescindible invocar las causales establecidas en la ley.

4. Principio de protección: El sujeto procesal que haya dado lugar al motivo de anulación no puede plantearlo en su beneficio, salvo cuando se trate del quebranto del derecho de defensa técnica.

5. Principio de convalidación: La irregularidad que engendra el vicio puede ser convalidada de manera expresa o tácita por el sujeto procesal perjudicado, siempre que no se violen sus garantías fundamentales.

6. Principio de residualidad: Compete al peticionario acreditar que la única forma de enmendar el agravio es la declaratoria de nulidad.

7. Principio de acreditación: Quien alega la configuración de un motivo invalidatorio, está llamado a especificar la causal que invoca y a plantear los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya". (CSJ, radicado 30710, marzo 18 de 2009, MP. Maria del Rosario González de Lemos)

la Ley 522 de 1999, si bien es cierto lo artículos 389¹⁶ y 390¹⁷ de esa legislación precisan que el vicio puede ser propuesto en cualquier estado del proceso, no es menos cierto que el artículo 391 de la misma normatividad condiciona el momento para plantear nulidades generadas en la etapa instructiva, al mencionar que aquellos vicios que no sean invocados hasta el término de ejecutoria de la pieza acusatoria, sólo podrán ser debatidas en el recurso de casación.

Así las cosas, la Sala advierte que la solicitud de nulidad planteada por el defensor presuntamente tiene su origen en la etapa investigativa, motivo por el cual resultaría una pretensión improcedente en este momento procesal, en la medida que la oportunidad para proponerla feneció.

Sobre este tema en particular, la Corte Suprema de Justicia ha destacado la obligación de los sujetos procesales de ejercer sus derechos en la oportunidad establecida legalmente, dado que de superarse el término descrito en la ley para invocar las nulidades que presuntamente hubieran transcurrido en la etapa

¹⁶Ley 522 de 1999 ARTÍCULO 389. OPORTUNIDAD PARA DECRETAR LA NULIDAD. En cualquier estado del proceso en que el juez, en primera o segunda instancia, advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo anterior, decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal y ordenará que se reponga la actuación que dependa del auto cuya nulidad declara.

¹⁷ ARTÍCULO 390. OPORTUNIDAD PARA ALEGARLA. Salvo las disposiciones en contrario, las causales de nulidad podrán alegarse en cualquier estado del proceso.

La parte que alegue una nulidad deberá determinar la causal que invoca y las razones en que se funda. Cuando la nulidad alegada se refiera exclusivamente a un auto, solo podrá decretarse si no es procedente su revocatoria.

de instrucción conllevan la preclusión de la solicitud¹⁸.

Sumado a lo anterior, el supuesto yerro que pone de presente el censor surgió en el proceso porque no fue convocado por el despacho de instrucción para hacerse presente durante la recepción de los testimonios que se practicaron, omisión que a su juicio le impidió ejercer el derecho de contradicción. Sin embargo, frente a este reparo es oportuno señalar que el procedimiento penal castrense de 1999 por el que precisamente se tramita esta actuación, está regido por los principios de escrituralidad y de permanencia de la prueba¹⁹.

De manera que, es erróneo sostener que los testimonios recaudados por el funcionario instructor son nulos, por cuanto en la recaudación de los mismos no se advierte vulneración de garantía procesal alguna. Además, el haberse omitido dar aviso al oficial procesado o a su apoderado de la fecha y hora en la que se practicaron no configuró vicio alguno, como quiera que la defensa debe estar pendiente del curso de la actuación, sin que resulte viable

¹⁸ Este tema ha sido abordado por la Corte Suprema de Justicia en varios pronunciamientos, entre los que se destacan los siguientes: Radicado 15454 del 9 de julio de 2002, MP Carlos Augusto Galviz Argote; Radicado 21200 auto del 9 de mayo de 2007; Radicado 19392 del 3 de mayo de 2007; Radicado 30519 del 17 de septiembre del 2008, MP. Jorge Luis Quintero Milanés; Radicado 33065 del 12 de mayo de 2010, MP. María del Rosario González Lemus; Radicado 33075 del 12 de mayo de 2010; Radicado 34112 del 31 de mayo de 2011.

¹⁹ "En virtud de este principio, las pruebas recaudadas por el instructor que sirvieron de base para formular la acusación, mantienen su condición de prueba en el juicio, de no ser excluidas por vicios que afecten su licitud o legalidad" CSJ Radicado No. 48965 del 18 de abril de 2017.

exigirle a los funcionarios judiciales que asuman la diligencia que solo a esa parte le compete²⁰.

En adición a lo anterior, si el procesado o su defensor consideran la necesidad de confrontar a los testigos en aquellos puntos en los que a su juicio el dicho de los mismos se torna oscuro, contradictorio o inexacto, cuentan con la atribución de solicitar la ampliación del testimonio respectivo.

Bajo las anteriores consideraciones, la presunta irregularidad que expone el censor de ninguna manera se erige como una nulidad que afecte el debido proceso o los demás derechos fundamentales de su representado, sumado al hecho que durante la etapa de instrucción tuvo la oportunidad de solicitar la ampliación de los testimonios con los que presentó desacuerdo.

Para cerrar este apartado, es importante destacar que el mismo recurrente solicitó la ampliación de testimonio de la mayoría de los testigos durante el juicio, petición que fue atendida de manera favorable por el juzgado de conocimiento en providencia del 18 de abril de 2022²¹, determinación que conllevó a que durante la audiencia de corte marcial el defensor interrogara a los testigos sobre los hechos tal y

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 10 de octubre de 2012, Radicado No. 36611, MP. José Leonidas Bustos Ramírez.

²¹ Cuaderno original No. , folios 704-706.

como consta en el acta de audiencia²², motivo por el cual no entiende esta Magistratura en qué sentido se transgredieron los derechos fundamentales de defensa y contradicción invocados en su recurso de apelación, cuando lo que se observa es que los ejercicio de manera amplia en el proceso.

Conforme lo anterior, la pretensión de nulidad del censor será desestimada por la Sala y se dará paso a la resolución de los siguientes puntos de apelación.

8.2- Como segundo punto de apelación, el recurrente manifestó que la conducta endilgada a su cliente es atípica, en razón a que adolece del ingrediente subjetivo que corresponde al "*metus publicae potestatis*", es decir, el miedo o temor de los soldados frente a la exigencia de dinero del acusado, circunstancia que a juicio del censor no logró verificarse a lo largo de la actuación y que conlleva la absolución del oficial frente al cargo formulado, argumento que encuentra pleno respaldo en el concepto del Ministerio Público a través de su concepto de rigor, quien además sugiere a esta Magistratura absolver al justiciable porque en su criterio existe un error de tipo.

Sobre el particular, recuérdese que el tipo penal de Concusión lo encontramos definido en el artículo 404 de la ley 599 de 2000 de la siguiente manera:

²² Cuaderno original No. 4, folios 762-764 ; 798-791.

"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."

En dicha medida, la Corte Suprema de Justicia puntualizó que para efectos de la adecuación típica del delito en cuestión, deben verificarse los siguientes supuestos: (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 indebidas²³; 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 debidos²⁴.

De la misma manera, ese alto tribunal destacó que se hace necesario acreditar que el funcionario público abuse del cargo o función, que ese requisito se da por cierto cuando el servidor actúa a espaldas de los fundamentos legales y constitucionales que tienen que

²³ "Los mencionados verbos rectores significan: (i) constreñir: obligar, precisar, compeler por fuerza a alguien a que haga o ejecute algo, oprimir, reducir, limitar; (ii) inducir: mover a alguien a algo, causar o provocar indirectamente algo, extraer y; (iii) solicitar: pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 56600 del 15-07-20, MP. Eyder Patiño Cabrera.

²⁴ 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. Radicado No. 56600 del 15-07-20 y CSJ, Radicado No. 36638 del 5-5-12.

ver con la organización, estructura y funcionamiento de la administración pública ya sea constriñendo, induciendo o solicitando a alguien dar o prometer una cosa²⁵.

Sumado a lo anterior, frente a la ejecución de los verbos rectores antes descritos por parte del autor del delito, también se hace indispensable la concurrencia de un ingrediente subjetivo del tipo penal en la víctima, es decir, el "*metus publicae potestatis*" que mueve la voluntad del sujeto pasivo al punto de ceder ante la exigencia del funcionario público, viéndose inmerso en la obligación de pagar o prometer el dinero o cualquier otra utilidad indebida ante el miedo y la autoridad que representa quien lo compele²⁶.

Así mismo, el constreñimiento se visualiza por medios coercitivos que someten a la víctima a las intenciones del autor del delito, como sería el caso de las amenazas; en la inducción puede afirmarse que se trata de un exceso de autoridad que se encuentra oculto; respecto al abuso de la función, la víctima se siente amenazada al punto de sentir temor en caso de negarse a dar o prometer lo exigido²⁷.

Para efectos de constatar la antijuricidad, basta con verificarse la mera exigencia de la prestación o

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 54326 del 5 de mayo de 2021, MP. Diego Eugenio Corredor Beltrán.

utilidad indebida por parte del servidor público, como quiera que se trata de un delito de mera conducta o actividad en el que resulta innecesario el desembolso o la entrega del bien o contraprestación exigida. En otras palabras, el delito se consuma independientemente que la dádiva haya ingresado o no en poder del autor del delito²⁸.

Finalmente, la promesa o entrega de dinero u otra utilidad deben ser indebidas, es decir, no deberse a ningún título, tampoco es relevante la forma como se haga el ofrecimiento o la promesa y si esta constituye en sí misma un negocio ilícito, en la medida que ese examen le corresponde al derecho civil y no al penal. Así mismo, la promesa y la entrega de la utilidad o dinero pueden tener como destinatario el mismo funcionario público que la exige o un tercero²⁹.

Una vez explicado en breve los presupuestos del delito de Concusión por el que fue llamado a juicio el oficial inculcado, se procederá al análisis en concreto de la pretensión del recurrente, quien planteó la atipicidad de la conducta por ausencia de uno de los elementos subjetivos del tipo.

²⁸ "El delito se consuma, conforme se ha advertido en otras oportunidades, simplemente, "al ejecutarse cualesquiera de estas acciones en provecho del servidor o de un tercero, independientemente de que la dádiva o la utilidad hayan ingresado o no al ámbito de disponibilidad del actor. Tal conclusión se desprende no sólo del alcance y significación de los verbos rectores empleados por el legislador, sino igualmente del hecho que la administración pública, que es el bien jurídicamente tutelado, se ve transgredida con el acto mismo del constreñimiento, de la inducción, o de la solicitud indebidos, en cuanto cualquiera de ellas rompe con la normatividad que la organiza y estructura, derrumbándola y generando la sensación o certeza de deslealtad, improbidad y ausencia de transparencia dentro de los coasociados". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 54326 del 5 de mayo de 2021, MP. Diego Eugenio Corredor Beltrán

²⁹ CSJ SP, 1 Jun 2017. Rad. 46165.

Bajo ese entendido, téngase en cuenta que en la sentencia de primer grado se determinó que el **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** en su condición de servidor público, exactamente como oficial del Ejército Nacional ocupando el cargo del Comandante de la Compañía de Apoyos y Servicios para el Combate del Batallón Patriotas en Honda (Tolima), indujo y solicitó a los soldados regulares de esa unidad fundamental para que entregaran dineros a cambio de autorizarles permisos durante varios días, hecho que está demostrado con los testimonios de los Soldados **LEONEL MORALES VASCO³⁰**, **DIEGO FERNANDO MEJÍA MEJÍA³¹**, **BEIMAR EDUARDO PADILLA RIVERA³²** y **JHOJAN SEBASTIÁN MOYA OSORIO³³**, quienes afirmaron que cada uno de ellos entregaron al oficial enjuiciado la suma de \$ 100.000 pesos a cambio de 10 días de permiso, recursos que según el acusado serían destinados para la compra de una impresora para el régimen interno de la compañía y arreglos locativos del alojamiento.

De la misma manera, consta en la actuación el testimonio del **C3. JOSÉ JULIÁN ULABARRY ZAPATA**, quien en su dicho manifestó que el **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** le indicó que se dirigiera a los soldados para decirles que aquellos que quisieran colaborar con dinero para la compra de la impresora que se acercaran a su oficina³⁴.

³⁰ Cuaderno original No.1, folios 19-21.

³¹ Cuaderno original No.1, folios 22-25.

³² Cuaderno original No.1, folios 26-30.

³³ Cuaderno original No.1, folios 31-34.

³⁴ Cuaderno original No.1, folios 57-62.

Así mismo, los Soldados **DIEGO FERNANDO MEJÍA MEJÍA** y **JOHAN SEBASTIÁN MOYA OSORIO**, afirmaron que pagaron al oficial \$100.000 pesos por 10 días adicionales a la licencia que les autorizó el batallón y que el dinero acordado lo consignó el Soldado **JOHAN SEBASTIÁN MOYA OSORIO** a **YENNY PAOLA HERNÁNDEZ**, esposa del **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ**³⁵, que la suma enviada correspondió a \$200.000 mil pesos a través de la Empresa de Giros Efecty, transferencia que sería entregada al enjuiciado según lo acordado y de la cual consta el certificado del movimiento expedido por la empresa en cuestión, el cual se realizó el 8 de enero de 2018³⁶.

Del mismo modo, consta en la foliatura el informe de investigador de campo de fecha 18 de diciembre de 2018, en el que el funcionario de Policía Judicial designado por el despacho de instrucción que tramitó el caso, informó que se dirigió a las instalaciones de la Compañía de Apoyos y Servicios para el Combate del Batallón Patriotas y verificó la existencia de la impresora Epson LX-380, serie X34N126229, la cual fue adquirida con el dinero entregado por los soldados al **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ**, sin que se obtuviera la factura de compra o el acta de entrega del bien a la unidad fundamental.

³⁵ Cuaderno original No.2, folios 363-374.

³⁶ Cuaderno original No.2, folios 258-259.

Sin embargo, el despacho instructor logró obtener copia de la factura de compra del bien por intermedio de la empresa Euros Services S.A.S, la cual es de fecha 3 de julio de 2018 y por un valor de \$ 553.800 pesos a nombre del oficial inculpado, elemento que posee las mismas características de la que fue inspeccionada por parte del juzgado de instrucción en las instalaciones de la unidad fundamental que comandaba el acusado³⁷.

En suma, se aportaron al plenario las copias de las boletas de salida del personal de soldados que denunciaron los hechos contra el **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ**, en las que consta la firma autorizada del oficial, el suboficial de servicio y el soldado a quien se le concede el permiso, pero se observa que no existen las firmas del Comandante de la Unidad o el Oficial Ejecutivo autorizando la salida del personal militar³⁸.

Conforme a la pruebas testimoniales y documentales antes referenciadas, el juzgado de primera instancia consideró que el uniformado cometió el delito de Concusión por el que fue acusado y posteriormente condenado a través de la sentencia cuestionada, determinación que comparte la Sala, dado que está demostrado que el justiciable abusó de su cargo y función como comandante de unidad fundamental cuando

³⁷ Cuaderno original No. 1, folios 144-145.

³⁸ Cuaderno original No. 1, folios 146-181.

solicitó a los soldados que prestaban el servicio militar y que estaban a su cargo, la entrega de dinero a cambio de permisos, exigencia que correspondió a una actividad indebida, en la medida que los permisos del personal de soldados que prestan el servicio militar obligatorio son parte integral del plan de moral y bienestar en todos los niveles del mando, son un incentivo ya sea por el buen desempeño en el servicio o porque la misma Ley o los reglamentos así lo dispongan, de allí que resulte inadmisibles que militares o policiales con atribuciones de mando en las respectivas instituciones, exijan a sus subalternos dineros o cualquier otra utilidad a cambio de concederles dicho estímulo³⁹.

Ahora, en punto al "*metus publicae potestatis*" no puede aceptarse la sugerencia del recurrente que igualmente es apoyada por el Representante del Ministerio Público en su concepto de rigor, al sostenerse que el ingrediente subjetivo referenciado no existió respecto de los soldados que entregaron el dinero a su comandante.

En ese sentido, debe destacarse que la solicitud e inducción del **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** a sus subalternos llevaba implícita su figura de autoridad y de poder, pues recuérdese que para la época el

³⁹ Sobre el particular, téngase en cuenta el Radicado No.159392 del 16 de febrero de 2023, Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, MP. CR (R) Wilson Figueroa Gómez.

oficial era el comandante de la unidad fundamental y ejercía el mando y el control directo sobre todos los soldados y suboficiales orgánicos de la misma, inclusive valiéndose del **C3. JOSE JULIÁN ULABARRY ZAPATA** para enviarles mensajes a los soldados con la intención de que éstos fuesen a su oficina para entregar los dineros requeridos, circunstancia a partir de la cual se puede afirmar que la exigencia del oficial no se trató de un inocente ofrecimiento puesto a consideración de los soldados, sino que llevaba inmersa una exigencia indebida proveniente de su comandante y que apelaba a uno de los estímulos más importantes para el soldado, como lo es el permiso que se obtiene durante la prestación del servicio militar como recompensa por una acción destacada o porque se encuentre enmarcado en el plan de moral y bienestar, pero que en el presente caso fue el instrumento utilizado por el enjuiciado para doblegar la voluntad de los soldados y con ello lograr que le entregaran dinero a cambio de ese incentivo.

Finalmente, respecto a la sugerencia del Ministerio Público en su concepto, quien planteó que el acusado actuó bajo los presupuestos de un error de tipo, habrá de precisarse que esta particular figura se erige como una de las causales de ausencia de responsabilidad descritas en la Ley Penal Castrense que anula la tipicidad del delito y que para el caso aquí examinado se encuentra descrita en el numeral

10° del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010, norma que se refiere a la configuración de esta categoría de error cuando el individuo actúa con el convencimiento equivocado de que su acción u omisión no corresponde a descripción típica alguna, porque no se representa la ilicitud de su conducta, evento que de lograrse acreditar frente a determinado caso configura un error invencible, a partir del cual se entiende que pese a la diligencia y pericia del sujeto le era improbable salir de su error, por lo que se excluye el dolo y el delito resulta atípico.

No obstante, si en virtud de la equivocación del autor emerge el error de tipo vencible, en el que bajo la hipótesis de la observancia de diligencia debida podía eludir el yerro, se excluye el dolo pero se opta por la modalidad culposa, siempre y cuando la ley penal la prevea para el respectivo tipo penal⁴⁰.

Una vez explicado en breve el alcance de la causal de ausencia de responsabilidad que puso de presente el Ministerio Público en su concepto de rigor, la Sala considera que la misma no se ajusta al comportamiento del enjuiciado, en la medida que por su grado, experiencia y tiempo de servicio de aproximadamente 8 años como oficial del Ejército Nacional, en el que se destaca su formación y capacitación en infantería, además del cargo que ocupaba como Comandante de

⁴⁰ Velásquez Fernando, *Manual de Derecho Penal parte general*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Sexta Edición, 2014, Bogotá, Pág. 397-404

Compañía de Apoyos y Servicios para el Combate del Batallón Patriotas⁴¹, función que ejercía de manera simultánea para la época de los hechos con el cargo de Oficial de Logística, con facultades para el manejo y planeación de recursos públicos destinados a los abastecimientos, mantenimiento y transportes de la unidad táctica a la que pertenecía⁴², le permitían al uniformado contar con plena conciencia de la ilicitud del comportamiento que se le reprocha, esto es, que le resultaba prohibido solicitar o inducir a sus soldados entregar dinero u otros recursos a cambio de proporcionarles bienestar, como quiera que una conducta como la descrita era totalmente ajena a la honestidad, lealtad y transparencia que se espera de todos los servidores del Estado a cualquier nivel.

A partir de las anteriores consideraciones, podemos sostener que se acreditó ampliamente el ingrediente subjetivo del tipo que a juicio del recurrente no logró probarse en el proceso, menos aún se advierte un error de tipo como causal de ausencia de responsabilidad como lo consideró el Ministerio Público.

8.3- Por otra parte, en cuanto al último argumento de disenso según el cual la conducta realizada por el **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** adolece de antijuridicidad material, como quiera que los dineros

⁴¹ Cuaderno original No.1, folios 129-136 (Folio de vida del acusado).

⁴² Cuaderno original No.2, folios 312-325 (Orden del día No. 0199 del 9 de noviembre de 2018, manual de funciones comandante de compañía y oficial de logística).

entregados a éste por parte de los soldados denunciados fueron una colaboración voluntaria para la unidad fundamental y que además fueron destinados a la adquisición de una impresora para el régimen interno de la compañía y arreglos locativos del alojamiento, por lo que bajo esos términos no existe afectación alguna a la Administración Pública como bien jurídico protegido, la Sala considera que dicho argumento debe rechazarse con fundamento en las siguientes consideraciones.

El tipo penal de Concusión es de mera conducta o actividad, por lo que no es requisito necesario la acreditación de un resultado material para efectos de predicar su tipicidad o antijuridicidad⁴³, dado que es suficiente constatar el abuso del cargo o la función por parte del servidor del Estado, también la exigencia de la utilidad indebida a la víctima producto del constreñimiento, la inducción o la solicitud, circunstancia que se encuentra acreditada en la actuación, en la medida que el oficial enjuiciado valiéndose de su cargo y grado como comandante de compañía indujo y solicitó a varios soldados bajo su mando dineros a cambio de permisos,

⁴³ "Ello no solo teniendo en consideración el contenido y alcance de los verbos rectores, sino además con arreglo al bien jurídico tutelado, la administración pública, la cual se ve vulnerada con el acto de constreñir, inducir o solicitar, por resultar resquebrajada su estructura y organización, generando en la colectividad sensación de deslealtad, improbidad y deshonestidad.

Para su consumación basta con la exigencia, no requiere que el desembolso se cause, o se entregue el objeto o la dádiva, por tratarse de un punible de conducta o mera actividad. Basta con la manifestación del acto de constreñir, inducir o solicitar dinero u otra utilidad indebida, independiente de que el sujeto pasivo esté en posibilidad de cumplirla, ha reiterado la Corte recientemente". Subrayado fuera de texto. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 54326 del 5 de mayo de 2021, MP. Diego Eugenio Corredor Beltrán.

hecho que realizó directamente y también valiéndose del **C3. JOSE JULIÁN ULABARRY ZAPATA**, actos que resultan incompatibles con la función pública y la conducta adecuada que se espera de los funcionarios públicos.

Bajo esa premisa, se entiende que el delito de Concusión por el que fue condenado el oficial en primera instancia se agotó ampliamente, resultando irrelevante la destinación que se le dio a los dineros entregados por el personal de soldados mencionados, dado que se parte del hecho que se trató de una exigencia indebida porque al oficial le estaba prohibido exigir dinero u otras dádivas a cambio de proporcionarles bienestar a sus subalternos, de allí que pueda afirmarse que aquellos soldados que no tuvieron dinero para entregarle a su comandante no pudieron acceder a los días de permiso que éste les ofreció, teniendo en cuenta que la solicitud del oficial fue dirigida a todos los soldados de la Compañía de Apoyos y Servicios para el Combate.

Si bien es cierto, los dineros entregados al acusado por parte de sus subordinados fueron destinados a la compra de bienes para la compañía y reparaciones del alojamiento, no es menos cierto que se trató de una solicitud contraria a derecho y quien la realizó no fue un ciudadano común, sino un servidor público integrante de una institución castrense, a quien en virtud de su investidura como miembro de las Fuerzas

Militares le es exigible rectitud, honestidad, honradez, moralidad, respeto por la dignidad humana y demás derechos de las personas, además de la idoneidad y probidad que el ejercicio mismo del cargo como comandante que se le imponía.

Además, resulta oportuno mencionar que los soldados regulares que prestan el servicio militar no tenían la obligación de dotar o equipar con su propio patrimonio las dependencias o alojamientos que las instituciones castrenses destinan para que residan en ellas mientras se encuentren bajo banderas, más aún cuando un soldado regular para la época de los hechos no devengaba salario, sino una bonificación mensual que escasamente alcanza para adquirir útiles de aseo personal, pues recuérdese que en el caso particular del Soldado **DIEGO FERNADO MEJÍA MEJÍA**, el uniformado manifestó que ante la solicitud de su comandante se vio en la necesidad de conseguir de algún modo el dinero requerido porque no lo tenía en ese momento, así que le pidió prestado los \$100.000 pesos requeridos al Soldado **JOHAN SEBASTIÁN MOYA OSORIO**⁴⁴.

Bajo ese entendimiento, es claro que la obligación de dotar con bienes y realizar mantenimiento a las instalaciones de la unidad militar que comandaba el inculpado no le correspondía a éste ni a los mismos soldados, dado que esa atribución le era exigible a

⁴⁴ Cuaderno original No.1, folios 22-25.

la institución castrense a través de las partidas fijas de mantenimiento e instalaciones.

En virtud de lo anterior, la conducta impropia del oficial acusado no podía ser analizada al margen de su cargo y grado militar, porque se trató de un comportamiento realizado por un representante de una institución castrense que además de la función constitucional que le asiste por vía del artículo 217 superior, debió velar por la protección de los derechos de los soldados de su unidad, ejercer el mando y control sobre los mismos, mantener la disciplina y además ser un ejemplo para ellos, según se desprende del Reglamento de Régimen Interno para las Unidades Tácticas en lo que tiene que ver con las funciones del Comandante de Compañía⁴⁵.

Así mismo, el bien jurídico de la Administración Pública resultó afectado de manera grave, en razón al comportamiento del justiciable que deformó el correcto ejercicio del aparato administrativo estatal en cuanto al contenido y sentido material de la institucionalidad confiada a sus funcionarios, como quiera que impidió que se cumplieran los fines de la administración, al punto de convertir el plan de moral y bienestar del personal de soldados en un negocio cuando por medio de la inducción y la solicitud logró que varios soldados de la unidad

⁴⁵ Cuaderno original No.2, folio324-325.

fundamental que comandaba le entregaran dinero a cambio de varios días de permiso.

Finalmente, aunque el acusado no contaba con la atribución de conceder permisos al personal subalterno bajo su mando, según lo manifestaron en diligencia de testimonio el **TC. DIEGO FERNANDO DÍAZ TORRES** y el **MY. JUAN MANUEL VARGAS RINCÓN**, quienes desempeñaron los cargos de Comandante y Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón Patriotas para la época de los acontecimientos⁴⁶, debemos tener de presente que la lógica y la experiencia castrense indica que el **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** en virtud de su cargo como Comandante de Compañía de **ASPC** y en obediencia al conducto regular, debía trasladar con su visto bueno a sus superiores las solicitudes de permiso del personal de soldados, tan es así que en los formatos de boletas de salida aportados al plenario se indica que las salidas de personal debían estar firmadas por el Suboficial de Servicio de la unidad, el Comandante de la Compañía, el Oficial de Servicio y el Comandante del Batallón o en su defecto el Oficial Ejecutivo y Segundo Comandante, razón por la cual el manejo de los permisos de los soldados de la unidad militar que comandaba el oficial procesado no era totalmente ajeno a sus funciones.

⁴⁶ Cuaderno original No.1, folios 63-97 y 78-82

En síntesis, la Sala desatenderá los argumentos del recurso de apelación que en parte fueron apoyados por el Representante del Ministerio Público en su concepto y, en consecuencia, se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo de Brigada del Ejército Nacional el 26 de septiembre de 2022, por medio de la cual se condenó al **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ** como autor del delito de Concusión en concurso homogéneo y sucesivo.

En mérito de lo expuesto la Segunda 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 **CT. OSCAR ANDREY MONROY SÁNCHEZ**, contra la sentencia de fecha 26 de septiembre de 2022 por parte del Juzgado Séptimo de Brigada del Ejército Nacional, a través de la cual condenó al uniformado como autor del delito de Concusión en concurso homogéneo y sucesivo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia motivo de apelación.

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 **JORGE NELSON LÓPEZ GALEANO**
Magistrado Ponente

Coronel **SANDRA PATRICIA BOTIA RAMOS**
Magistrada

Coronel **ROBERTO RAMIREZ GARCÍA**
Magistrado

Abogada **BERLEDIS BANQUEZ HERAZO**
Secretaria