

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala : Primera de decisión
Magistrado ponente : Coronel GUSTAVO ALBERTO SUÁREZ DÁVILA
Radicación : 159871-477-II-127
Procedencia : Juzgado Décimo de Instancia de Brigada
Procesado : **SS (R) . ULISES REYES GARZÓN**
Delito : Abandono del puesto y peculado culposo
Motivo de alzada : Apelación sentencia condenatoria
Decisión : Confirma decisión

Bogotá D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024).

I. VISTOS

Procede la Sala a pronunciarse respecto del recurso de apelación presentado por el defensor JORGE ENRIQUE LIZARAZO OVIEDO, en contra de la providencia datada 12 de octubre de 2022¹ y proferida por el Juzgado Décimo de Instancia de Brigada del Ejército Nacional a través de la cual se condenó al **SS (R) .ULISES REYES GARZÓN** por

¹ Obra a folios 588 y ss., del C.O.4

la comisión de los delitos de abandono del puesto y peculado culposo a la pena principal de 35 meses de prisión y multa de 20 SMLMV.

II. HECHOS

Se condensaron en la sentencia condenatoria de primer grado así:

*"el día 17 de enero de 2016, aproximadamente a las 22:57 horas, fecha en la que el señor SS. (R) ULISES REYES GARZÓN, al estar nombrado en calidad de oficial de servicio, por medio de la orden del día No. 032 del BASCP No. 22, informa vía telefónica al señor MY. Mauricio Blandón Cañas, que al estar en su lugar de residencia, y después de haberse duchado, procede a salir al segundo piso y cuando regresa no encuentra la pistola Beretta 9 mm, No, BER538505, al parecer siendo hurtada la misma; como quiere (sic) que este elemento le había sido entregada (sic) para el desempeño del cargo, para el que había sido previamente designado, quedando constancia de ello en el libro de oficial de servicio"*².

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Por los hechos que vienen de referirse el Juzgado 44 de Instrucción Penal Militar, ordenó la apertura de formal investigación en contra del **SS. ULISES REYES GARZÓN** por la comisión de los delitos de abandono del puesto y peculado culposo³.

² Cfr. Folio 589 del C.O.4

³ Ver auto del 3 de marzo de 2016 a folios 8-9 del C.O.1

3.2. En desarrollo de la instrucción el sindicado fue vinculado mediante diligencia de indagatoria rendida el 20 de abril de 2016⁴.

3.3. Con proveído del 29 de junio de 2016⁵, se admitió la demanda de constitución de parte civil de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional.

3.4. Igualmente, el instructor resolvió su situación jurídica el 21 de marzo de 2017⁶, absteniéndose de imponer medida de aseguramiento en contra del indagado.

3.5. El 28 de junio de 2018⁷, la Fiscalía 22 Penal Militar de Apiay (Meta), declaró el cierre de la etapa instructiva y con fecha 19 de febrero de 2019⁸ presentó resolución de acusación en contra del **SS. ULISES REYES GARZÓN** por los delitos de abandono del puesto y peculado culposo, pieza que alcanzó firmeza luego de que el 19 de mayo de 2020⁹, la Fiscalía Segunda Penal Militar ante Tribunal Superior Militar y Policial, resolviera desfavorablemente el recurso de apelación presentado por el abogado defensor del acusado.

3.6. La etapa del juicio le correspondió al Juzgado

⁴ Cfr. Folios 45-50 ibidem.

⁵ Cfr. Folios 91-92 ibidem.

⁶ Cfr. Folios 178-191 ibidem.

⁷ Cfr. Folio 277 del C.O.2

⁸ Cfr. Folios 299-319 ibidem.

⁹ Cfr. Folio 364 y ss., ibidem.

Cuarto de Brigada del Ejército Nacional con sede en Villavicencio (Meta), quien inició con la celebración de la audiencia de corte marcial el 10 de agosto de 2021¹⁰ la cual en su desarrollo fue suspendida.

3.7. Posteriormente con Resolución No. 000367 del 3 de diciembre de 2021 se entregó la competencia de la actuación al Juez 10 de Brigada XVI y XVIII ubicado en Yopal (Casanare), procediéndose a retomar la audiencia el 24 de agosto de 2022¹¹, y finalmente el 12 de octubre siguiente¹² se emitió sentencia condenatoria en disfavor del procesado **SS. ULISES REYES GARZÓN** al ser hallado responsable de la comisión de los delitos acusados.

Contra dicha determinación se interpuso recurso de apelación por el defensor el cual concita ahora la atención de esta Sala de Decisión¹³.

IV. DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

4.1 El *A quo* consideró que, en tratándose del delito de **abandono del puesto** establecido en el artículo 105 de la Ley 1407 de 2010, y endilgado al entonces **SS. ULISES REYES GARZÓN**, reunía todos los elementos exigidos en sede de tipicidad, como en la antijuridicidad y culpabilidad con fines a emitir un juicio de responsabilidad.

¹⁰ Cfr. Folios 544-550 del C.O.3

¹¹ Cfr. Folios 574-586 ibidem.

¹² Cfr. Folios 588 y ss., del C.O.4.

¹³ Cfr. Folios 690-702 ibidem.

4.1.1 Explicó que la calidad del sujeto activo se demostró a través de la prueba documental, pues dio cuenta que el procesado para la fecha del 17 de enero de 2016, era orgánico del Batallón de Servicios No. 22 y laboraba en la sección de presupuesto, siendo trasladado según OAP No. 2025 de fecha 17 de septiembre de 2014 a dicha Unidad por parte del Comando del Ejército Nacional.

Asimismo, adujo que este suboficial fue nombrado con Orden del Día No. 032 para prestar el 17 de febrero de 2016, como oficial de servicio del cantón militar sur oriente en la ciudad de San José del Guaviare, y frente a la realización del comportamiento resaltó con base en los reglamentos de régimen interno, que ese servicio debía cumplirse en un horario comprendido entre las 06:00 a las 19:00, y a partir de este momento salía el procesado a tomar un descanso mientras lo relevaba el oficial disponible, luego de lo cual, debía retomar nuevamente de las 01:00 a las 06:00 horas del día siguiente.

4.1.2 Adicionó que los testigos directos de los hechos, señores MY. BLANDÓN CASALLAS MAURICIO, TE. PANTOJA MELO JAIME, narraron sobre las condiciones en que se debía prestarse este servicio para el que estaba nombrado el acusado, e hizo énfasis con el testimonio del SS. AMAYA VILLALOBOS, que el procesado a eso de las 7:00 de la noche fue requerido por el

Comandante de Guardia porque salió sin permiso e indicó que iba hasta la casa a comer algo y volvía.

4.1.3 Finiquitó el juzgador, que al procesado le correspondía permanecer en la Unidad durante el lapso del descanso comprendido entre las 19:00 y las 01:00 horas del día 18 de febrero de 2016, luego de que entregara de servicio al relevante, pues quienes prestan estos turnos deben dormir en la guardia precisamente para conjurar cualquier evento que se presente. No obstante, fue el propio suboficial comandante de guardia del cantón militar de la Brigada de Selva No, 22, quien dio cuenta, que el acusado se fue para su casa de habitación luego de entregar el servicio a las 19:00 horas el día de marras.

Bajo tales condiciones encontró, de cara al elemento de estar de facción o de servicio; que esta labor debía desempeñarla el procesado dentro de las instalaciones del puesto de mando atrasado, concretamente en la guardia del cantón militar de la BRIM No, 22. Empero dentro de su tiempo de descanso o de facción, es decir, entre las 19:00 a las 01:00 horas, salió de las instalaciones de esta, estando en disponibilidad y sin contar con el respectivo permiso de sus superiores.

Llamó la atención del sentenciador, que el **SS. REYES GARZÓN** abandonara su puesto sin que mediara el menor consentimiento de sus superiores o hiciera anotación

en el libro de oficial de servicio al respecto, dejando en evidencia estas actitudes una clara muestra de un comportamiento realizado con dolo.

4.1.4 En cuanto al análisis de la antijuridicidad el Juez aseguró, que la conducta desplegada por **REYES GARZÓN** de ausentarse en espacio de 4 horas de las instalaciones de la guardia del cantón militar de BRIM No 22, afectó el servicio porque como oficial de servicio debía descansar dentro del alojamiento y estar disponible para reaccionar ante cualquier situación, sin que fuera exigible un resultado de su comportamiento por tratarse de un delito considerado de peligro abstracto o de mera conducta, frente al cual lo importante era la potencialidad del daño que se pudiera causar, en este caso a la seguridad de la Unidad Militar con puesto de mando en San José del Guaviare.

4.2 En lo relativo al delito de **peculado culposo** partió del supuesto que se encontraba frente a un comportamiento realizado por un servidor público, quien para el día de marras, a eso de las 23:00 horas llamó al MY. BLANDÓN CASALLAS para informarle que le había sido hurtada el arma de fuego de tipo pistola Pietro Beretta No, BER No, 538505, calibre 9mm, que le fue asignada para la prestación del cargo de oficial de servicio; esto mientras se encontraba en su lugar de residencia descansando.

4.2.1 En el proceso de adecuación típica, tuvo en cuenta el *A quo*, que el arma objeto de peculado culposo, tenía la calidad de bien fiscal, pues se demostró con oficio No. 0698 de fecha 16 de marzo de 2018, signado por el comando del BASPC No. 22, que el valor de la pistola Pietro Beretta BER538505, de conformidad con el sistema SAP, a la fecha del 17 de febrero de 2016, ascendía a la suma de \$ 787.321.48 pesos, y se trataba de un activo fijo de la unidad táctica en cita.

En este orden destacó; que se trataba de un arma de uso Estatal y destinada al sector defensa, por lo cual estaría registrada en el sistema SAP, de la dirección de armamento del Ejército Nacional, y le fue asignada la tenencia o custodia al acusado por razón o con ocasión de sus funciones, ya que, para la fecha del 17 de febrero de 2016, ostentaba el cargo de oficial de servicio del BASPC No, 22.

Dicha custodia, adicionó el *A quo*, implicaba su porte y debido cuidado, debiendo entregar la misma, al día siguiente de finalizado el servicio, es decir, el jueves 18 de febrero a las 07:00 horas, al suboficial designado, para lo cual era obligación del enjuiciado dejar la anotación en el libro correspondiente de los elementos entregados, con firmas de los funcionarios saliente y entrante.

En la realización del verbo, destacó que debiendo esta arma de fuego permanecer en todo momento en la guardia del cantón militar de la Brigada de Selva No. 22, por el contrario, fue llevada por el acusado al lugar de su residencia, en el casco urbano de San José de Guaviare, justo cuando debía estar cumpliendo su función como oficial de servicio. Por tal motivo, refulgió nítido para el Juez de Instancia, la trasgresión del régimen interno de guarnición para unidades tácticas, por parte del procesado por abandonar las instalaciones de la Unidad con destino al lugar de residencia y llevándose consigo el arma de fuego asignada para el cumplimiento de la misión.

Adicionó a este respecto, que el "SS, ® ULISES REYES GARZÓN estando en su lugar de residencia, continúa trasgrediendo el aludido régimen o reglamento, pues lleva consigo, transporta, y conserva un arma de fuego institucional, sin la debida autorización de sus superiores, o sin que mediara una orden de operaciones al respecto emitida por el BASPC No, 22, para salir de las instalaciones de la unidad militar, hacia un lugar determinado o sitio de residencia, totalmente ajeno al lugar en donde debía de ubicarse"¹⁴.

Consideró por tanto la inminente elevación del riesgo de hurto o pérdida de la misma, pues con las acciones desplegadas por el procesado se expuso este elemento, al ser sacado de la esfera de dominio del sector defensa hacia un sitio, en el que no estaba cumpliendo ningún tipo de acto enmarcado en el servicio, ni tenía relación con el mismo de conformidad con las funciones

¹⁴ Cfr. Folio 647 del C.O.4

de que trata el artículo 217 de la Constitución Nacional, amén que tampoco cumplía las condiciones de seguridad para su conservación.

Acabó el estudio del tópico argumentando, que al sargento **REYES GARZÓN** le endilgaba a título de autor el delito de peculado culposo, comoquiera que ejerciendo el dominio de una actividad generó un acontecimiento típico y si bien su voluntad no estaba dirigida a su realización, fue su omisión en el deber de cuidado la que produjo el resultado típico no querido.

4.2.2 Al avanzar en el estudio de la antijuridicidad explicó, que con la conducta ejercida por el sargento **REYES GARZÓN** se afectó la administración pública, formal y materialmente al sacarse un arma de fuego de su esfera de dominio y dar lugar a su pérdida, más aún porque se acreditó dentro del legajo, que la misma fue objeto de hurto por parte del señor JHANBEISMAR QUITIAN PANADERO, quien en diligencia de versión jurada admitió el punible de hurto planeado por otro militar, a quien le entregó este elemento, que pese a todas las actividades realizadas para su recuperación fue imposible.

Descartó el juzgador la posibilidad probatoria de existencia de circunstancia alguna, que a la luz de las previsiones del artículo 33 de la Ley 1407, eximiera la responsabilidad el enjuiciado, ello ante la

petición de la defensa, quien alegó que el procesado debió desplazarse a su lugar de residencia, con el objeto de tomar medicamentos para unas afecciones en la salud, que le han generado unas juntas médicas laborales, y su consecuente disminución de la capacidad laboral.

4.2.3 Al realizar el análisis de la imputabilidad y capacidad de actuar del procesado arguyó que, conforme a la prueba allegada al legajo, era dable asegurar que al procesado no le asistía circunstancia especial alguna al momento de los hechos, que interfiriera en sus esferas cognitiva y/o volitiva, que hubiese podido impedir la comprensión de su actuar y determinarse a obrar conforme a dicha comprensión por lo cual se hacía acreedor al juicio de reproches por el concurso de delitos. En ese orden procedió al análisis de la dosimetría penal a imponer.

4.3 Al hallar satisfechos los presupuestos para endilgar responsabilidad al procesado, procedió a dosificar la pena para lo cual tuvo en cuenta la inexistencia de agravantes y sí la presencia de circunstancias de atenuación, tales como la buena conducta y la carencia de antecedentes penales.

En este orden de ideas, realizó la dosificación para el concurso de delitos de peculado culposo previsto en el artículo 400 de la Ley 599 de 2000, frente al cual le tasó una pena de dieciocho (18) meses de prisión. Y

en lo relacionado con el reato de abandono del puesto estipulado en el artículo 105 de la Ley 1407 de 2010, le impuso dieciocho (18) meses de prisión, determinando dadas las reglas del concurso, que a la postre la pena a imponer sería de treinta y cinco (35) meses de prisión y una multa de veinte (20) SMLMV.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN.

La defensa del condenado se opuso a la decisión de primer grado con la finalidad que este Superior revoque y en su lugar absuelva de toda responsabilidad a su prohijado el **S.S. ULISES REYES GARZÓN**.

5.1 El defensor inicia su intervención aduciendo de manera genérica frente a la acusación del delito de abandono del puesto, que su cliente *"siempre cumplió con su función, nunca se le requirió en tiempo de descanso la presencia siempre estuvo atento a la orden superior para intervenir en los asuntos propios de su designación para esa fecha. pues no está probado que se la haya requerido por parte de algún superior y hubiese omitido tal requerimiento o no hubiese realizado las actividades que le ordenaron desarrollara"*¹⁵.

Insistió que en el caso concreto no ocurrió el abandono del puesto, pues la conducta desplegada por el sargento **ULISES REYES GARZÓN** fue un desplazamiento

¹⁵ Cfr. Folio 691 del C.O.4

que realizó a su lugar de residencia, ello luego de haber dejado en manos del Oficial Disponible la responsabilidad del cargo como Oficial de Servicio y durante el tiempo que se dispuso para su descanso, más no para su función de disponibilidad.

5.1.1 Cuestionó de manera tajante lo sostenido por el A quo cuando adujo, que el acusado abandonó el cantón militar de la Brigada de Selva No. 22, una vez terminó de manera temporal su servicio a las 19:00 horas para proceder a desplazarse a su lugar de residencia sin el menor consentimiento de sus superiores en el BASER No. 22 y sin que mediara siquiera anotación en el libro de oficial de servicio sobre esto.

Al efecto considera el recurrente, que su defendido no estaría en la obligación de solicitar permiso de sus superiores porque el desplazamiento lo realizó a su lugar de residencia con el fin de buscar los medicamentos requeridos para estabilizar su salud.

Agregó, que en primer lugar ya había entregado la responsabilidad del servicio a otro suboficial designado para su reemplazo, y en segundo eran momentos para su descanso por lo cual no era *"viable que los superiores dispongan sobre los desplazamientos de sus subalternos o de las actividades que estos desarrollen en su tiempo de ocio"*.

Finiquitó el alegato aduciendo el letrado, que no era posible exigirle a su poderdante dejar anotación alguna de que había salido de la Guarnición porque esta responsabilidad fue suspendida a las 19:00 horas, cuando el Oficial disponible asumió la responsabilidad durante el tiempo de descanso de su representado. Continuó asegurando que tampoco era del resorte de su cliente realizar este tipo de anotaciones, pues ello le competía al Comandante de Guardia.

5.1.2 En el sentir del apelante, no serían de recibo las argumentaciones del Juzgado de Instancia frente a que se configuró el abandono del puesto por la salida de la Guarnición Militar del sargento **ULISES REYES GARZÓN** durante su tiempo de descanso, es decir, entre las 19:00 y las 01:00 horas. Insistió el letrado, que por el hecho que el implicado realizó una llamada telefónica al oficial **BLANDÓN CASALLAS MAURICIO**, durante su tiempo de descanso para informarle que le había sido hurtada la pistola de dotación, no podía automáticamente endilgársele responsabilidad por el abandono del puesto.

5.1.3 Criticó al Juzgador por no tener en cuenta, que la salida de la Unidad Militar por parte de su prohijado además de producirse durante su tiempo de descanso, no obedeció a la manifestación de su voluntad dirigida a la comisión del delito de abandono del puesto, sino a la exclusiva necesidad de abastecerse de medicamentos para superar la crisis de

salud que padecía durante la prestación del servicio ordenado por su Superior, lo cual devendría en una causal de ausencia de responsabilidad que debió ser tomada en cuenta al momento de proferirse la sentencia.

Sostuvo el defensor que no se hallaría tipificado el delito de abandono del puesto de que trata el artículo 105 de la Ley 1407 de 2010, y en ese orden de ideas lo conveniente era absolver al entonces Sargento Segundo **REYES GARZÓN** de los cargos formulados por la Fiscalía 22 Penal Militar y descritos en la condena proferida por el Juzgado 10 de Instancia de Brigada.

5.2 Frente al delito de Peculado Culposo, manifestó que el arma objeto de la conducta se le dio la calidad de bien fiscal, con fundamento en el oficio No. 0698 del 16 de marzo de 2018 mediante el cual el Comando del Batallón BASPC No. 22 dio cuenta del valor de la pistola Pietro Beretta No. BER 538505, sin embargo, ello no sería prueba suficiente para asegurar que dicha arma tenía la calidad de bien Fiscal.

Asintió que, si bien el arma le fue asignada al Sargento **ULISES REYES GARZÓN** para la prestación de su servicio como Oficial de Servicio y debía ejercer el debido cuidado y custodia del elemento, esto no constituye el único argumento idóneo para endilgarle responsabilidad frente al delito de peculado culposo.

Hizo alusión que de cara a los elementos normativos descritos en el artículo 400 de la Ley 599 de 2000, al paginario no se aportó el acta de asignación del bien tipo pistola Pietro Beretta No. BER 538505 por parte del Batallón BASPC No. 22 a su prohijado. Como tampoco se acopió el documento que demostrara que el Ministerio de Defensa adquirió el arma en cita, o que la misma se trata de un bien de empresas o instituciones con participación estatal, o un bien particular que se haya confiado para su custodia.

Sin esta prueba, postula el letrado, no se podría demostrar que el bien perdido era un bien del Estado y paralelamente se cuestiona: ¿Porque se le estaría endilgando al acusado un delito de peculado sin probar idóneamente que el bien extraviado pertenecía al Estado?

En igual sentido destacó, que la prueba tanto en materia penal como civil o administrativo, entre otras, no surgía de la simple deducción que hacía el operador judicial, sino emanaba de un medio idóneo para demostrar lo que se debía aclarar en un proceso. De acuerdo con su postura los medios de prueba disponibles y señalados en la ley procesal eran los que permitían alcanzar la certeza para efectos de calificar el caso bien con absolución o condena.

Ante la presunta inexistencia del elemento normativo, exige la declaración de atipicidad de la conducta y en

consecuencia la absolución del cargo por no demostrarse con plena certeza que a su poderdante se le extravió un bien de propiedad del Estado.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La doctora ROSA EUGENCIA BENAVIDES DÍAZ Procuradora 3 Judicial II Penal Apoyo a Víctimas es del criterio que este Tribunal debe declarar el recurso de apelación desierto, no obstante, en caso de llegar a desatarse peticiona la confirmación de la sentencia de primera instancia que condenó al acusado.

6.1 Expuso con apoyo en el artículo 179A de la Ley 906 de 2004 y el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia identificado con radicado AP 904-2015-46837, que en la interposición del recurso de apelación se debían precisar las razones de hecho y de derecho por las que la decisión atacada es equivocada y debe ser revocada, corregida o modificada. Destacó que la simple alegación genérica y ambigua de una insatisfacción no podía tenerse como debida sustentación.

Consideró la Agencia Ministerial que en el *sub examine*, pese a la presentación de un extenso escrito de apelación, éste se compone de afirmaciones genéricas y personalísimas en relación con la decisión adoptada por la primera instancia. Por tal motivo en

un primer momento solicita declarar desierto el recurso impetrado.

6.2 De no considerarse por este *Ad quem* la primera solicitud, para la Agencia Ministerial debe tenerse en cuenta que la defensa centra su ataque en punto del ilícito de peculado culposo, al señalar la falta de un documento, como lo es el acta de asignación del arma al procesado, o *"un documento que demuestre que el Ministerio de Defensa adquirió el arma en cita, o que la misma se trate de un bien de empresa o instituciones con participación estatal, o que se trate de un bien particular que se haya confiado para su custodia"*.

Frente a este cuestionamiento recordó la Procuradora, que la impugnante inobserva lo señalado en el artículo 402 de la Ley 522 de 1999, que al respecto señala la libertad de prueba, y bajo tales condiciones no tendría cabida la exigencia señalada como una posible tarifa legal de prueba para efectos de demostrar, uno de los elementos constitutivos del punible o, la responsabilidad que atañe a su poderdante.

Ilustró que en el paginario con oficio 0698 del 16 de marzo del 2018, se estableció el valor del arma extraviada, además que estaba registrada en el SAP y era un activo fijo de la Unidad Táctica y no era susceptible de venta a la ciudadanía en general. Tales medios resultarían suficientes y dejarían en evidencia

que el arma asignada al **SS. ULISES REYES GARZÓN**, era de propiedad del Estado y se le asignó dada su condición de ser miembro activo del Ejército Nacional y para el cumplimiento de una función específica, sin embargo, no cumplió con la custodia debida del bien y de este modo sobrevino el hurto de ese elemento.

En punto de la asignación legal del bien afirmó, que no obraría el acta correspondiente empero ello no sería motivo suficiente para dejar sin piso la decisión del juzgado de primera instancia. En tal sentido instó a valorar que el procesado reconoció de manera simple y llana que recibió el arma cuando le informó sobre su pérdida al MY. BLANDÓN CASALLAS MAURICIO.

6.3 De otra parte, denunció la Procuradora, que el censor se limitó a señalar en el recurso la presunta omisión de la investigación al no recaudarse unas pruebas documentales, pero dejó de lado enseñar de qué manera hubiese podido cambiar la decisión proferida en contra de su defendido estas probanzas, por ejemplo debió mostrar cuál era la incidencia al momento de adoptar la decisión recurrida, del hecho de conocer cuando se adquirió el arma, el historial de la misma, si fue asignada a la Fuerza Aérea, Armada o Ejército Nacional. Por esas razones considera que no solo el recurso está condenado a ser declarado desierto sino despachado desfavorablemente.

6.4 Se valió de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en decisión del 18 de enero del 2017, proceso 40120, radicado SP 282-2017, para instruir que en el ámbito de la Ley 600 de 2000, regida por el principio de investigación integral, si bien no se discute que le corresponde al Estado investigar los comportamientos que revisten la connotación de ilícitos y la responsabilidad del procesado, incluso, conforme lo previsto en el artículo 469 de la Ley 522 de 1999, aquellas circunstancias que eximan al procesado o atenúen su responsabilidad. También debe atenderse que esto no exime al inculpado de probar aquellas circunstancias o situaciones respecto de las cuales está en mejor posición de demostrar, porque cuenta precisamente con la información o con la prueba requerida o de solicitar su práctica conforme el artículo 397 *ibidem*.

Lo anterior tendría relevancia para el Ministerio Público, porque a efectos de desvirtuar la comisión del punible de abandono del puesto, según la tesis de la defensa sobre la intempestiva enfermedad o padecimiento sufrido por el ahora condenado y que le obligó a retirarse de la Unidad Militar en la cual se encontraba, le concernía a la defensa técnica, que estaba en mejor posición de demostrar tal inesperado acontecimiento aportar los medios sobre dicha situación.

Apremiaba entonces en criterio de la Delegada, aportar las pruebas sobre la urgencia que obligó al acusado para abandonar su puesto, porque de las historias clínicas aportadas al paginario solo se da cuenta de la patología que presentaba **REYES GARZÓN** y sus limitaciones para la época de los hechos, pero no, que para ese 17 de febrero del 2016 hubiese estado en tal condición que justificara el abandono de sus deberes.

VII. DE LA COMPETENCIA.

Esta Corporación es competente para conocer de los recursos de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999 y 203.3 de la codificación castrense -Ley 1407 de 2010-, normatividad aquella que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada para hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del Código Penal Militar de ese año¹⁶, como de los ocurridos con posterioridad a la misma, no obstante encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico colombiano el Código Castrense del año 2010, mismo que resulta aplicable al presente caso -dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación- en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial, mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva prevista en el

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, autos de mayo de 2011, radicado 36412; junio 22 de 2011, radicado 36737; noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y marzo 07 de 2012, radicado 38401.

Decreto 1768 de 2020; por lo que la norma procedimental llamada a regular el presente caso, es la contenida en la Ley 522 de 1999 por expresa disposición legal.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 de la Ley 522 de 1999, en el sentido que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está, salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Corresponde a esta Sala de Decisión conocer del recurso vertical interpuesto por el defensor del **SS (R) .ULISES REYES GARZÓN**, quien fuera condenado con sentencia del 12 de octubre de 2022 proferida por el Juez de 10° de Instancia de Brigada al hallarlo penalmente responsable de la comisión de los delitos de abandono del puesto y peculado culposo.

8.1 Procedibilidad del recurso de apelación.

Huelga precisar antes de desatar la alzada, que el artículo 360 del Código Penal Militar permite el mecanismo de la apelación como un recurso contra las sentencias y providencias interlocutorias de primera instancia, siempre y cuando quien enerve el

contradictorio realice una adecuada sustentación de este, so pena de que sea declarado desierto, tal y como lo alecciona el 363 *ejusdem*.

En el caso de la especie, la Procuradora 3 Judicial II Penal Apoyo a Víctimas es de la opinión en principio, que el medio impugnatorio debe ser declarado desierto ante la genérica y ambigua sustentación presentada por el apelante. Sin embargo, este órgano judicial considera que la procedibilidad del recurso de apelación incoado por el defensor, devendrá en virtud del "principio de caridad"¹⁷.

Téngase en cuenta que, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, dicha subregla le permite al superior establecer la posición jurídica más coherente y racional posible cuando estudia el memorial sustentatorio, esto con el fin de subsanar los yerros en que pudo incurrir el apelante, permitiéndole así el ejercicio de una debida efectividad al derecho material y el acceso a la segunda instancia¹⁸.

¹⁷ Cfr. CSJ SP, 26 oct. 2011, rad. 36357; CSJ AP, 9 Sep. 2015, rad. 46235 y AP8824-2017; 06 dic. 2017 Rad. 46028.

¹⁸ "La doble instancia tiene una relación estrecha con el derecho de defensa, pues a través del establecimiento de un mecanismo idóneo y efectivo para asegurar la recta administración de justicia, (i) garantiza la protección de los derechos e intereses de quienes acceden al aparato estatal; (ii) permite que la decisión adoptada por una autoridad judicial sea revisada por otro funcionario de la misma naturaleza y la más alta jerarquía; (iii) amplía la deliberación sobre la controversia; y (iv) evita la configuración de yerros judiciales al incrementar la probabilidad de acierto de la justicia como servicio público". SU418/19

En consecuencia, en el *sub examine* no se exigirá un estricto cumplimiento de la carga argumentativa por parte del opugnador, comoquiera que se logra extraer un problema jurídico concreto relativo a la carencia de elementos fácticos y probatorios para declarar las conductas desplegadas por su prohijado como típicas, configurándose así un presunto yerro por parte del Juez de Primera Instancia al momento de endilgarle responsabilidad.

8.2 Delimitación de los problemas Jurídicos.

Teniendo en cuenta lo debatido en el recurso, la Sala se concentrará en determinar si de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 1407 de 2010, se puede predicar que los comportamientos reprochados al **SS. ULISES REYES GARZÓN** reúnen a cabalidad las características básicas estructurales de los tipos penales de abandono del puesto (artículo 105 de la Ley 1407 de 2010) y peculado culposo (artículo 400 de la Ley 599 de 2000).

8.3 Sobre los elementos típicos que integran en el caso concreto los delitos de abandono del puesto y peculado culposo.

8.3.1 Del delito de abandono del puesto.

El cuestionamiento del Defensor contra la calificación jurídica realizada por el funcionario judicial en punto del delito de abandono del puesto, se orienta a censurar específicamente la carencia de realización del verbo rector "abandonar", ello al argumentar que su prohijado el día 17 de febrero de 2016 recibió el turno como oficial de servicio del Batallón de ASPC. No. 22 desde las 07:00 hasta las 19:00 horas, y en tal sentido cumplió con su función sin novedad, hasta el momento (19:00 horas) en que entregó la responsabilidad del turno al oficial disponible, quien asumió el servicio mientras el procesado se dirigió a descansar hasta las 01:00 horas.

A este respecto huelga precisar que a efectos de realizar una correcta adecuación típica del delito de abandono del puesto, los ingredientes normativos y subjetivos a probar y tener en cuenta son: i) la existencia de un sujeto agente (ii) que se encuentre de facción o de servicio y (iii) que la conducta se concrete (para este caso específico) en el abandonar el puesto por cualquier tiempo, esto implica, que la ausencia puede ser material o funcional del espacio geográfico delimitado previamente por la orden del superior o de la función asignada¹⁹.

Constata la Corporación con las pruebas aportadas al paginario y a efectos del ejercicio de congruencia típica lo siguiente:

¹⁹ En tal sentido ver TSMP. Rad. 157872, 29 de mayo de 2014. MP. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.

- (i) En lo relativo a la calidad del sujeto como miembro activo del Ejército Nacional, se aportaron soportes documentales sobre la condición de servidor público del Sargento Segundo **ULISES REYES GARZÓN**²⁰, quien para la época de los hechos era orgánico del Batallón de A.S.P.C. No. 22 y laboraba en la sección de presupuesto²¹.
- (ii) Estando en dicha condición para el día 17 de febrero de 2016, le fue asignado con orden del día No. 032²² del Comando del Batallón de ASPC No. 22 "TC. BENEDICTO TRIANA", acantonado en San José del Guaviare, un servicio como oficial de servicio del régimen interno del Cantón Militar Sur Oriente.
- (iii) De acuerdo con la diligencia de indagatoria²³ se tiene conocimiento que el procesado asumió el servicio ordenado sin ningún contratiempo y a eso de las 19:00 entregó el turno y procedió a dirigirse fuera del cantón militar hacia su lugar de habitación ubicado en la Calle 18 # 19^a-52 Barrio Modelo en donde tenía la intención de bañarse, tomar un

²⁰ Obra a folio 5 del C.O.1, calidad militar signada por la oficina de Desarrollo Humano BASPC22.

²¹ Ver OAP. No 2025 del 17 de septiembre de 2014, obrante a folio 4 ibidem.

²² Cfr. Folios 6-7 del C.O.1

²³ Cfr. Folio 46 ibidem.

medicamento y regresar nuevamente al servicio.

- (iv) En lo referido a la consumación del verbo enrostrado, que trata del que "abandone el puesto por cualquier tiempo", se colige de la prueba testimonial²⁴ que, el implicado luego de asumir el turno el día 17 de febrero de 2016, de las 07:00 hasta las 19:00 horas²⁵, salió por la guardia de la Unidad sin autorización de sus superiores y se dirigió durante la hora de su descanso al lugar de su residencia en el centro de la citada Municipalidad.
- (v) Es durante dicho lapso de descanso (19:00 horas del 17 de febrero de 2016 a 01:00 horas del 18 siguiente) que se acusa por la primera instancia, el abandono funcional del puesto por parte del militar **REYES GARZÓN**. Cabe advertir que, si bien el acusado no se encontraba de facción para el momento que salió de la guarnición, sí estaba de servicio dada la designación legal que se le hiciera por 24 horas como oficial de servicio, y de conformidad con los reglamentos de Régimen Interno para las Unidades Tácticas.

²⁴ Ver testimonios de los señores MY. BLANDÓN CASAÑAS a folios 23-26, SS. MONTOYA CANO JHON a folios 30-32, SS. TORO DURAN WILMER GUILLERMO a folios 107-110 ibidem.

²⁵ En este sentido obra testimonio del TE. PANTOJA MELO JAIME ANDRÉS. Ver folios 27-29 del C.O.1

(vi) Este aspecto integrador del tipo de abandonar por cualquier tiempo, fue soportado con el testimonio del S.S. AMAYA VILLALOBOS²⁶, quien en su condición de comandante de guardia percibió que el enjuiciado efectivamente salió de la Unidad a las 19:00, sin permiso de sus superiores y sin sentar las respectivas anotaciones en el libro de minuta de guardia, debiendo permanecer dentro de las instalaciones del Cantón Militar por si era requerido.

(vii) Se compaginan además los anteriores medios de convicción con la información emanada del testimonio del señor MY. BLANDÓN CASAÑAS²⁷, pues dejar ver que el señor **SS. REYES GARZÓN** estando de servicio y plenamente disponible lo llamó el día de los hechos a eso de las 23:00 horas para informarle lo siguiente:

"que salió del cantón un momento hacia el pueblo al lugar donde tiene una habitación en arriendo, salió a ducharse para retornar al cantón y continuar con su servicio, me informa que cuando terminó de ducharse salió a comprar algo de comer a la tienda y subió un momento a hablar con una persona que vive en el segundo piso del lugar donde el (sic) vive, cuando retornó vio la habitación un poco en desorden y se dirigió a verificar la pistola de dotación que la había

²⁶ Cfr. Folio 53-56 del C.O.1

²⁷ Ver a folios 23-26 ibidem.

dejado debajo de la almohada y ya no se encontraba".

Una vez sopesa la Corporación los anteriores medios probatorios, advierte que la proposición del cargo atinente a la atipicidad del reato de abandono del puesto en primer lugar desconoce por completo la realidad probatoria y el alcance de los presupuestos que integran la realización del verbo de abandonar por cualquier tiempo la función para con el servicio.

Véase que el letrado basándose en una tesis a todas luces desprovista del respaldo doctrinal, jurisprudencial y probatorio exigido para realizar un ataque de este nivel contra la sentencia condenatoria, pretende desestructurar el juicio de tipicidad y por contera el de responsabilidad edificado de manera debida y argumentada por el Juzgador de primer grado en contra del **SS. ULISES REYES GARZÓN**.

Las razones que tiene este Fallador de Segunda Instancia para confirmar de manera íntegra los juicios de valor realizados por el Juez 10° de Instancia de Brigada y por consiguiente desestimar el *petitum*, se resumen en que la postura del apelante excluye por completo, que en el proceso de adecuación típica en grado de certeza frente al delito de abandono del puesto, debe tenerse en cuenta que este tipo de comportamientos se analiza a la luz de los presupuestos constitucionales, normativos y

reglamentarios, que regulan la función militar o policial asignada a los miembros de la Fuerza Pública.

Así lo ha definido la Corte Suprema de Justicia cuando ha sostenido:

"(...) pierde de vista la impugnante que el procesado había sido designado previamente y con las formalidades de ley para un turno de veinticuatro (24) horas, que implicaba como lo anota con acierto la Delegada "disponibilidad permanente y continua", por lo que el abandono de la función como tal, que no del puesto entendido en la estrecha acepción de espacio o lugar donde aquélla se cumple, estructuraba el tipo penal previsto en el artículo 111 de Código Penal Militar vigente para la fecha de los hechos, esto es, la conducta punible consagrada hoy en el artículo 124..."²⁸.

En tal sentido es que carece de relevancia argumentativa lo sostenido por el apelante, cuando asegura que su prohijado tenía derecho a descansar entre las 19:00 y la 01:00 horas; que los superiores no podían disponer de las actividades que el militar hiciera durante "su tiempo de ocio" y tampoco estaba obligado a dejar anotaciones en el libro de la guardia, pues tales aseveraciones riñen con la esencia del servicio para el cual fue nombrado el enjuiciado, en tanto que no se desconoce que al militar le era permitido tomar su descanso reglamentario, empero este no puede ser considerado como un tiempo de recreo o de

²⁸ CSJ. Radicado 12878, sentencia del 23 de mayo de 2001, MP. DR. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGU.

esparcimiento -según alega la defensa-, sino un momento destinado para recuperarse físicamente de las labores diarias, sin que ello implique que se rompa la disponibilidad permanente y continua que le asiste con el servicio, mientras está descansando, ya que precisamente por tal motivo se exige que deben pernoctar dentro de las instalaciones de la guarnición y de los sitios destinados para el personal de servicio.

En suma, de lo anterior se desprende la inadmisión de la tesis de atipicidad presentada por el defensor, ello por la llana razón que el impugnante no logró demostrar de qué manera falló el proceso de encuadramiento típico objetivo y subjetivo llevado a cabo por el juzgador en punto de la supuesta carencia de los elementos integradores del reato en estudio referidos a estar de servicio y abandonar el puesto.

La conclusión a la que fuerza arrimar de acuerdo con los medios de convicción anteriormente relacionados y valorados según su peso suasorio, es que el militar **ULISES REYES GARZÓN** estaba debidamente nombrado para cumplir una misión el día de marras, y habiendo asumido tal servicio ejecutó una de las hipótesis previstas dentro del artículo 105 de la Ley 1407 de 2010, relativa a abandonar el puesto por cualquier tiempo, siendo imperioso aclarar que la expresión "o" que integra el supuesto de hecho de la norma en comento, permite endilgar responsabilidad del abandono

del puesto tanto al que está de facción como al que está de servicio y en tales condiciones no resulta dable el alegato del defensor, respecto que su prohijado nunca incumplió la función porque durante el tiempo en que estuvo descansando fuera de las instalaciones de la Unidad, no fue requerido por ningún superior ni tampoco recibió ordenes relativas a su labor.

De acuerdo con lo anterior, vemos entonces que al haber circunscrito el apelante su tesis bajo el argumento, que su poderdante no abandonó físicamente el puesto porque durante el tiempo autorizado para su descanso era libre de realizar cualquier actividad particular que deseara, da al traste con la pretensión y por tal motivo debe ser desestimada.

Finiquítese frente al tópico que la separación del puesto no sólo se refuta física, sino funcional, v.gr como ocurrió en *el sub júdice*, cuando el acusado dado su grado de antigüedad y dada la carencia del personal de oficiales y sargentos primeros para la época de los hechos en la TOE del BASPC No. 22²⁹, fue encargado como oficial de servicio para que asumiera no solo física sino funcionalmente uno de los servicios de Régimen Interno de la Unidad, el cual abandonó de manera dolosa y sin que mediara justificación probada para dicho comportamiento, por tales razonamientos la

²⁹ En este sentido ver declaración del TC. DE FILIPPIS RODRIGUEZ HERNANDO a folio 257 del C.O.2

pretensión dirigida a obtener la atipicidad de la conducta será despachada desfavorablemente.

8.3.2 Del delito de peculado culposo.

Avizora el Colegiado, que el alegato presentado por el defensor frente a la estructuración de este punible, parte de aceptar como hechos ciertos que a su defendido estando de servicio el día de los hechos, se le extravió el arma de dotación que le había sido entregada para la prestación del turno como oficial de servicio y una vez ocurrió la novedad llamó de manera inmediata al MY. BLANDÓN CASAÑAS.

Delimita entonces la Corporación, que el único reparo planteado por el recurrente se dirige contra la incongruencia del tipo objetivo del delito culposo, en punto de la naturaleza del bien extraviado, pues discute que las armas destinadas para la Defensa del Estado y asignadas a las Fuerzas Militares o de Policía que se entregan al personal militar para la prestación del servicio público deben tener un historial, que permita establecer aspectos tales como:

"(...) cuál es su fabricante, como se comercializó esa arma, es decir, quien se la vendió al Ministerio de Defensa Nacional, cuando se adquirió el arma, a que fuerza se le asignó, (Fuerza Aérea, Armada, Ejército) y por supuesto al interior de cada Fuerza Militar se debe tener determinado a

que Unidad Operativa Mayor, Menor o Unidad Táctica se le asignó dicha arma"³⁰.

Respecto de los elementos que integran el supuesto de hecho en comento, de manera descriptiva, normativa y comportamental la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, ha señalado reiteradamente los elementos concurrentes exigidos para una correcta adecuación de este tipo penal, en el siguiente entendido:

"2. Tipo penal que exige la presencia de un sujeto activo cualificado comoquiera que tiene que ostentar la condición de empleado oficial (hoy servidor público); quien con su conducta ha de ocasionar el extravío, pérdida o daño de los bienes que están bajo su administración, tenencia o custodia por razón (o con ocasión) de sus funciones; resultado que debe surgir como la consecuencia de un actuar culposo o imprudente, y mediar relación de determinación o causalidad entre la conducta imprudente y el extravío, pérdida o daño de los bienes"³¹.

De acuerdo con tales premisas se advierte en el paginario que de manera correcta el Juez A quo, elaboró un juicioso análisis típico del comportamiento realizado por el suboficial **REYES GARZÓN**, puesto que demostró fehacientemente con material probatorio no solo su condición como servidor público, sino que para el día del suceso estando de servicio le fue hurtado

³⁰ Cfr. Folio 698 del C.O.4

³¹ Radicado 19746 del 19 de enero de 2006, Magistrado Ponente EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

del lugar de residencia el arma de fuego tipo pistola Pietro Beretta No, BER No, 538505, calibre 9mm, que le fue asignada para la prestación del cargo como oficial de servicio.

Ahora bien, en lo relacionado con el alegato presentado por la defensa que se carece de elemento de juicio para demostrar que el arma extraviada es un bien público, huelga contextualizar que el juzgador exhibió con medios documentales, que el arma objeto de pérdida tenía la calidad de bien fiscal, porque con oficio No. 0698 de fecha 16 de marzo de 2018, emitido por el comando del BASPC No. 22, se certificó que el valor de la pistola Pietro Beretta BER538505, de conformidad con el sistema SAP, a la fecha del 17 de febrero de 2016, ascendía a la suma de \$ 787.321.48 pesos, y se trataba de un activo fijo de la unidad táctica en cita.

No obstante, en criterio del recurrente, estos documentos no tendrían la validez para establecer que el arma extraviada pertenecía al Estado y por esta razón se ocasionó una afectación a la administración pública. En este estado del presente libelo, considera la Sala que le asiste razón al Ministerio Público ante esta Instancia, pues la pretensión de la apelante en primer lugar inobserva los postulados de libertad probatoria señalado en el artículo 402 de la Ley 522 de 1999, y en segundo lugar pretende establecer una tarifa legal de prueba cuando los

medios documentales aportados resultan idóneos y legítimos para demostrar el elemento constitutivo del punible.

Huelga avalar lo sustentado por el juzgador en la sentencia respecto que el registro en el sistema SAP, de la dirección de armamento del Ejército Nacional, es un medio de prueba apto para establecer que el arma de fuego extraviada tiene la categoría de bien del estado y su tenencia o custodia le fue asignada al acusado por razón o con ocasión de sus funciones, para el 17 de febrero de 2016 cuando cumpliendo el cargo como oficial de servicio del BASPC No, 22 de manera culposa dio lugar a su pérdida.

8.4 Al constatarse por la Corporación de acuerdo con lo visto, que la providencia apelada conforme lo enseña el ordenamiento interno castrense en el canon 395 de la Ley 522 de 1999, se funda *"en pruebas legalmente producidas, allegadas o aportadas al proceso"*, y bajo su égida se alcanzó el grado de conocimiento exigido para emitir un juicio de reproche en contra del **SS. ULISES REYES GARZÓN** y adicionalmente este se ajusta a los presupuestos de estricta tipicidad y legalidad, no quedando opción diversa para el Colegiado que proceder a impartirle confirmación de manera integral.

Sea procedente aclarar que contra la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación

discrecional³², con miras a obtener de la Corte Suprema de Justicia su pronunciamiento respecto de temas jurídicos concretos, bien para unificar posturas conceptuales, actualizar la doctrina o para abordar un tópico aún no desarrollado, ora para asegurar la garantía de derechos fundamentales³³; recurso que de interponerse se guiará por el procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Penal de 2000 -Ley 600 de ese año-, de conformidad con lo ordenado por el máximo órgano de cierre en lo penal³⁴.

En mérito de lo expuesto, la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley

IX. RESUELVE:

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de apelación presentado por el abogado JORGE ENRIQUE LIZARAZO OVIEDO, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria datada 12 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado 10 de Instancia de Brigada en Yopal (Casanare), mediante la

³² En tanto el delito por el cual se condena al procesado no conlleva una pena cuyo máximo excede 8 años de pena privativa de la libertad.

³³ Artículo 205 de la Ley 600 de 2000, en concordancia con el artículo 368 de la Ley 522 de 1999.

³⁴ Cfr. con los radicados: 27965 (05-12-07), 25471(22-05-08), 28937 (11-11-09), 30592 (05-10-11), Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

cual se condenó al **SS. ULISES REYES GARZÓN** como autor responsable del concurso de delitos de abandono del puesto y peculado culposo, condenándole a la pena principal de treinta y cinco (35) meses de prisión, sin concesión del subrogado de la ejecución condicional.

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, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

Coronel **GUSTAVO ALBERTO SUÁREZ DÁVILA**
Magistrado Ponente

Coronel **SANDRA PATRICIA BOTÍA RAMOS**
Magistrada

Coronel (RA) **PAOLA LILIANA ZULUAGA SUÁREZ**
Magistrada

Abogado **ÁLVARO IVÁN QUINTERO GAYÓN**
Secretario