

# Revista Judicial Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar

Edición No. 001 Noviembre 2012

Compilación jurisprudencia [Incluye CD con sentencias]



"Todo abogado vive en su patrocinio ciertos momentos durante los cuales, olvidando las sutilezas de los Códigos, los artificios de la elocuencia, la sagacidad del debate, no siente ya la toga que lleva puesta ni ve que los jueces están envueltos en sus pliegues; y se dirige a ellos mirándoles de igual a igual, con las palabras sencillas con que la conciencia del hombre se dirige fraternalmente a la conciencia de su semejante para convencerlo de la verdad. En estos momentos la palabra "justicia" vuelve a ser fresca y nueva como si se pronunciase entonces por primera vez; y quien la pronuncia siente en la voz un temblor discreto y suplicante como el que se siente en las palabras del creyente que reza. Bastan estos momentos de humilde y solemne sinceridad humana para limpiar a la abogacía de todas sus miserias".

Piero Calamandrei

"Todo abogado vive en su patrocinio ciertos momentos durante los cuales, olvidando las sutilezas de los Códigos, los artificios de la elocuencia, la sagacidad del debate, no siente ya la toga que lleva puesta ni ve que los jueces están envueltos en sus pliegues; y se dirige a ellos mirándoles de igual a igual, con las palabras sencillas con que la conciencia del hombre se dirige fraternalmente a la conciencia de su semejante para convencerlo de la verdad. En estos momentos la palabra "justicia" vuelve a ser fresca y nueva como si se pronunciase entonces por primera vez; y quien la pronuncia siente en la voz un temblor discreto y suplicante como el que se siente en las palabras del creyente que reza. Bastan estos momentos de humilde y solemne sinceridad humana para limpiar a la abogacía de todas sus miserias".

Piero Calamandrei

Revista **Judicial**

**Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar**

TC. Rubén Orlando Vargas  
Coordinador Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar  
– Fiscal 2° Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar

CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo  
Fiscal 1° Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar

DR. Neil Oswaldo Rodríguez Morales  
Fiscal 3° Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar

DRA. Clara Cecilia Mosquera Paz  
Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar

Jennyfer Molina Sánchez  
Dirección de Arte

Imprenta Nacional de Colombia  
Diseño e Impresión

## Fiscales Penales Militares ante el Tribunal Superior Militar



### **TC. Rubén Orlando Vargas**

Coordinador Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar – Fiscal Segundo Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar

Abogado egresado de la Universidad Libre de Bogotá, con Diplomado en Gerencia para la Investigación Criminal de la Escuela Militar de Cadetes, Especialista en Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, en Derecho Procesal Penal Constitucional y Justicia Militar de la Universidad Militar Nueva Granada, en Derecho Procesal Penal, Dere-

chos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Externado de Colombia, y Magister en Derecho Penal de la Universidad Libre de Bogotá. En la Jurisdicción Castrense ha ocupado los cargos de Juez 124 de Instrucción Penal Militar, Juez Primero de Instrucción Penal Militar, Auditor Auxiliar 14 de Guerra, Fiscal 22 Penal Militar de Brigada, Fiscal 11 Penal Militar de Brigada, y actualmente se desempeña como Fiscal Segundo y Coordinador de Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar.

Ha sido profesor de Derecho Procesal Penal y Conferencista invitado en varias universidades del país, así mismo, autor de varios artículos en revistas especializadas de Justicia Penal Militar.



### **CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo**

Fiscal Primera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar

Abogada de la Universidad Santo Tomás de Aquino, con un curso en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Escuela de las Américas de Fortbenning Estados Unidos, especialista en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas y Magister en Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia.

Se ha desempeñado como asesora jurídica, Juez de Instrucción Penal Militar en las bases de la Fuerza Aérea en Melgar, Madrid y CATAM, Fiscal Penal Militar en CATAM y Tres Esquinas, Caquetá. Actualmente ocupa el cargo de Fiscal Primera ante el Tribunal Superior Militar.

**DR. Neil Oswaldo Rodríguez Morales**

Fiscal Tercero Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar

Abogado egresado de la Universidad Militar Nueva Granada, Especializado en Ciencias Penales y Criminológicas en la Universidad Externado de Colombia, Especializado en Derecho Procesal Penal en la Universidad Externado de Colombia y Diplomado en Gerencia para la Investigación Criminal en la Escuela Militar de Cadetes. En la Jurisdicción Penal

Militar ha ocupado los cargos de Auditor de Guerra, Juez de Instrucción Penal Militar en el Departamento de Policía Valle y en la Dirección General de la Policía Nacional y Fiscal 145 Penal Militar de la Inspección General de la Policía Nacional, actualmente se desempeña como Fiscal 3° Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar.

Ha ejercido la Docencia en Derecho en el área Penal y Procesal Penal y ha sido Conferencista invitado en varios escenarios académicos del país y autor de algunos artículos en editoriales especializadas, además, designado como miembro de las comisiones creadas para la reforma del Código Penal Militar e implementación del Sistema Penal Oral Acusatorio en la Jurisdicción Castrense.



## Editorial

En nuestra condición de Fiscales ante la Segunda Instancia, y con el decidido apoyo de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, es para nosotros un verdadero orgullo y una satisfacción, presentar el primer volumen de la **“Revista Judicial de las Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar”**, con la que iniciamos a difundir ante toda la jurisdicción, y principalmente ante nuestros homólogos de la primera instancia, los autos interlocutorios sobre diferentes tópicos y las providencias calificatorias que hemos adoptado en éste y en los años anteriores, esperando que contribuyan eficazmente para hacer claridad en muchos temas de interés propio de la especialidad.

Consideramos de igual manera, que éste primer ejemplar se convierte en una oportunidad de oro para lograr dichos cometidos, y sabemos que con el apoyo de la Dirección Ejecutiva seguiremos publicando año tras año ésta revista, que no sólo reviste cardinal importancia para quienes integramos ésta especial jurisdicción, sino para la comunidad jurídica en general, integrada por los representantes del Ministerio Público, defensores, apoderados de la parte civil, estudiantes, profesores, y en general para todos los cultores del derecho, pues solo a través de éste tipo de publicaciones, se irán decantando las diversas temáticas que a diario debemos absolver en cumplimiento de nuestras funciones legales consagradas en el Artículo 261 de la Ley 522 de 1999.

Y es precisamente en el marco de esas funciones legales a las que se acaba de hacer referencia, que gravitan las decisiones que presentamos a consideración de la opinión pública en general, y que estimamos de particular importancia en la medida en que cuando un Fiscal Penal Militar decide entrar a calificar el mérito del sumario, es porque cuenta con la prueba necesaria para hacerlo, o se encuentran vencidos los términos de instrucción, de manera que si esa decisión es la de emitir una Resolución de Acusación, y dicha determinación adquiere ejecutoria al ser confirmada por la segunda instancia ante la eventualidad de un Recurso de Apelación, con dicha determinación se pone fin a la fase de instrucción y se inicia la fase de juzgamiento durante la cual

acusación se convierte en ley del proceso en el sistema procedimental que aún seguimos aplicando, y en esa medida adquiere carácter vinculante, señala los límites de la competencia, fija los marcos fáctico y jurídico en que se ha desarrollar el juicio, y además de ello, marca el derrotero de la decisión con la que se ponga fin al debate, ya sea absolviendo al procesado o profiriendo en su contra una sentencia condenatoria.

Así las cosas, y atendiendo a la innegable importancia de ese tipo de decisiones, hemos hecho para éste primer número de nuestra revista, una cuidadosa selección de aquellas que estimamos de mayor impacto y trascendencia en el marco de las funciones que el legislador nos ha diferido, y a partir de ello, confiamos en que la comunidad a la que va dirigida ésta primera publicación, sabrá apreciar nuestro esfuerzo y seguramente servirá para afianzar algunos conceptos entre los operadores judiciales y entre los diferentes sujetos procesales, esperando por ello contar a futuro con sus comentarios y sugerencias que nos permitan mejorar los venideros ejemplares, en procura de quienes tengan acceso a los mismos, puedan efectuar una consulta ágil, oportuna y actualizada, que siempre estará acompañada del respectivo CD contentivo de las decisiones completas, cuyos extractos aparecerán en cada número.

Sólo nos resta agradecer a quien hoy se encuentra al frente de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, esto es, a la Dra. CLARA CECILIA MOSQUERA PAZ, por su apoyo irrestricto para que éste primer número de la revista sea una realidad, y porque ha sido la primera persona que ocupa ese honroso cargo, que ha entendido que éstos despachos de segunda instancia también producen día a día, importantes y trascendentes decisiones que impactan en nuestra Jurisdicción, y que por ello deben ser conocidas entre toda la comunidad académica y judicial para propender entre todos por una pronta y cumplida justicia, y por brindar seguridad jurídica a quienes sean vinculados a una investigación penal, por la presunta comisión de aquellas conductas que deben ser analizadas a la luz de los postulados que activan el Fuero Penal Militar.

# Índice Providencias Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar

## **Abandono del puesto**

Error indirecto de prohibición invencible. No atipicidad, no estado de necesidad.

Rad. 14113 del 30 de agosto de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 19

## **Actos relacionados con el servicio**

Hacen parte de ellos las funciones que cumplen los jefes de personal de las unidades militares.

Rad. 8371, 14 de diciembre de 2010.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar ..... 21

## **Apelación auto de cierre de investigación**

No procede la revocatoria directa del cierre de investigación ante la ausencia de pruebas, sino la nulidad.

Rad. 13792, 08 de noviembre de 2010.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar ..... 21

## **Apelante único**

Es posible en el trámite del recurso de apelación, agravar la modalidad de Imputación no obstante ser apelante único.

Rad. 14291, 24 de octubre de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 22

## **Ataque al inferior**

Las vías de hecho no son razón válida, para mantener la disciplina.

Rad. 14248, 24 de agosto de 2012.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar ..... 24

## **Ataque al inferior**

Principio de la *no reformatio in pejus* no es absoluto cuando de trata de apelante único. Exigencia de la congruencia se predica es entre la resolución de acusación y la sentencia.

Rad. 13871 del 17 de abril de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 25

### **Cierre de investigación**

En la Justicia Penal Militar sí es posible decretar cierres parciales. El despacho se allana a la tesis que en tal sentido planteara el Tribunal Superior Militar.  
 Rad. 14059, 31 de agosto de 2011.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 26

### **Coautoría en delitos culposos**

Se admite la participación plural de personas en un Homicidio Culposo.  
 Rad. 14197, 27 de julio de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 29

### **Colisión de competencia**

No admite recurso de apelación.  
 Rad. 13072, 14 de julio de 2010.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar ..... 33

### **Colisión de competencia**

Negativa entre fiscalías actuantes ante los juzgados de la Inspección General de la Policía Nacional y departamentos y metropolitanas de policía.  
 Rad. 14215 del 24 de enero de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 34

### **Colisión de competencias**

Los conflictos de competencia jurisdiccional que se susciten en el desarrollo de un proceso penal, no son susceptibles de dirimirse a través del recurso de apelación.  
 Rad. 14195, 07 de diciembre de 2011.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 35

### **Colisión de competencias**

Se dirime asignando la competencia a una tercera Fiscalía Penal Militar, aunque no haya participado en el procedimiento de colisión en aplicación de la denominada Competencia Residual.  
 Rad. 14290, 03 de septiembre de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 36

### **Colisión negativa de competencias**

Conflicto de competencias entre dos fiscalías actuantes ante Juzgado de brigada.  
 Rad. 11087 del 26 de noviembre de 2007.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 39

## **Concurrencia de conductas**

La responsabilidad recae sobre quien hace el aporte definitivo.

Rad. 14177, 15 de mayo de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 39

## **Concusión**

La derivada por razón del cargo es competencia de la jurisdicción ordinaria.

Rad. 13408 del 16 de marzo de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 40

## **Concusión y encubrimiento**

Coautoría impropia.

Rad. 12865 del 30 de marzo de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 42

## **Consulta**

Su no procedencia en la Ley 1407 de 2010. Principio de Favorabilidad. El tema y lo consagrado en la sentencia 34872 de 2010 se constituye en un verdadero precedente jurisprudencial.

Rad. 13925 del 24 de noviembre de 2010.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 43

## **Contrato sin cumplimiento de requisitos legales**

Violar principio de selección objetiva lo configura.

Rad. 12992 (1115) del 28 de septiembre de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 43

## **Contrato sin cumplimiento de requisitos legales**

Gastos reservados no sometidos para la época a procedimientos de la Ley 80 de 1993.

Rad. 13394 del 12 de agosto de 2011.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 44

## **Delito provocado**

Su estructuración genera jurídicamente una situación de inidoneidad de la conducta debido a que no hay injusto típico por la total ausencia de antijuridicidad material.

Rad. 14163, 09 de febrero de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 44

## **Destrucción, supresión u ocultamiento de documento público y prevaricato por omisión**

No hay lugar a decretar la nulidad por la no imputación jurídica y no resolver situación jurídica por uno de los delitos.

Rad. 13640 del 27 de julio de 2011.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 45

### **Error de hecho por falso juicio de raciocinio**

En qué eventos se estructura frente al análisis de las pruebas que obran en el plenario.

Rad. 14135, 17 de septiembre de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 46

### **Error de prohibición invencible**

El error sobre la existencia de condiciones para la defensa no es una legítima defensa, pero quien en tales condiciones actúa lo hace sin tener conciencia de la ilicitud de su comportamiento.

Rad. 14112, 20 de enero de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 47

### **Error de tipo y error de prohibición**

En qué consiste cada uno de ellos y cuáles son sus diferencias.

Rad. 14137, 20 de octubre de 2011.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 48

### **Falsedad ideológica en documento público**

Se declara desierto recurso de hecho, se ordena conocer recurso de reposición presentado dentro del término de ejecutoria y enviado por mensajería no encontrándose extemporáneo.

Rad. 13690, 16 de mayo de 2011.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar ..... 54

### **Falsedad ideológica en documento público y violación de habitación ajena**

No flagrancia. Valor de los informes de policía y valoración de testimonios contradictorios.

Rad. 13040 del 4 de mayo de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 55

### **Favorecimiento de la fuga. Atipicidad de la conducta**

Rad. 13533 del 31 de octubre de 2011.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 56

### **Favorecimiento de la fuga modalidad culposa**

Se hace la imputación de esta conducta al procesado, no por vía de la mera causalidad que ahora se considera como presupuesto mínimo de imputación, sino por vía de imputación objetiva.

Rad. 14194, 10 de agosto de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 57

## **Homicidio**

Se declara desierto recurso por falta de motivación.

Rad. 12402, 30 de septiembre de 2011.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 59

## **Homicidio**

Se envía proceso Justicia Ordinaria, por cuanto existen dudas respecto de la competencia, de conformidad con pruebas técnicas.

Rad. 13237, 20 de febrero de 2012.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 61

## **Homicidio**

El Despacho se abstiene de conocer el recurso de apelación por ser presentado extemporáneamente.

Rad. 14124, 30 de noviembre de 2011.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 62

## **Homicidio**

Coautoría aditiva en los delitos imprudentes.

Rad. 9051 del 29 de agosto de 2008.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 63

## **Homicidio**

Delitos de omisión impropia.

Rad. 10416 del 31 de marzo de 2008.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 64

## **Homicidio**

Error indirecto de prohibición vencible. Punibilidad por vía del delito imprudente.

Rad. 13601 del 28 de septiembre de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 65

## **Homicidio**

Nulidad por falta de investigación integral.

Rad. 8491 del 23 de mayo de 2008.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 66

## **Homicidio culposo**

El técnico antiexplosivos no violó el deber objetivo de cuidado al remover una granada.

Rad. 13997 del 28 de septiembre de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 66

### **Homicidio culposo por comisión por omisión**

Posición de Garante de la Policía, que surge de la denominada competencia Institucional.

Rad. 13767, 30 de mayo de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 67

### **Homicidio culposo y desobediencia**

Ruptura de la unidad procesal.

Rad. 13298 del 14 de diciembre de 2009.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 69

### **Homicidio defensa putativa**

Error de prohibición indirecto.

Rad. 14082, 26 de junio de 2012.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar ..... 69

### **Homicidio y lesiones personales**

Competencia de la Justicia Penal Militar. Vinculados actuaron dentro del marco del DIH.

Rad. 12791 del 16 de septiembre de 2011.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 71

### **Homicidio y lesiones personales**

Improcedencia de la apelación por ausencia de interés jurídico para recurrir.

Rad. 13681 del 1º de febrero de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 72

### **Impedimento**

La compulsa de copias no se puede asimilar a una denuncia o querrela, por cuanto realizó una labor propia dentro de la órbita de sus funciones judiciales.

Rad. 14289, 12 de septiembre de 2012.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar ..... 73

### **Impedimento**

Se acepta impedimento Causal 7ª Artículo 277 de la Ley 522 de 1999, por haber actuado el Fiscal como Juez de Instancia y Presidente de Corte Marcial dentro del mismo proceso.

Rad. 14298, 17 de octubre de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 75

### **Insuperable coacción ajena**

Se niega existencia de esta causal de inculpabilidad en un proceso por lesiones personales dolosas. Análisis dogmático de los presupuestos de la eximente.

Rad. 14110, 18 de mayo de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 76

### **Investigación integral**

No resulta congruente disponer el cierre de la investigación, para luego en el calificadorio hacer referencia a una serie de dudas que han podido esclarecerse con el concurso del Juez Instructor.

Rad. 14278, 26 de septiembre de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 78

### **Legítima defensa de un tercero**

Estudio dogmático de la figura y sus similitudes con la legítima defensa propia.

Rad. 13490, 25 de julio de 2011.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 79

### **Lesiones personales**

Se revoca Cesación de Procedimiento, se profiere Resolución de Acusación, por Violación Reglamentos Internos de la Policía Nacional y normas de tránsito.

Rad. 13179, 20 de marzo de 2012.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 80

### **Lesiones personales**

Cambio de calificación de culposas a dolosas.

Rad. 13549, 30 de septiembre de 2011.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 81

### **Lesiones personales**

Agravación de lesiones culposas a dolosas a pesar de ser apelante único.

Rad. 13618, 27 de julio de 2011.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 81

### **Lesiones personales**

Cesación de Procedimiento, por culpa exclusiva de la víctima.

Rad. 14077, 14 de agosto de 2012.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 84

### **Lesiones personales**

Victimodogmática.

Rad. 10073 del 3 de febrero de 2011.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 85

### **Lesiones personales**

Coautoría Aditiva.

Rad. 13252 del 19 de octubre de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES Fiscal Tercero Penal Militar ..... 86

### **Lesiones personales**

Intangibilidad de la cesación de procedimiento no apelada en los casos de coautoría.

Rad. 13035 del 30 de abril de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 86

### **Lesiones personales dolosas en concurso heterogéneo sucesivo con el de privación ilegal de libertad**

Calificación provisional del juez de instrucción no ata el acto de calificación del fiscal.

Rad. 11024 del 17 diciembre de 2010.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 87

### **Lesiones personales dolosas**

Coautoría aditiva.

Rad. 14034, 26 de julio de 2012.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar ..... 87

### **Libertad probatoria**

La embriaguez también es posible demostrarla con prueba de carácter testimonial en virtud de este principio.

Rad. 14283, 28 de septiembre de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 89

### **Nulidad**

Se decreta nulidad resolución que dispone Cesación de procedimiento-Falta de motivación e incumplimiento requisitos formales y sustanciales de la decisión.

Rad. 14249 del 16 de octubre de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 93

### **Nulidad a partir auto de cierre de investigación**

Se declara nulidad, por ausencia de una investigación integral.

Rad. 14207, 30 de agosto de 2012

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar ..... 93

### **Peculado culposo**

El deber objetivo de cuidado frente a la no lesividad del bien jurídico.

Rad. 11192, 13 de agosto de 2010.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 94

### **Peculado culposo**

Pérdida del arma en el alojamiento mientras se descansa ante la inexistencia de armerillo, no viola del deber objetivo de cuidado.

Rad. 11904, 28 de marzo de 2011.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 95

### **Peculado culposo**

No procede la fuerza mayor o caso fortuito cuando se ha demostrado la vulneración al deber objetivo de cuidado.

Rad. 13192, 19 de agosto de 2011.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 96

### **Peculado culposo**

Se cesa procedimiento por intervención de un tercero en el hurto del arma produciéndose un caso fortuito.

Rad. 14218, 31 de agosto de 2012.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 97

### **Peculado culposo**

Infracción al deber objetivo de cuidado por el quebrantamiento de las disposiciones reglamentarias que en materia de seguridad debían acatar los integrantes de la Estación.

Rad. 13626, 29 de julio de 2011.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 98

### **Peculado por apropiación**

La ruptura de la unidad procesal, cuando sea calificado con cesación y resolución de acusación, en esta última se puede decretar una nulidad parcial por cuanto la cesación hace tránsito a cosa juzgada.

Rad. 14103, 18 de mayo de 2011.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 102

### **Peculado por apropiación**

Delito continuado. No prescrito.

Rad. 2128 del 23 de febrero de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 103

### **Peculado por apropiación**

Principio de limitación funcional frente al recurso de apelación. Interviniente.

Rad. 11064 del 11 de marzo de 2011.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 104

### **Peculado por uso**

NO LESIVIDAD. No se demostró el daño al bien jurídico, por cuanto el propósito que se tenía era en beneficio de la propia administración.

Rad. 14006, 30 de junio de 2011.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar ..... 104

### **Prescripción en el delito de lesiones personales dolosas**

Opera el aumento previsto en el Código Penal Ordinario para los servidores públicos.

Rad. 14144, 15 de marzo de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 105

### **Principio de non bis in idem**

Adelantar una investigación en la Justicia Castrense sobre unos mismos hechos de los que había conocido la Justicia ordinaria y frente a los cuales hubo acuerdo conciliatorio entre las partes, vulnera este principio.

Rad. 14174, 30 de abril de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 106

### **Privación ilegal de libertad**

Error indirecto de prohibición frente al concepto de la detención preventiva administrativa.

Rad. 14206 del 30 de noviembre de 2011.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 107

### **Privación ilegal de libertad**

Conducta atípica. No dolo. Ausencia de antijuridicidad material.

Rad. 12440 del 14 de abril de 2011.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORARES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 108

### **Proceso penal militar**

Principio de Gradualidad. Grados de convicción en el análisis probatorio son diferentes en las distintas etapas del proceso penal.

Rad. 14133, 30 de abril de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 109

### **Prolongación ilícita de privación de la libertad**

No existe prolongación ilícita de la libertad por parte de funcionaria judicial, cuando no se demostró que procesados hayan estado bajo proceso judicial.

Rad. 13214, 11 de febrero de 2011.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 111

### **Prolongación ilícita de privación de la libertad y privación ilegal de libertad**

Existió flagrancia.

Rad. 13745 del 31 de julio de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 112

### **Pruebas en la etapa de investigación**

Ausencia del auto en el que se decreta la práctica de pruebas testimoniales y la ausencia de la defensa en la práctica de las mismas no las invalida.

Rad. 14154, 31 de mayo de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 113

### **Recurso de apelación**

No cumple el requisito de la sustentación quien simplemente se remite a lo expresado en sus alegaciones previas a la calificación y por ello se declara desierto el recurso.

Rad. 14198, 20 de marzo de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 115

### **Recurso de apelación**

No son admisibles como sustentación del recurso de Apelación, las simples discrepancias entre el A quo y el apoderado de la defensa.

Rad. 14214, 21 de septiembre de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 117

### **Recurso de apelación**

Se hacen extensivos los efectos favorables de la decisión de segunda instancia a los no recurrentes.

Rad. 14241, 31 de julio de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 117

### **Recurso de apelación**

Resulta improcedente contra Resolución de Acusación proferida por los delitos que se juzgan por el procedimiento especial consagrado en la Ley 1058 de 2006.

Rad. 14267, 18 de julio de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 120

**Testimonio único**

Testimonio único válido en cabeza del mismo sujeto pasivo de la acción.

Rad. 11768, 15 de diciembre de 2010.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar ..... 121

## Extractos Providencias Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar

### Abandono del puesto

Error indirecto de prohibición invencible. No atipicidad, no estado de necesidad.

“...empece a ello forzoso emerge enfatizar sobre los descritos móviles que condujeron al institucional a determinar su decisión de separarse momentáneamente de sus obligaciones en la unidad militar, pues de ello se bifurca la hermenéutica a ofrecer para establecer que en realidad los motivos que lo condujeron a comportarse de esa forma se guiaban para él bajo un ámbito de protección del bienestar de su familia, lo que hizo que en su síquis considerara un inminente estado de necesidad el que este afrontaba, que no estimó matizar de otra manera sino procurando su evasión para socorrerla, lo que en sentir del Despacho sería edificante no de la causal justificante, empero sí de un error indirecto de prohibición,...” (**Rad. 14113 del 30 de agosto de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar**).

### Actos relacionados con el servicio

Hacen parte de ellos las funciones que cumplen los jefes de personal de las unidades militares.

“Sería del caso, que este Despacho se ocupara de resolver la apelación de la providencia del 28 de Diciembre de 2010, a no ser porque mediante petición calendada 29 de julio de 2010 de la Fiscalía General de la Nación Fiscalía Segunda de la Unidad de Administración Pública, propone la colisión positiva de competencia, de conformidad a los argumentos expuestos en su memorial.

Del estudio de las pruebas allegadas a la investigación, este Despacho considera que la competencia está radicada en la Justicia Penal Militar, porque no solamente se considera que el sujeto activo sea miembro activo de las Fuerzas Militares, sino como se ha dicho en diversas oportunidades la Honorable Corte Suprema de Justicia **respecto a la circunstancia foral que se desprende del artículo 221 de la Constitución Política, para efectos del juzgamiento castrense de los miembros de la Fuerza Pública que un delito**

**tiene relación con el servicio siempre y cuando su ejecución se desarrolle dentro de las tareas propias de las labores que cumplen.**

Al detenerse en el acervo probatorio allegado a la investigación podemos observar que el suboficial aquí cuestionado es miembro activo de la Fuerza Pública, y que dentro de sus funciones tal como aparece a folio 68 en el numeral cuarto, así como en el manual específico de funciones y requisitos numeral segundo respectivamente, **corresponde al jefe de personal atender y tramitar lo referente con los haberes del personal.**

Esta es una función específica, el trámite de los haberes cualquiera que ellos sean de conformidad con las novedades administrativas que se presente, para el caso que aquí nos ocupa se dice que es competencia de la Justicia Penal Militar por cuanto de la función se derivaron unos hechos que al parecer dieron lugar a que se presentara la concusión, el código es claro que respecto a este punible se puede presentar en cuanto al cargo como de la función que desempeñe.

**En este caso específico fue respecto de la función** que emana de los documentos que avalan la misión del militar como jefe de personal. No se puede hablar aquí de que las circunstancias que incidieron en el delito fueron ab initio, que indica que se tiene desde un comienzo la intención de cometer el ilícito, caso en el cual no sería de competencia de la justicia militar, y sí de la ordinaria.

Pero las circunstancias fácticas de que aquí hablamos, se enmarcaron en desarrollo de la función que el suboficial cumplía, luego por esa razón considera este despacho que no es de conocimiento de la Justicia Ordinaria, sino de la Penal Militar, muestra de ello son las probanzas de tipo testimonial como la declaración a folio 90 de Martha Stella Hernández Correa, y las demás de tipo documental como son los emanados del Departamento de Personal.

Respecto a la colisión de competencia, La sentencia Hito que marcó unas pautas para discernir cuándo es o no competencia de la Justicia Penal Militar, es la sentencia **C-358/97 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz...**

(...)

Atendiendo las directrices de nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, este Despacho se abstendrá de conocer del recurso de apelación, hasta tanto no se resuelva por el Consejo Superior de la Judicatura a quién corresponde dirimir la competencia, por ello se propone desde ya la colisión positiva.

Si bien el fuero es una situación particular dada a los miembros de la Fuerza Pública, la misma debe obedecer a los principios orientadores de justicia al momento de tomar una decisión dentro de la jurisdicción castrense, como en derecho corresponda donde se dé aplicación a la verdad, justicia y reparación.

Este Despacho no acepta la colisión de competencia propuesta por la Fiscalía Segunda de la Unidad de Administración Pública por las consideraciones anotadas anteriormente, por ello dará aplicabilidad al artículo 256-6 de la Constitución según el cual le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura "...Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones". Norma a su vez desarrollada por el artículo 112-2 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia<sup>1</sup>, que faculta a la Sala Disciplinaria de esa Corporación, para dirimir tales conflictos". **(Rad. 8371, 14 de diciembre de 2.010, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).**

### **Apelación auto de cierre de investigación**

No procede la revocatoria directa del cierre de investigación ante la ausencia de pruebas, sino la nulidad.

El epicentro del recurso de apelación se centra específicamente, en que no se puede decretar la revocatoria directa de una decisión para este caso concreto respecto del CIERRE DE INVESTIGACIÓN, por cuanto para ello opera es la Figura de la Nulidad.

Desde ya se avizora que este Despacho acatará los planteamientos esbozados por el distinguido defensor, pues de sus argumentos claros mediante su escrito se evidencia, que efectivamente para el caso que nos corresponde resolver **la figura de la REVOCATORIA DIRECTA** no era el

1 Ley 279 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia.

camino legal al cual debió acudir la Fiscalía A quo con el fin de subsanar su desfase al encontrar que se debían practicar otras pruebas, la viabilidad jurídica que tenía la fiscal, era haber decretado la nulidad de su propio auto y ordenar la práctica correspondiente de pruebas al respectivo juez de instrucción.

Circunstancia esta que no se hizo, **sino que ya ejecutoriado el auto** que decretó el cierre a posteriori es que da lugar a la revocatoria, figura que como se señaló anteriormente no procedía”. (Rad. 13792, 08 de noviembre de 2.010, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).

### **Apelante único**

Es posible en el trámite del recurso de Apelación, agravar la modalidad de Imputación no obstante ser apelante único.

“...Así las cosas, no entiende este Despacho las razones por las cuales el A quo, desconociendo la existencia de esta causal de agravación, le formula cargos por hurto simple a la encartada, y ante esa circunstancia no nos queda otro camino diferente **al de modificar la calificación materia de nuestro examen, para imputarle a la procesada el delito de Hurto agravado**, a pesar de que la causal que se viene estudiando no le fuera deducida o imputada en dicho pliego de cargos, posibilidad que tiene la segunda instancia de acuerdo con lo dicho por nuestra Corte Suprema de Justicia, a pesar de que la acusada sea apelante única. Veamos lo que a ese respecto ha dicho la citada Corporación, en reciente variación jurisprudencial:

“... Resulta incuestionable, que en el momento procesal en que la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior Militar, como funcionario judicial de segunda instancia, conoció con ocasión del recurso de apelación y modificó la calificación jurídica adecuada en la providencia acusatoria, para ahora formular una imputación por el delito de lesiones personales bajo la forma de culpabilidad dolosa que no había sido imputada en el pliego de cargos, obró, conforme a los límites que le ciñen su competencia funcional, comoquiera que, el tema de la modalidad de culpabilidad como nexo psicológico resulta inescindiblemente vinculado a los temas de

apelación que se contenían en el libelo de impugnación (la investigación integral; la valoración probatoria; y la responsabilidad), específicamente, la responsabilidad penal, al cual le son inherentes el dolo, la culpa y la preterintención como formas de culpabilidad.

Es claro para la Sala, que al acatar la resolución de acusación de primera instancia, el recurrente cimentó la controversia en el universo conceptual materia de esta providencia y otorgó así, libertad al superior, para que se pronunciara sobre todos los temas objeto de debate.

Con esto, el fiscal de segunda instancia tenía facultad para actuar como lo hizo, podía reformar la modalidad de culpabilidad del delito de lesiones personales de culposas a dolosas, aunque el defensor fuera apelante único, condiciones en las cuales no se afectan garantías fundamentales.<sup>2</sup>

(...)

El artículo 31 de la Constitución Política, inciso 2º, establece la garantía de la prohibición de la reformatio in pejus, cuando señala que el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

(...)

Como lo ha dicho la Sala<sup>3</sup>, el instituto de la prohibición de la reformatio in pejus, sólo irradia sus efectos restrictivos respecto de las sentencias condenatorias y de manera específica en relación con la pena y sus componentes.

Por este motivo, no le asiste razón al señor Procurador Delegado al solicitar se case la sentencia por violación a la prohibición de reforma en peor, pues, la norma instrumental contenida en el artículo 204 de la ley 600 de 2.000, consagra este evento, sólo respecto de las sentencias y como es claro, la afectación en peor que aquí se señala, es con ocasión a la resolución de acusación proferida por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de

2 Sentencia del 6 de Marzo de 2.008, radicado 24678, M.P. Javier Zapata Ortiz.

3 Sentencia del 6 de Marzo de 2.008, radicado 24678, M.P. Javier Zapata Ortiz.

Bogotá, que como acto procesal no corresponde ni equivale a la sentencia condenatoria, sin que por ese motivo sea dable aplicar por favorabilidad el artículo 20 de la ley 906 de 2.004 (Código de Procedimiento Penal), que hace extensiva la prohibición a la reformatio in pejus a otras decisiones judiciales, tales como, autos interlocutorios, por cuanto no guarda identidad sustancial con el artículo 204 de la ley 600 de 2.000, como lo solicita el Agente del Ministerio Público...”<sup>4</sup>.

De todo lo antes expuesto, y frente al argumento de la defensa, emerge con claridad que no se hacía menester la formulación de la querrela en el caso de autos por parte de la encartada, puesto que no se trataba de un Hurto simple como equivocadamente se calificó por parte del A quo, sino de un hurto agravado, y en esa medida se ajustará la calificación por parte de este Despacho de segunda instancia en contra de la aquí procesada...” (Rad. 14291, 24 de octubre de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### **Ataque al inferior**

Las vías de hecho no son razón válida, para mantener la disciplina.

“Es preciso señalar que el SV. OCHOA SAAVEDRA ÓSCAR MAURICIO, es un miembro del Ejército Nacional de Colombia, con una amplia trayectoria en la carrera y la vida militar, con una experiencia de más de diez años dentro de la institución, por esta particular circunstancia, es que debe ser digno de reproche su comportamiento en el sentido de que a lo largo de su carrera no ha entendido el significado de disciplinar.

Por siempre se ha dicho que la disciplina es uno de los pilares fundamentales de la formación militar, la razón de ser de la disciplina no es otra sino la necesidad que existe en los ejércitos de estar siempre preparados y dispuestos para el cumplimiento de las funciones constitucionales.

Entendida así la disciplina todas las acciones que desarrolla la fuerza pública están dirigidas a cumplir con su esencia misma, cosa distinta

<sup>4</sup> Sentencia del 15 de Mayo de 2.008, radicado 24.215, M.P. Javier Zapata Ortiz.

son los mecanismos que se utilizan para que la misión constitucional que se cumple al interior de las Fuerzas utilicen este valor en pro de sus objetivos, los cuales deben ser desempeñados bajo el amparo del respeto mutuo entre sus miembros, el cual es recíproco del superior al inferior, y del inferior al superior.

Los militares como el que aquí ocupa la atención direccionaron mal su concepción de disciplina, pues como bien se advierte al interior del plenario utilizó **vías de hecho** las cuales se encuentran evidenciadas por pruebas de tipo testimonial de los soldados que se encontraban en el lugar al momento de los hechos es así que se encuentra la del soldado a folio 293 HAIR DANILO VARGAS, la misma indagatoria a Folio 68 del SV. Ochoa Saavedra quien reconoce que le tiró tres patadas, a folio 33 el Capitán Martínez Jiménez Johan señala el sargento tenía antecedentes de malos tratos hacia los soldados, folio 305 declaración SLR. Triana Jara Jimmy se le acercó y le pegó tres patadas en el pecho, declaraciones que permiten llegar a la misma conclusión que el sargento atacó de forma indiscriminada y sin justificación al soldado, que no estaba cumpliendo una orden en debida forma, **pero entendiéndose que no era la manera de corregir a un subalterno.**

Es claro que el SV. OCHOA SAAVEDRA, poseía para el momento el mando sobre sus subalternos, el superior debe ser ejemplo a seguir, además de ser el modelo y cabeza visible, dentro de la institución y más frente a un grupo de soldados que está a su cargo”. **(Rad. 14248, 24 de agosto de 2.012, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).**

### **Ataque al inferior**

Principio de la no *reformatio in pejus* no es absoluto cuando se trata de apelante único. Exigencia de la congruencia se predica es entre la resolución de acusación y la sentencia.

“Ahora bien, aunque sin un denodado análisis podría llegar a pensarse que bajo las prerrogativas que guían el procedimiento punitivo no podrá esta Instancia entrar a agravar la situación del recurrente cuando se

trata de apelante único, obsérvese que ante tal reparo es dable recordar que tal limitante se finca en eventos en los que el pronunciamiento no se basamente en cuestiones sustanciales o inescindiblemente ligadas a los acápites contenidos en el recurso vertical, avistándose que en el evento *sub examine* sin duda se parte del mismo supuesto fáctico en su oportunidad enrostrado al vinculado, amén de que el apelante ataca aspectos como la valoración probatoria y la responsabilidad y sobre ello se estructura lo aquí discernido, concluyéndose, bajo las razones antes enunciadas, que no se trata de un aspecto fuera de contexto, muy por el contrario, la precisión que aquí se efectúa corresponde a circunstancias sobre las que en su oportunidad se le formularon cargos al oficial.” (**Rad. 13871 del 17 de abril de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar**).

### **Cierre de investigación**

En la Justicia Penal Militar sí es posible decretar cierres parciales. El Despacho se allana a la tesis que en tal sentido planteara el Tribunal Superior Militar.

“...Como arriba se había anticipado, el aludido cierre de investigación cuya nulidad parcial aquí se decreta, se mantendrá vigente únicamente en el caso del PT. GARZÓN RODRÍGUEZ JUAN CARLOS, al existir en la Justicia penal Militar también la posibilidad de decretar cierres parciales como lo planteara recientemente el Tribunal Superior Militar en providencia que se citará a continuación, en la medida en que de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, y particularmente las de carácter pericial, se pudo establecer de manera fehaciente la inexistencia del nexo de causalidad entre su actuar y el resultado muerte aquí investigado, siendo por ello necesario confirmar en su exclusivo caso, la Cesación de procedimiento con que fuera favorecido por el A quo frente al punible de Homicidio por el cual se le vinculara en autos, aunque no precisamente por las causales de justificación allí invocadas, y se dispondrá en consecuencia la Ruptura de la Unidad procesal a fin de que la investigación continúe solamente frente a los otros dos procesados.

En efecto, al estar plenamente determinado que el PT. JUAN CARLOS GARZÓN, por su ubicación y distancia, no pudo ser quien impactó en la humanidad del señor ALEXANDER CASTELLANOS, ello nos lleva a apartarnos dia-

metralmente de lo referido por el Calificador Primario, en el sentido de que el accionar de dicho uniformado se encontraba amparado bajo las causales de justificación ya mencionadas, pues no existe un nexo causal que ligue el obrar del uniformado con el resultado evidenciado en la presente investigación.

(...)

Así las cosas, se hace en consecuencia necesario romper la unidad procesal para que frente a dicho policial se archive la investigación por el homicidio del particular ALEXANDER CASTELLANOS al ser favorecido con la confirmación de la cesación de procedimiento que sube a la instancia en apelación, decisión que se adopta pues en el caso de los otros dos policiales vinculados en autos, esto es, los Patrulleros JAVIER ALONSO CHACÓN VARGAS y ÓSCAR NARANJO JIMÉNEZ, se hace necesaria la práctica de las pruebas arriba mencionadas y que acertadamente echan de menos la representante del Ministerio Público en ambas instancias, con la finalidad de individualizar al autor material del delito que se investiga, así como de las demás pruebas que sean necesarias, pertinentes y conducentes para el total esclarecimiento de los hechos, y hecho lo anterior, establecer si existe o no una posible causal de antijuridicidad o inculpabilidad que pueda cobijarlo, teniendo en cuenta que tanto al particular como al arma que se dice que fue hallada en su poder (arma de fuego hechiza de puño comúnmente llamada trabuco calibre 38 especial<sup>5</sup>), le fueron practicados exámenes forenses que concluyen que efectivamente dicha arma fue disparada por ALEXANDER CASTELLANOS, a quien igualmente le fue practicado el examen de absorción atómica, arrojando un resultado positivo para la mano izquierda<sup>6</sup>.

De tal suerte que de conformidad con las probanzas arrimadas al plenario, la responsabilidad del PT. JUAN CARLOS GARZÓN RODRÍGUEZ no se encuentra comprometida por carencia de nexo causal, y para determinar una eventual responsabilidad en cabeza de los otros dos policiales que lo acompañaban el día de los hechos, se hace necesario romper la unidad procesal a la luz del artículo 217 del Código Penal Militar en armonía con el artículo 18 de la misma codificación para nulitar parcialmente la decisión del Fiscal A quo,

5 Folio 74

6 Folio 434 Informe pericial de laboratorio

con base en el artículo 394 de la ley 600 de 2000, con sustento en el siguiente pronunciamiento del Tribunal Superior Militar que refiere lo siguiente:

“De otro lado, la sala no comparte las apreciaciones del Ministerio Público respecto de que en la Justicia Penal Militar no existen cierres parciales y de que por tanto la nulidad decretada no ha debido ser parcial, sino total. Basta recordar que el Juez A quo decretó la nulidad de lo actuado, únicamente en lo que hace relación al Intendente, disponiendo que el proceso siga su curso en la etapa del juicio respecto del Capitán.

Al respecto se considera que en la Justicia Penal Militar sí es posible aplicar la figura del cierre parcial de la instrucción, pues nada se opone a que por virtud del art. 18 del C.P.M. se aplique el art. 394 del Código de Procedimiento Penal de 2000 que establece la posibilidad de cerrar la investigación en relación con un solo sindicado o conducta punible, cuando existiendo varias personas vinculadas al proceso o se investigaren varios delitos conexos, se dieran las circunstancias para cerrar la investigación respecto de uno o varios de ellos, haciéndose imposible cerrar respecto de otros.

Nada más palpable que el caso presente, en que por causa de la nulidad decretada por el A quo, es posible que el cierre de la investigación persista únicamente respecto de...pero no en relación con el ...ya que ni siquiera está vinculado al proceso. Obviamente ello traería como consecuencia ineludible el rompimiento de la Unidad Procesal, la que no genera nulidad siempre y cuando no afecte derechos y garantías procesales...

Así mismo, también existe la posibilidad de decretar nulidades parciales en la Justicia Penal Militar, teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento no la prohíbe y que aunque al respecto hay un vacío, nada impide que se aplique el contenido del numeral 3 del artículo 92 del C.P.P. de 2000, legítimamente aplicable a nuestro sistema procesal aún vigente. Reza el citado numeral:

“Art. 92 Ruptura de la unidad procesal. Además de lo previsto en otras disposiciones, no se conservará la unidad procesal en los siguientes casos:

...cuando se decrete nulidad parcial de la actuación procesal que obligue a reponer el trámite con relación a uno de los sindicados o de las conductas

punibles”.<sup>7</sup> (Rad. 14059, 31 de agosto de 2011, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

## Coautoría en delitos culposos

Se admite la participación plural de personas en un Homicidio Culposo.

“...En consecuencia, y comoquiera que quedó demostrado que al entonces **CT. RICO GUZMÁN** y el **SI. MERCHÁN INFANTE**, les son imputables desde el punto de vista objetivo el resultado típico – muerte del alumno **CASTRO ALBANEZ JAMES ALBERTO**, no se remite a duda que actuaron de manera imprudente en este caso, aclarándose que el llamamiento a juicio que se les hace, es como **Coautores** en el delito imprudente que se les endilga, figura dogmática plenamente aceptable en esta clase de conductas, como lo reseñara nuestra Corte Suprema de Justicia, en la ya citada Sentencia de fecha 8 de Noviembre de 2.007, dentro del radicado 27.388, con ponencia del Magistrado JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, en los siguientes términos, al admitir la participación plural de personas en los delitos culposos. Dijo al efecto la Corporación:

“...5.1. Si bien es cierto que el inciso 2º del artículo 29 de la ley 599 de 2000 sólo consagra como coautoría aquella en la que los agentes, “mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”, también lo es que tanto la doctrina como la jurisprudencia han referido tradicionalmente dos clases de participación plural de personas en la realización de la conducta punible.

La primera, que ha sido denominada por la Sala coautoría propia<sup>8</sup> y por algunos tratadistas como autoría concomitante, autoría paralela o pluriautoría<sup>9</sup>, es aquella en la que convergen varios sujetos en la realización de la conducta, pero se considera que cada una de las contribuciones fue suficiente para producir por sí sola el resultado típico. Por

7 Radicación 156007, 26 de febrero de 2.010, M.P. TC. Ismael Enrique López Criollo. Primera Sala de decisión.

8 Cf., entre otras, sentencia de 24 de abril de 2003, radicación 17618

9 Véase, por ejemplo, Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, § 53, IV; y Suárez Sánchez, Alberto, *Autoría*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pág. 349.

ejemplo, cuando “Pedro, Juan y Diego hacen sendos disparos de revólver sobre Juan y lo matan”<sup>10</sup>.

Y, la segunda, que ha sido llamada por la Corte coautoría impropia<sup>11</sup> y en la doctrina coautoría funcional<sup>12</sup>, dominio del hecho funcional<sup>13</sup> o simplemente coautoría<sup>14</sup>, es la contemplada en el inciso 2° del artículo 29 del Código Penal. Es decir, es aquella en la que concurren una división plural del trabajo, una decisión común al hecho y un aporte significativo durante la ejecución del mismo.

**5.2.** En lo que al delito culposo respecta, la coautoría impropia o funcional no sería predicable, en principio, como forma de participación cuando concurren varias acciones imprudentes y productoras de un idéntico resultado típico, en la medida en que dicha figura presupondría la existencia de un plan criminal que, como tal, es propio de los delitos dolosos.

**En la doctrina, un sector minoritario siempre ha defendido la existencia de una coautoría funcional culposa, postura que desde la última década del siglo pasado ha venido adquiriendo cada vez más fuerza**<sup>15</sup>. Por ejemplo, en la séptima edición de *Autoría y dominio del hecho* de 1999, Roxin, citando a Weisser, señala como punto de partida para establecer una coautoría imprudente “que los intervinientes estén sometidos objetivamente al mismo deber de cuidado, que cooperen voluntariamente en realizar la acción u omisión descuidada y que cada coautor sea consciente de que a los demás se les dirigen las mismas exigencias de cuidado que a él mismo”<sup>16</sup>.

La opinión dominante<sup>17</sup>, sin embargo, considera irrelevante hacer esa clase de distinciones cuando el resultado típico es producido por la concu-

10 Sentencia de 24 de abril de 2003, radicación 17618, citando a la sentencia de 9 de septiembre de 1980. Igualmente, Reyes Echandía, Alfonso, *Op. cit.*, pág. 133.

11 Cf. sentencia de 5 de octubre de 2006, radicación 22358

12 Zaffaroni, *Op. cit.*, § 53, IV, 2

13 Véase Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 305 y ss.

14 Welzel, Hans, *Op. cit.*, pág. 154 y ss.

15 Cf. Roxin, *Autoría...*, págs. 740-741

16 *Ibidem*, pág. 742

17 Véase, por ejemplo, Carrara, *Op. cit.*, § 436; Pérez, Luis Carlos, *Derecho penal colombiano. Parte general. Volumen IV*, Temis, Bogotá, 1959, págs. 365-366; Welzel, Hans, *Op. cit.*, pág. 143.

rrencia de varias conductas imprudentes, en la medida en que toda persona responde en el delito imprudente a título de autor:

“En caso de (como máximo) imprudencia por parte de todos, no está claro para ninguno de los intervinientes cómo va a acabar el suceso. La ley renuncia, por ello, a graduar las formas de intervención y otorga el mismo tratamiento a todas las causaciones imprudentes o (en la omisión) a todos los comportamientos consistentes en no haber impedido el resultado. No se diferencian las clases de causación (uno mismo, mediante otros, con otros, en participación), sino que se uniformizan todos los partícipes”<sup>18</sup>.

En términos de la teoría de la imputación objetiva, lo anterior implica, entre otras cosas, que para la realización de un mismo resultado pueden concurrir en la creación del riesgo de manera individual o conjunta el comportamiento de varias personas, sin importar que siempre se las trate como autoras. En palabras de Jakobs:

“Los riesgos [...] no necesariamente han de ser atribuidos en todo caso a una sola persona, **sino que puede darse el caso de que deban ser administrados por varias personas**. En este sentido, puede que sea bastante claro que un riesgo competa conjuntamente a dos autores diferentes; por ejemplo, si el propietario de un vehículo lo carga en demasía y el conductor lo conduce, siendo perceptible que el vehículo no está en condiciones de circular, ambos responden conjuntamente del riesgo del trayecto”<sup>19</sup>.

Obsérvese además que, tal como lo reconoce Zaffaroni<sup>20</sup>, **la concurrencia de conductas imprudentes encajaría dentro de los parámetros de la llamada coautoría propia o pluriautoría, sin perjuicio de la denominación de autor, en la medida en que se considere que cada una de las acciones individualmente realizadas fue suficiente para la producción del resultado típico y no exista acuerdo de voluntades para su ejecución**.

18 Jakobs, Günther, *Óp. cit.*, págs. 788-789

19 Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 107.

20 Zaffaroni, *Óp. cit.*, § 53, IV, 1

5.3. En el asunto que centra la atención de la Corte, el juez de primera instancia condenó a los procesados a título de autores penalmente responsables del concurso de delitos endilgados.

El Tribunal Superior de Bogotá confirmó el anterior proveído y aclaró en la parte motiva del mismo que sí era posible plantear una coparticipación en el delito culposo, en la medida en que el acuerdo de voluntades se predique de la acción que produjo el resultado típico y no del propósito de producirlo.

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, lo que quería sostener el Ad quem era que el riesgo jurídicamente desaprobado fue administrado por más de una persona en el presente asunto y, por lo tanto, este les competía a los procesados. Es decir, que cada una de las acciones emprendidas por los doctores FRANKLIN ALFREDO GUEVARA TAPIA y FERNANDO BARÓN BARRERA no fue suficiente para la producción del resultado típico **sino que el mismo se concretó debido a la concurrencia de ambas.**

Sin embargo, dado que en el delito imprudente la ley no distingue las clases de participación ni las formas de causación del resultado típico, como también se acabó de analizar, cada uno de los procesados recibió un tratamiento uniforme a título de autor.

En este orden de ideas, no es cierto, como al parecer lo entendió el demandante, que el Tribunal construyó una coautoría impropia o funcional para el delito imprudente cometido por los procesados, e incluso, en el caso de que así lo hubiera hecho, el defensor tenía que haber sustentado las razones por las cuales esta figura no podía ser de recibo en nuestro ordenamiento jurídico, comoquiera que la misma ni siquiera corresponde a un imposible dogmático según un creciente sector de la doctrina.

"De acuerdo con lo hasta ahora analizado, los cargos que por violación indirecta a la ley sustancial propuso el demandante carecen de vocación de éxito alguna..." (Rad. 14197, 27 de julio de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

## Colisión de competencia

### No admite recurso de apelación

“Abordado el recurso de apelación, el Despacho considera que debe abstenerse de resolver el recurso de apelación que cuestiona la decisión de la Fiscal A quo de remitir a la jurisdicción ordinaria el proceso seguido en contra del Mayor QUIJANO BECERRA ÁLVARO ANDRÉS y otros, por el delito de HOMICIDIO, provocando colisión negativa de competencias. Al respecto es pertinente decir que tal decisión hace parte de un incidente de colisión de competencias el cual se encuentra reglado en el Código Penal Militar en su Título Cuarto, Capítulo Primero, artículos 273 a 276.

Y, como es claro, tal incidente procesal se regula por un procedimiento especial que no contempla el cuestionamiento vertical ante el superior funcional, así:

Artículo 274: "Procedimiento. La colisión puede ser provocada **de oficio** o a solicitud de parte. Quien la suscite se dirigirá al otro juez o fiscal, exponiendo los motivos que tiene para conocer o no. Si este acepta, asumirá el conocimiento, en caso contrario, enviará el proceso al Tribunal Superior Militar, o al fiscal ante esta Corporación o a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para que allí se decida de plano, según el caso."

El 275: "Solicitud y trámite. Cualquiera de las partes puede solicitar que se suscite colisión, por medio de memorial dirigido al juez o al fiscal que esté conociendo o tramitando, o al que considere competente para conocer o tramitar. Si el que recibe la solicitud la encuentra fundada, debe provocar la colisión."

De esta normatividad se infiere con toda claridad que la decisión de provocar colisión o no de competencias ya de oficio o a petición de parte, no es susceptible del recurso de apelación. Esta providencia no puede ser cuestionada verticalmente ya que la ley difiere otros mecanismos a los sujetos procesales para obtener la resolución del incidente de colisión. Por ejemplo, acudiendo al funcionario de la jurisdicción ordinaria que considera competente en este caso nuestro Fiscal A quo para expresarle las razones por las

cuales no debe aceptar la colisión o, alegar posteriormente en la segunda instancia nulidad por incompetencia jurisdiccional.

(...)

Es esta la razón por la cual este tipo de decisiones no se pueden cuestionar verticalmente por cuanto la ley estableció un procedimiento especial que no involucra la intervención del superior por vía vertical, sino que una vez trabado el conflicto jurisdiccional de competencias debemos tramitarlo de conformidad con el artículo 256.6 de la Carta Política.

Entonces los sujetos procesales podrían dirigirse al fiscal de la justicia ordinaria presentando sus argumentos para que este funcionario acepte o no la competencia según su interés en el asunto, lo mismo que podrían hacerlo ante el Consejo Superior de la Judicatura. **(Rad. 13072, 14 de julio de 2.010, Fiscal TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscalía Primera).**

### **Colisión de competencia**

**Negativa entre fiscalías actuantes ante los juzgados de la Inspección General de la Policía Nacional y departamentos y metropolitanas de policía.**

“Lo primero que habrá de advertirse es la extrañeza que causa al Despacho la desatención que se observa por parte de algunos de los funcionarios de la instancia primaria frente a las determinaciones del superior funcional, máxime cuando a partir de una de nuestras iniciales decisiones en temas de competencia entre las fiscalías acantonadas en la Inspección General de la Policía Nacional y las actuantes ante los juzgados de los departamentos y las metropolitanas de policía, pronunciamiento de diciembre siete de 2007 dentro del expediente 10931, han trascurrido ya casi cuatro años y se ha cimentado la inconformidad de aquellos respecto a un asunto que se definió prácticamente dentro de la misma estructura que hoy existe, de manera tal, que el ordenamiento jurídico del Estado no puede en esas condiciones funcionar a la inversa, es decir, que un contenido que ha sido unánimemente definido entre el grupo de Fiscales actuantes ante el Tribunal Superior Militar y gran parte de los Magistrados de dicha Corporación bajo idéntico contexto normativo, con el que deprecia la Fiscalía Penal Militar 144 la emisión

de decisión en contrario, vuelva a ponerse sobre la mesa, empero en esta ocasión formulando puntuales críticas a la providencia que de aquí emanó en donde se analizaron para el particular evento los temas que originaron los derroteros que se constituyen de obligatorio cumplimiento y que hoy, sin otro soporte jurídico, se pretende nuevamente sean debatidos. **(Rad. 14215 del 24 de enero de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORARES, Fiscal Tercero Penal Militar).**

### **Colisión de competencias**

Los conflictos de competencia jurisdiccional que se susciten en el decurso de un proceso penal, no son susceptibles de dirimirse a través del recurso de apelación.

“...Para mayor claridad, las colisiones de competencia entre jurisdicciones, penal militar y la ordinaria, debe resolverlas de plano el Consejo Superior de la Judicatura, a través de un procedimiento incidental. El Fiscal Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar sólo puede resolver los incidentes de conflictos de competencia funcional, al interior de la Justicia Castrense, que se susciten entre Fiscales penales militares de primera instancia, y no podría, en consecuencia, bajo ninguna circunstancia, y menos por vía de APELACIÓN, entrar a revocar la decisión de un Fiscal de primera instancia, que en el marco del procedimiento establecido en el Artículo 274 ya citado, aceptó los planteamientos de la Fiscalía 26 de derechos humanos para desprenderse de la competencia, lo cual indica de paso la imposibilidad de que se trabee un conflicto positivo de competencias entre esos dos despachos, para que lo dirimiera la Sala disciplinaria del consejo superior de la judicatura.

Al efecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente: DR. DÍDIMO PÁEZ VELANDIA, en auto de fecha 22 de mayo de 1995, radicado 10492, consignó:

“COLISIÓN DE COMPETENCIA/ APELACIÓN: El Código de Procedimiento Penal consagra en su Libro I, Título I, Capítulo VIII, el incidente de colisión de competencias, con regulación autónoma de su presentación, trámite y decisión, de manera tal que inhibe a los funcionarios y sujetos procesales in-

volucrados en él para acudir al procedimiento ordinario so pretexto de algún vacío en su reglamentación. **Por manera que tanto las determinaciones de los funcionarios que proponen y aceptan o rechazan el conflicto como la que dicte el superior llamado a desatar el incidente no son susceptibles del recurso de apelación**, pues una vez propuesta la colisión el Código indica perentoriamente el procedimiento a seguir, luego si se llegase a admitir interrupción alguna en dicho trámite sería tanto como aceptar la terminación del incidente por vía diferente a la señalada por el legislador, lo cual, además de absurdo e inconveniente, es abiertamente ilegal. (...).

“En este orden de ideas cabe destacar que cuando el artículo 100 del C. de P. P. -275 del Código Penal Militar-, faculta a cualquiera de los sujetos procesales para suscitar la colisión de competencias ante el funcionario que esté conociendo de la actuación procesal o ante el que considere competente para dicho conocimiento, **su solicitud no es determinante ya que el funcionario ante quien se formuló está obligado a examinarla sí, pero sólo la acogerá ‘si la hallare fundada’, en cuyo caso ‘provocará la colisión’**. Contrario sensu, si no la encuentra fundada no tiene por qué provocar incidente alguno, **ni les es dado a las partes cuestionar tal determinación verticalmente**. Si considera errada la determinación del funcionario, **el legislador le brinda la oportunidad de acudir al otro funcionario para que este sea el que en definitiva examine las razones y proceda a proponer o no el incidente, según que las considere o no fundadas. ...**” (Rad. 14195, 07 de diciembre de 2011, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### **Colisión de competencias**

Se dirime asignando la competencia a una tercera Fiscalía Penal Militar, aunque no haya participado en el procedimiento de colisión en aplicación de la denominada Competencia Residual.

“...Dicho lo anterior, y analizando todos y cada uno de los argumentos que plantean las Fiscalías en cita para negarse a conocer de estas sumarias en sede de Calificación, consideramos de plano que a quien le asiste la razón para desprenderse del conocimiento de este proceso, es a la Fiscalía 164 Penal Militar ante el Juzgado de Primera Instancia del Departamento

de Policía Tolima, aunque no precisamente para atribuirle la misma a la Fiscalía 149 Penal Militar ante el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Cali, **sino a la Fiscalía Penal Militar (Reparto) que actúa ante el Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional, y ello por competencia residual**, pues como bien lo expone el primer Despacho en cita, y de acuerdo **al principio rector del Juez Natural** contemplado en el Artículo 16 de la ley 522 de 1.999, “... los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, cuando cometan delitos contemplados en este Código u otros en relación con el servicio, sólo podrán ser juzgados por los jueces y Tribunales establecidos en este Código, **e instituidos con anterioridad a la comisión del hecho punible...**”.

(...)

En ese orden de ideas, y analizando el contenido de los argumentos expuestos por el señor Fiscal 164 ante el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Tolima, efectivamente para la fecha de autos, la aquí sumariada se desempeñaba como Comandante de Guardia del C.A.I. “Plaza 21” de la ciudad de Ibagué, y en tal condición se desplazó hasta el establecimiento “LIRA MOTORS”, para que en su condición de policial femenina llevara a cabo la requisita de la señora DIANA OLIVEROS, estando demostrado como bien lo dice el citado Despacho, no sólo que se encontraba en actos del servicio, sino que además esta uniformada **era orgánica de la Policía Metropolitana de Ibagué**, la cual fue creada por el señor Director General de la Policía Nacional mediante la Resolución No. 04378 del 28 de Noviembre de 2.011, en ejercicio de las facultades que le fueron conferidas en el Decreto 4222 del 23 de Noviembre de 2.006, disponiéndose en efecto en el Artículo 89 de la aludida Resolución, que la misma empezaría a regir a partir del día 15 de diciembre de 2.011, como en efecto sucedió, asistiéndole nuevamente razón al señor Fiscal 164, cuando aduce que al condicionarse por parte de la Dirección General de la Policía la entrada en vigencia del mencionado acto administrativo, concedió un término de diecisiete (17) días, no sólo para que por parte de esa Institución se realizaran los ajustes propios que implica la creación de una nueva Unidad Policial, sino también para que la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, máximo ente en materia administrativa de la Justicia Castrense, estatuyera los Despachos de conocimiento y la Fiscalía que actuaría ante el mismo, o encargara de dichas funciones a

algunos de los ya existentes, para conocer de los procesos penales que se originaran en los presuntos hechos punibles en los que fueran autores o partícipes los integrantes de la nueva Unidad Policial, y ello en efecto, para no entorpecer la buena marcha de la administración de Justicia.

Estamos igualmente de acuerdo en que a partir del día 15 de diciembre de 2.011, cuando entró en vigencia la aludida Resolución por medio de la cual se creó la Policía Metropolitana de Ibagué, los operadores Judiciales con categoría de Departamento de Policía (Juez de primera Instancia del Departamento de Policía Tolima y el Fiscal Penal Militar que actúa ante ese Despacho), perdieron la competencia a ellos atribuida en los Artículos 258 y 262 del C.P.M., respectivamente, esto es, para conocer de los procesos penales que se adelanten contra Suboficiales, personal del nivel ejecutivo, agentes de la Policía Nacional y personal que preste el servicio militar en las diversas unidades policiales.

Del mismo modo acierta al señor Fiscal 164 Penal Militar ante el Juez de Primera Instancia del Departamento de Policía Tolima, que ante la señalada circunstancia no podía su Despacho avocar el conocimiento de estas sumarias en sede de calificación, puesto que la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, ha debido disponer entre el 29 de Noviembre y el 15 de diciembre de 2.011, cuáles serían los Despachos que debían asumir los procesos de competencia de los denominados Juzgados de Policías Metropolitanas, la cual como se sabe, se encuentra establecida en el Artículo 257 de la ley 522 de 1.999, y se circunscribe al conocimiento de los procesos penales contra suboficiales, personal del nivel ejecutivo, agentes de la policía nacional y personal que preste el servicio militar **en la respectiva Unidad Metropolitana**, siendo en consecuencia evidente, que para el 27 de diciembre de 2.011, en que la aquí sindicada presuntamente incurrió en la conducta por la cual se le vinculara a estas sumarias, no se conocía quién era el Juez de conocimiento, ni la Fiscalía que debían conocer de estas sumarias en las etapas de calificación y de juicio.

Acierta nuevamente el señor Fiscal 164, cuando aduce que ese vacío sólo vino a subsanarse por parte de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, hasta el día 16 de abril de 2.012, fecha en la cual expidió la Resolución No. 000219, lo cual se traduce en que entre el 15 de diciembre de 2.011 en que entró a regir la Resolución No. 04378 del 28 de Noviembre de ese

mismo año, por medio de la cual se creó la Policía Metropolitana de Ibagué, y el 16 de abril del año en curso, no existían un operador judicial concreto y definido para conocer de la conducta en que presuntamente incurrió la aquí sumariada en sus fases de acusación y eventual juzgamiento, y en esa medida, y de conformidad con el ya citado principio de Juez natural, que como se dijo encuentra fundamento en el Artículo 29 de nuestra Constitución Política, ante el mencionado vacío que se generó en el lapso ya indicado, entra a operar la denominada **competencia residual**, atribuida en el Artículo 256 de la ley 522 de 1.999, al Juzgado de Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional, y a las Fiscalías que ante dicho despacho actúan, norma según la cual, al señalado Despacho le corresponde conocer en primera instancia de **los procesos contra el personal policial cuyo conocimiento no esté atribuido a otro juzgado**, siendo precisamente esa situación la que se produjo en el caso de auto, por cuenta de la ya mencionada omisión por parte de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, suficientemente explicada líneas atrás...” (Rad. 14290, 03 de septiembre de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### **Colisión negativa de competencias**

Conflicto de competencias entre dos Fiscalías actuantes ante juzgado de brigada.

“El primer interrogante que subyace es, entonces, si lo determinado respecto de los Despachos en conflicto como consecuencia de la expedición de la Resolución 00187 se encontraba dentro de las facultades de quien expidió el acto administrativo, y de la respuesta que a ello se dé dependerá el pronunciamiento atinente al alcance de su decisión dentro de la tramitación propia de los procesos que venían adelantándose antes y después de su entrada en vigencia.” (Rad. 11087 del 26 de noviembre de 2007, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Concurrencia de conductas**

La responsabilidad recae sobre quien hace el aporte definitivo.

“...Frente a este punto en particular, tampoco le asiste razón a la señora Procuradora judicial apelante, pues se olvida de que en casos como

el que aquí nos ocupa, en los que se presenta una eventual concurrencia de conductas (la del patrullero procesado y la de la imprudente víctima), ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia que **la responsabilidad recae sobre quien hace el aporte definitivo**, aporte que en el caso de autos, y a juicio de este Despacho Ad quem, debe acreditársele a la multicitada ciudadana, pues aceptando que el policial de marras estaba conduciendo la motocicleta de dotación de la policía Nacional por el carril de transmilenio sin contar para ello con la correspondiente autorización, no debe perderse de vista que lo estaba haciendo no porque sencillamente así lo hubiera querido, sino que actuó de esa manera en procura de capturar a unos indeseables sujetos que en instantes anteriores acababan de atracar a otro ciudadano que requirió el concurso de los policiales que iban en dicha motocicleta, a efectos de recuperar el fruto de su trabajo, y que por ende, el atropellamiento de la señora **MARÍA CRISTINA BERMÚDEZ MOYANO**, no se hubiera producido si esta no se hubiese lanzado abruptamente sobre dicho carril, inobservando todas las normas de seguridad a las que arriba se hizo referencia, y que son de obligatorio cumplimiento para cualquier peatón, desplegando así el comportamiento determinante del lamentable suceso del que dan cuenta los autos, emergiendo así en cabeza del aquí procesado el denominado “principio de confianza”, pues no obstante que en principio pudiera reprochársele el estar transitando por el carril exclusivo de transmilenio, a 20 o a más kilómetros por hora como lo aduce la apelante, el atropellamiento de la víctima no se hubiera producido si esta no se hubiese lanzado irracionalmente al carril exclusivo de transmilenio a pesar de tener a escasos 20 metros un cruce peatonal debidamente habilitado con una cebrera y con un semáforo que le hubiera permitido acceder a la Estación de transmilenio sin ningún contratiempo, siendo dicha ciudadana, en consecuencia, quien desplegó el comportamiento determinante del lamentable suceso que aquí se investiga...”. **(Rad. 14177, 15 de mayo de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar)**.

### **Conclusión.**

La derivada por razón del cargo es competencia de la jurisdicción ordinaria.

“Abrigado el precedente fundamento jurisprudencial y habiendo asumido de antaño la postura jurídica que supone que solamente las concu-

siones que se deriven del ejercicio de la función, no del cargo, y con otras específicas connotaciones que marca cada caso en particular pueden pertenecer al procesamiento de los canales de esta especial jurisdicción, pues la definición de la competencia entre la jurisdicción ordinaria y la castrense no la delimita propiamente el nomen juris, salvo las taxativas excepciones contempladas en el artículo 3 del Código Penal Militar, sino el establecimiento de aquel intangible entre el servicio desempeñado por el miembro de la Fuerza Pública y el delito presuntamente cometido; los inmediatos interrogantes que subyacen en la apreciación sobre el factor de competencia en este tipo de estructuras típicas de cara al concreto caso son, (i) ¿podrá ese ineluctable nexos funcional establecerse cuando, incluso, tomado como parámetro de discernimiento las circunstancias modales y temporales en que mencionan los indagados el hecho que suscitó, dan cuenta estos de que en ese instante no prestaban ningún servicio?, o, (ii) ¿acogiendo la declarativa que brinda el propio TC. JUAN PABLO FORERO TASCÓN al manifestar que el denunciante les indicó que a través de retenes ilegales era que los soldados efectuaban los irregulares pedimentos, podrá acaso reconocerse, independientemente de la decisión de fondo que se asuma y el argumento jurídico que se acoja, que la imputación fáctica en aquel presunto punible concusionario de conformidad con estas circunstancias, guarda así sea una mínima relación con el servicio que le correspondía prestar a aquellos?, o, por último, (iii) ¿procederá viable argumentar que tal vulneración, en caso de comprobarse, se desprende de ese ineluctable presupuesto cuando por ninguna parte de la actuación se indica que estaban los soldados SUÁREZ ARBELÁEZ y ZAPATA MONTOYA facultados para realizar retenes o practicar requisas a transeúntes propugnando la incautación de estupefacientes, sino simplemente prestaban el servicio de misión de apoyo y reserva, enlace de las comunicaciones y monitoreo al personal?, claro que no, de manera tal, que estimamos definitivamente que en las anotadas circunstancias está pero bien distante poderse albergar la continuidad de un procedimiento por esta especial jurisdicción, tal cual lo plantea la agencia del Ministerio Público, y en esas condiciones, incluso de antaño, se debió de inmediata forma efectuar la remisión frente a esta específica situación a la jurisdicción ordinaria, pues ninguna competencia le asiste a la castrense.” **(Rad. 13408 del 16 de marzo de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).**

## Concusión y encubrimiento

Coautoría impropia.

“Efectuada la anterior precisión que se pone en el plano del discernimiento, nos cuestionamos ahora, de dónde se suscita un tal juicio de desvalor, (i) *¿al haber los institucionales penetrado al inmueble supuestamente de manera ilegal y por ello lo que de allí en adelante ocurrió se torna contaminado de esa misma ilegalidad?*, teoría del fruto del árbol envenenado, o, (ii) aceptando la legalidad del ingreso por aquiescencia de MARÍA YANETH VÉLEZ VÉLEZ, *¿se soporta el reproche en no haber puesto a disposición a la persona que a la postre se demostró era la dueña del material fonográfico y no a esta?*, es claro, frente al fundamento que hilvana el criterio de la Instancia, que el haber terciado la autorización para el ingreso de las autoridades ello hace legal pregonar un tal estado de flagrancia de cara a lo que de esa permisión se derivó, de allí que deba reconocerse ese instituto hasta el punto de que la incautación del material fue declarado legal por parte del mismo funcionario con función de garantías de la jurisdicción ordinaria.”

“Subyace, además, el comprometimiento conjunto de las dos unidades policiales, entre otras cosas, cuando no tendrían por qué indicar al IT. RUBIEL ANTONIO MARÍN ZAPATA que no habían tenido novedad alguna durante el procedimiento a sabiendas de que han debido proceder a la incautación y puesta a disposición unos CD presuntamente ilegales, pues si eso no fuese de esta manera no se explica el Despacho por qué la misma URREGO BARÓN literalmente afirma que por las manifestaciones de convalecencia de PORFIRIO NÚÑEZ CASTRO actuó por compasión, consiguiendo ello, amén de las demás probanzas analizadas, estructurar aquel indicio de mala justificación que respalda lo que las reglas de la experiencia nos enseñan suele suceder en la mayoría de estas eventualidades en donde la solicitud, inducción o constreñimiento lo efectúa uno solo pero el designio criminal es compartido, pues se busca un concreto objetivo bajo un acuerdo tácito y concomitante al hecho, pero que se constituye como un claro ejemplo de participación bajo la institución de la coautoría impropia, en donde cada uno *per se* mantiene de todas maneras aquel enunciado dominio del hecho, razón por la cual no pueden ser de recibo las manifestaciones de la defensa de LÓPEZ CADENA cuando aduce que nunca su cliente adecuó su comportamiento en alguno de los alternativos

verbos rectores que incluye el tipo penal de la *concusión*, ni recibió dinero alguno, pues en las condiciones que nos muestra el paginario, en cuanto a su posición y desempeño dentro de la escena, definitivamente sí tenía ese dominio del hecho.” (**Rad. 12865 del 30 de marzo de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar**).

### **Consulta**

Su no procedencia en la Ley 1407 de 2010. Principio de favorabilidad. El tema y lo consagrado en la sentencia 34872 de 2010 se constituye en un verdadero precedente jurisprudencial.

“Ahora bien, superado el precedente capítulo y ahondando en el específico tema que aquí se plantea, muy a pesar de tener que recurrir a la edificación conceptual que hemos intentado tratando de aliviar los reseñados aspectos, pues sin superarlos no resulta tan fácil la aplicabilidad de un tal principio de favorabilidad frente al tránsito de dos sistemas procesales penales de diversa estirpe, es claro que debe necesariamente hablarse de un precedente jurisprudencial en la materia comoquiera que, aunque entrándose de pronunciamientos sobre procedimientos de similar estructuración, no es la decisión asumida recientemente la única que sobre el tema de la consulta se ha emitido...” (**Rad. 13925 del 24 de noviembre de 2010, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar**).

### **Contrato sin cumplimiento de requisitos legales**

Violar principio de selección objetiva lo configura.

“Así, reiteramos, que la diferencia entre un tipo penal y otro radica en la eliminación del ingrediente subjetivo de poca utilidad práctica, debiendo atenderse que para el caso que nos ocupa si se celebra o liquida un contrato violando los requisitos legales esenciales se entiende que hay un provecho que no está encaminado al bien común y si el titular de la contratación por ausencia de control obra como si no lo fuese, tal cual ocurrió en el caso que se analiza, omitiendo cerciorarse del cumplimiento de requisitos legales esenciales y contrata a una empresa privada desatendiendo, *verbi gracia*, la selección objetiva, es obvio que su obrar está encaminado a beneficiar al

contratista electo...” (Rad. 12992 (1115) del 28 de septiembre de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Contrato sin cumplimiento de requisitos legales**

Gastos reservados no sometidos para la época a procedimientos de la ley 80 de 1993.

“Así las cosas, uno de los primigenios interrogantes que emerge plausible agotar en aras de edificar la solución jurídica de cara al soporte fáctico que alimenta las probanzas y atendiendo la razones que fundamentan el disenso, es si de ineluctable manera en la época a la que se contrae el escenario para todos los procesos de contratación que surtía el rublo de gastos reservados tenía imprescindible que aplicarse el marco genérico que orienta los procesos de contratación estatal enmarcados en la Ley 80 de 1993, sus normas reglamentarias y modificatorias o de adición...”.

“Démonos cuenta, cómo las supracitadas resoluciones y directivas que sobre el asunto se elaboraron en su oportunidad se detienen en identificar cuáles son los ítems que contiene ese rublo de gastos reservados, desprendiéndose de allí mismo que definitivamente la mentada normatividad también prevé la manera en que habrán de soportarse contablemente tales gastos; de manera tal, que a la inicial conclusión que ha de arribarse es que definitivamente sí se marca una notable diferenciación entre el curso normal de la destinación presupuestal, procedimientos y soporte del gasto público ordinario y lo que tiene que ver con los gastos reservados.” (Rad. 13394 del 12 de agosto de 2011, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Delito provocado**

Su estructuración genera jurídicamente una situación de inidoneidad de la conducta debido a que no hay injusto típico por la total ausencia de antijuridicidad material.

“...De antemano y como ya lo habíamos anticipado, y como igualmente lo estima la señora Procuradora en concepto que antecede, diremos que

este argumento es completamente válido para concluir que aunque el aquí procesado efectivamente sacó del depósito de armamento de su Unidad los lentes de visión nocturna (AVN No. 5027 de la Compañía Coraza), que como bien lo dice el A quo, hacía parte de los ocho equipos que estaban en custodia del depósito de armamento, puesto que los demás elementos encontrados en su poder al momento de su captura no aparecen a cargo de dicho depósito, como tampoco los repuestos usados que fueron hallados en registro voluntario cumplido en la casa de habitación del procesado, con el propósito de negociarlos con el supuesto comprador, que no era otro que un agente de inteligencia, no menos cierto es, como claramente se desprende del testimonio del señor **CT. VARGAS GIRALDO DIEGO**, que fueron los integrantes de la Regional de Contrainteligencia No. 1, quienes lograron incitar al suboficial de autos, para que este les hiciera el ofrecimiento de esa clase de material, estructurándose como acertadamente lo plantea la defensa, el denominado **delito provocado**, que como ya lo dijimos genera jurídicamente una situación de inidoneidad de la conducta del procesado para la efectiva configuración del ilícito por el cual fue llamado a responder en juicio, y ello debido a que no hay injusto típico por la total ausencia de antijuricidad material o lesión siquiera potencial al bien jurídicamente tutelado de la administración pública, en el entendido de que como lo ha reiterado nuestra Corte Suprema de Justicia, no basta la simple contrariedad de la conducta con lo dispuesto en el tipo penal...” (Rad. 14163 del 09 de febrero de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### **Destrucción, supresión u ocultamiento de documento público y prevaricato por omisión.**

No hay lugar a decretar la nulidad por la no imputación jurídica y no resolver situación jurídica por uno de los delitos.

“Efectuada la precedente e ineluctable precisión, en imperante emerge resaltar que nos encontramos en total acuerdo con lo que responde el A quo frente al recurso horizontal que plantea la defensa, pues es claro que la normativa punitiva militar que corresponde aplicar en el presente caso incumbe a la consagrada en la Ley 522 de 1999, en la que a diferencia de la que estipula la Ley 600 de 2000, no se exige en la indagatoria una tal imputación jurídica sino fáctica de los acontecimientos que se enrostran al vinculado,

como sucedía, también, en el Decreto 2700 de 1991, artículo 360, siendo evidente que en el caso de marras tales sucesos se concretaron, tanto en la primigenia injurada recepcionada al uniformado CARVAJAL HERNÁNDEZ, como en la ampliación que ordenara la misma fiscalía en proveído del cuatro de septiembre de 2008.” (Rad. 13640 del 27 de julio de 2011, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Error de hecho por falso juicio de raciocinio**

En qué eventos se estructura frente al análisis de las pruebas que obran en el plenario.

“...Insistimos entonces, en que estamos en efecto ante un **error de hecho por falso raciocinio**, pues pese a que la Fiscalía A quo aceptó que con fundamento en las pruebas a que se acaba de hacer mención, las mismas resultaban convincentes para adosarle al **SI. RIVAS IBARGÜEN** la responsabilidad de las lesiones causadas al señor **ALEJANDRO SUÁREZ VALENCIA**, y que por ende también había resultado adecuada la medida de aseguramiento que se le impusiera por parte del Instructor al momento de definirle su situación jurídica, inexplicablemente y sin indicar claramente las razones por las cuales esas pruebas ya no tenían ese poder suasorio que inicialmente les reconociera, cambia de postura al decir que otro de los aspectos trascendentes para efectos de atribuir responsabilidad fue el hecho de establecer cuál de los dos uniformados portaba fusil para la fecha de autos, “... porque a pesar de que en la minuta de servicio a ambos investigados les figuraba fusil, de acuerdo a los testimonios, pero primordialmente conforme a las dos indagatorias, sólo el Patrullero RENTERÍA RENTERÍA portaba fusil, pero es aún más diciente que este en su Injurada no solo afirma que portaba fusil, sino que en ningún momento se despojó de él o se lo entregó al Subintendente RIVAS IBARGUEN o mucho menos que este se lo arrebató...”.

Sobre la existencia del error de hecho por falso raciocinio, ha dicho nuestra Corte Suprema lo siguiente:

“... Olvida que cuando se opta por esta senda (falso raciocinio), el error, como lo ha dicho la Sala, **surge de la comprobada y grotesca contradicción entre la valoración realizada por los falladores y los principios de la lógica,**

**las leyes de la ciencia o las reglas de la experiencia común** y no de la disparidad entre la estimación judicial y la pretendida por el impugnante, pues no se trata de establecer quién maneja mejor la lógica en el análisis probatorio, sino de evidenciar que los funcionarios judiciales transgredieron abiertamente aquellos postulados, y que este desatino los llevó a declarar una verdad distinta de la que revela el proceso, por lo que la sentencia es ilegal...<sup>21</sup>.

(...)

Y de esa tarea fue de la que justamente no se ocupó cabalmente la Fiscalía A quo, pues salta a la vista que no señaló ni expuso las razones para concluir sin duda alguna, que la verdad estaba de parte de quienes señalaban al PT. RENTERÍA RENTERÍA como el verdadero autor del hecho investigado, palpitando nuevamente en el plenario la existencia de ese error de hecho por falso raciocinio al que venimos haciendo mención, pues solo se limitó a decir que les daba credibilidad a los cargos que URIBE RIVAS le hacía a RENTERÍA RENTERÍA, pero sin decir por qué la prueba que respaldaba esta última tesis le merecía mayor credibilidad, pese a reconocer que obran en autos tres versiones contrapuestas sobre las verdaderas circunstancias en que se presentaron los hechos, asistiéndole por ello plena razón al togado apelante, cuando aduce con fundamento en decisión adoptada por la Corte Constitucional, que resulta evidente que nos encontramos ante un defecto fáctico por falso juicio de raciocinio, en el entendido de que en el caso de autos, se presentó una indebida valoración de las pruebas por falso juicio contraevidente.<sup>22</sup>...”. **(Rad. 14135 del 17 de septiembre de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).**

### **Error de prohibición invencible**

El error sobre la existencia de condiciones para la defensa, no es una legítima defensa, pero quien en tales condiciones actúa, lo hace sin tener conciencia de la ilicitud de su comportamiento.

“...Así las cosas, y a juicio de este Despacho Ad quem, el análisis sereno y ponderado de los medios de prueba ensilados en autos, nos llevan

21 Sentencia del 25 de octubre de 2.001, radicado 15.149. M.P, Jorge Enrique Córdoba Poveda.

22 Sentencia C-590 de 2.005.

a colegir que la reacción defensiva del Institucional **ESTIVENSON MINA LANDÁZURI**, fue consecuente ante la convicción errónea e invencible de defender el derecho esencial de la vida tanto propia como la de sus compañeros, al pensar que quien se encontraba en frente suyo era un guerrillero, y surgió de una serie de circunstancias ajenas al aquí procesado, pues como él lo dice en su injurada, quien le antecedió en la prestación del servicio, le dijo que ese era el sitio para la prestación del mismo, y que de ahí hacia arriba, ninguno de los integrantes de la tropa estaba autorizado para transitar por allí, y a ello aunado, como acabamos de reseñarlo, que el Comandante del pelotón omitió esa serie de medidas de seguridad a las que ya se hizo alusión, siendo una de las más importantes por tratarse de soldados con escasa experiencia en el patrullaje, la designación de un Cabo relevante que se encargara de despertar y ubicar a los diferentes centinelas de las escuadras, con lo cual se hubiera seguramente evitado el insuceso de autos, teniendo en cuenta que se encontraban en una zona de alta peligrosidad y que debían estar pendientes de cualquier suceso, de manera que la actuación desplegada por el aquí sumariado al haber accionado su arma de dotación, se reputa jurídicamente, a juicio de este Despacho Ad quem, como ejercitada con carácter subjetivo, porque en la psiquis del procesado el peligro era manifiesto –inminente- y no solo proveniente de la creencia inserta en su intelecto de que el **SLR. ZAMORA CARABALÍ**, lo colocaba a él y a los demás integrantes de la tropa que a esa hora descansaban, en una situación de peligro que en la realidad no existía –antiguamente defensa subjetiva o putativa, hoy, error de prohibición invencible...”. (**Rad. 14112, 20 de enero de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar**).

### **Error de tipo y error de prohibición**

En qué consiste cada uno de ellos y cuáles son sus diferencias.

“...Así las cosas, y para que se entienda a cabalidad la diferencia que existe entre el **error de tipo** y el **error de prohibición, en éste caso vencible**, y sus consecuencias, conviene traer a colación los apartes esenciales del Auto de fecha 19 de Mayo de 2.008, proferido por nuestra Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 28.948, con ponencia del Magistrado Julio Enrique Socha Salamanca, en la cual se dijo lo siguiente:

“...5.1. La Sala ha venido considerando que la Constitución Política establece el derecho penal de acto como principio rector, por lo que el delito es, ante todo, conducta o comportamiento humano, como lo determina el artículo 9 de la ley 599 de 2000. De modo que es un hacer humano cualificado, reglado y descrito con elementos normativos exclusivos del orden jurídico que incluyen desvalor de la acción y del resultado<sup>23</sup>.”

De este modo, la conducta y la afectación del bien jurídico constituyen los elementos básicos del injusto, estando la primera inserta en la estructura del arquetipo legal que la prohíbe, y conformada por unas partes subjetiva y objetiva, que integran el tipo penal.

La subjetiva se refiere al proceso ideativo de la acción, representación o motivación, que constituye el proceso de selección de los mecanismos o medios y la voluntad que mueve al acto. La objetiva es la exteriorización del comportamiento que se proyecta en relación con los bienes jurídicos que son objeto de tutela penal, lesionándolos o colocándolos en peligro efectivo.

Así, cuando el legislador en ejercicio del poder punitivo del Estado, para salvaguardar bienes jurídicos, tipifica una conducta humana como delito, se dirige a los asociados a fin de que conozcan anticipadamente el desvalor jurídico que le asigna a la misma y, por lo tanto, se abstengan de ejecutarla y sus actuaciones en el mundo de relación se ajusten a las exigencias normativas, de suerte que el legislador en ese proceso de criminalización sugiere los aspectos relacionados con la motivación – procesos internos– de las personas para que a partir de ese conocimiento encasillen su actuación<sup>24</sup>.

23 Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. Estructura de la Teoría del Delito, Civitas, 1997. § 10, num. 88, págs. 319 - 320 “Según la concepción actual, la realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de la acción como un desvalor del resultado. Es verdad que la configuración del desvalor de la acción puede ser diferente según la forma, requerida en cada caso concreto, de dolo o de imprudencia, de tendencia y de cualidad de la acción, y que también el desvalor del resultado se configura de modo distinto en la consumación o en la tentativa, en la lesión o en la puesta en peligro; pero el injusto consiste siempre en una unión de ambos, pues incluso en los llamados delitos de mera actividad (cfr. nm. 103 ss.), como el allanamiento de morada (§ 123), existe un resultado externo, aunque el mismo es inseparable de la acción”.

24 Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal, Parte General, 2ª. ediciones Tirant lo blanch, Valencia 1996, Págs. 31 - 32 “En cualquier tipo de sociedad, por primitiva que esta sea, se dan una serie de reglas, las normas sociales, que sancionan de algún modo –segregación, aislamiento, pérdida de prestigio social, etc.– los ataques a la convivencia. Estas normas sociales forman el orden social. Históricamente este orden social se ha mostrado por sí solo como insuficiente

De este modo, el desconocimiento o error, de los elementos descriptivos o normativos –aspectos objetivos del tipo de injusto– por parte de quien realiza la conducta prohibida excluye el dolo. No obstante si ese error, atendido el entorno y las condiciones de orden personal en las que se desenvuelve, es de naturaleza vencible, transmuta el tipo objetivo de injusto en delito imprudente si así lo ha previsto el legislador. Sin embargo, útil es aclarar que si el error recae estrictamente en el elemento normativo, suficiente es que el autor haya realizado una valoración paralela del mismo, incluso desde la perspectiva del lego, para imputarle su conocimiento a título de dolo.

El error acerca de los elementos concernientes a categorías disímiles al tipo, no posee relevancia jurídica alguna en sede de tipicidad, pues, solamente el relacionado con los elementos del tipo elimina el dolo.

**5.2. El error de prohibición difiere del error de tipo en que el agente conoce la ilicitud de su comportamiento pero erradamente asume que el mismo le está permitido y que, por lo tanto, lo excluye de responsabilidad penal.** En otras palabras, supone que hay unas condiciones mínimas pero serias que en alguna medida hagan razonable la inferencia subjetiva que equivocadamente se valora.

Luego aquí –en el error de prohibición– la falla en el conocimiento del agente no reside en los elementos estructurales del modelo de conducta prohibida por la ley, las cuales conoce, sino en la asunción que tiene acerca de su permisibilidad<sup>25</sup>.

---

para garantizar la convivencia. En algún momento histórico se hizo necesario un grado de organización y regulación de conductas humanas más preciso y vigoroso. Nace así, secundariamente, la norma jurídica que a través de la sanción jurídica se propone, conforme a un determinado plan, dirigir, desarrollar o modificar el orden social. El conjunto de estas normas constituye el orden jurídico. Titular de este orden jurídico es el Estado, titular del orden social de la sociedad. Tanto el orden social, como el jurídico se presentan como un medio de represión del individuo y, por tanto, como un medio violento, justificado sólo en tanto sea un medio necesario para posibilitar la convivencia...”.

“...La norma jurídica penal constituye también un sistema de expectativas: se espera que no se realice la conducta en ella prohibida y se espera igualmente que, si se realiza, se reaccione con la pena en ella prevista...”.

25 Roxin, Claus, Ob. Cit. § 21, Pág. 861. “Concorre un error de prohibición cuando el sujeto pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida”.

Para que el mismo tenga relevancia jurídica, es decir, excluya al sujeto de responsabilidad penal, debe ser invencible, pues, si fuere superable, deberá responder por el delito ejecutado de manera atenuada, como lo prevé el numeral 11 del artículo 32 de la ley 599 de 2000.

### **5.3. La Sala, acerca de la forma como el error de tipo y el de prohibición son tratados en la ley 599 de 2000, ha precisado:<sup>26</sup>**

“Una enorme discusión se ha dado en la doctrina y la dogmática, que aún no culmina en torno de este concepto, que nuestro ordenamiento jurídico superó con la definición trascrita (artículo 32, numeral 11), incorporada al ordenamiento jurídico, sobre lo cual la sala (sic) ha de pronunciarse porque en ello se introdujo una modificación de índole “copernicana” en nuestra legislación penal.

**En efecto, en el estatuto penal anterior, tanto el error de prohibición como el de tipo excluían la culpabilidad con la misma metodología, consecuente con el causalismo natural que lo caracterizó: si el error, uno u otro, provenía de la culpa, el hecho se convertiría en culposo y como tal se sancionaría si la ley lo tuviere previsto como culposo.** Se trata de la denominada teoría estricta del dolo, también conocida como teoría del dolo malo, en la que el dolo y la culpa conforman especies de la culpabilidad y, por consiguiente, tanto el conocimiento de la tipicidad como el de la antijuridicidad obran en condiciones de igualdad.

**En el Código Penal de 2000, el sistema adopta el concepto de injusto<sup>27</sup>, en el cual se engloban tres elementos sustanciales del delito: la conducta, típica y antijurídica, entendiendo este último como primario, puesto que la razón de la tipicidad radica en la contradicción de una conducta con lo justo (contra-ius), por lo tanto, el legislador no podría tipificar como punible una conducta conforme al derecho (secundum ius).**

En este orden de ideas, la tipicidad implica la prohibición que el legislador describe de una conducta que quiere evitar por ser contraria al dere-

26 Sentencia de segunda instancia, Radicado 20.929, 13 de julio de 2005.

27 Art. 7º. CP. Igualdad. ...” el funcionario tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto...”.

cho y en tal epistemología, es comprensible que el dolo y la culpa formen parte de la conducta y ya no de la culpabilidad. **De ahí la razón del artículo 21, según el cual el dolo, la culpa y la preterintención son modalidades de la conducta punible, como antes lo fueron especies de la culpabilidad.**

Podría entonces colegirse dentro de este orden sistémico que si dentro de la noción de injusto se incluye la conducta típica, el dolo y la culpa formarán parte del llamado tipo subjetivo y la conciencia de la antijuridicidad formaría parte del aspecto subjetivo de la misma (de la antijuridicidad) todo ello, se repite, enmarcado en un solo concepto de tipo de **injusto**.<sup>28</sup>

Sin embargo, la dogmática sobre el injusto también ha distinguido dos teorías de la culpabilidad, a saber, la teoría **limitada** y la teoría **estricta**. **En la primera, el error sobre los presupuestos de las causas de justificación o sobre la ilicitud influyen en el dolo y por consiguiente, han de tratarse como si fuera error de tipo, puesto que si la tipicidad es prohibición y la justificación es permisión, el efecto de la permisibilidad anula el de la prohibición.**<sup>29</sup>

En la comprensión de la **teoría estricta** de la culpabilidad, el dolo, que sistemáticamente obra en la tipicidad, es un dolo natural y, por consiguiente, la conciencia del injusto es un estado subjetivo diferente que opera en el proceso de la formación de la voluntad del sujeto que puede ser posterior al conocimiento propio del dolo.<sup>30</sup> Por ello, es que, dentro de esta teoría, cuando se alude a la conciencia del injusto se refiere al conocimiento potencial, como posibilidad de conocimiento.<sup>31</sup>

28 "El dolo en el tipo de injusto y la malicia en la antijuridicidad". JAIME CÓRDOBA RODA. P. 62 ss. COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. 1.972.

29 Concepto de la culpabilidad fácil de asumir para los autores de la teoría de los elementos negativos del tipo.

30 "Conforme a esta teoría, entonces, el error de prohibición invencible elimina la culpabilidad, no el dolo ni la culpa (el injusto permanece intacto) y el error vencible sólo atenúa la culpabilidad, ya sea en relación al injusto doloso o bien al culposo". J. BUSTOS R. Y HORMAZÁBAL MALERÉE. Vol II. p. 371.

31 El dolo significa conocimiento de la realización del tipo y la culpa falta de cuidado respecto de esa realización. Por tanto, la conciencia del injusto ha de tener un contenido completamente diferente al conocimiento del dolo, ya que no hay punto de relación entre sus estructuras y objeto de referencia. Pues, si bien obedecen a situaciones psicológicas similares, se diferencian en el plano normativo. La conciencia se forja en el plano social, es de índole compleja por su carácter sociológico, filosófico y normativo. A la conciencia del injusto se parte de la situación concreta producida (el injusto realizado) y sobre la base del sujeto concreto, se le puede exigir una determinada comprensión del injusto." Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. Ariel Derecho. Barcelona. 1989. p. 335.

Así las cosas, esa conciencia de antijuridicidad no opera en el campo del tipo sino en el espacio de la culpabilidad.<sup>32</sup>.

Es por esta razón que en el tratamiento del error vencible hay una diferencia con el tratamiento que se le da al de error de tipo, porque allí, lo convierte en conducta culposa, pero cuando es error vencible en la ilicitud, la pena se reducirá en la mitad, porque el dolo del tipo subsiste (artículo 32.11 del Código Penal vigente).”.

Más recientemente y en punto a esclarecer en qué consiste el error de tipo, dijo la misma Corporación lo siguiente:

“... El **error de tipo** se presenta cuando se obra con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica (error de tipo invencible) **o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad (error de tipo indirecto invencible o permisivo, también llamado “error sobre los presupuestos básicos de una causal de Justificación”)**. Si el error fuere **vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.**

De ello se desprende que el error invencible entendido como la errada interpretación que no es posible superar, ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa, **y el error vencible, aquella falsa representación que el agente puede superar, no han tenido ocurrencia en el caso examinado.**

El Oficio, la preparación académica, el cargo que desempeñaba, la continua contratación de la empresa en la que laboraba, le imponían conocer de cerca el proceso de contratación estatal. Tanto así que fraccionó el contrato con la clara intención de que la cuantía de cada uno de ellos no superara los límites permitidos y eludir de esa manera la licitación pública...”<sup>33</sup>. **(Rad. 14137 del 20 de octubre de 2011, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).**

32 J. BUSTOS R. Y HORMAZÁBAL M. Lecciones de D. Penal. ob.cit. Vol, II. p. 371

33 Sentencia del 11 de Marzo de 2.009, radicado 25.355, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán

### **Falsedad ideológica en documento público**

Se declara desierto recurso de hecho, se ordena conocer recurso de reposición presentando dentro del término de ejecutoria y enviado por mensajería no encontrándose extemporáneo.

“Encuentra este Despacho que se envía a esta Instancia **un recurso de hecho, contra decisión que profiere Resolución de Acusación calendarada el 16 de diciembre de 2010** en contra de los agentes DAIRO JESÚS TOVAR NAVAS y LUIS CARLOS MENDOZA BACA, por el delito de FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO.

(...)

El texto legal es claro cuando señala que opera este recurso **cuando se deniega la apelación**, aspecto que no ocurrió en este evento, pues el escrito elevado por la defensa y dirigido a la señora Fiscal 148 Penal Militar, **es de reposición en ningún momento, se manifiesta acerca de la apelación. Al consultar el auto que denegó el recurso se observa que fue proferido el 21 de enero de 2011 en el que se expresa:** "y comoquiera que la Resolución de Acusación de fecha 16-12-10 proferida dentro de la presente actuación sumarial quedó ejecutoriada el día 19-01-11 a las 17:00 horas y el Recurso de Reposición fue recibido en esta Fiscalía el día 20-01-11 a las 14:45 horas, es decir fuera del término de ejecutoria de la providencia impugnada, esta agencia declara extemporáneo el recurso interpuesto.”.

Si bien este despacho no tiene competencia para desatar el recurso de Hecho porque no se denegó apelación alguna, pero dentro de la labor de control que también hace el fiscal como garante, sí encuentra que el defensor tiene razón en la petición, **en cuanto que el recurso no fue presentado de manera extemporánea**, veamos por qué: **El auto que profiere la Resolución de Acusación es de fecha 16-12-10**, las **notificaciones** se efectuaron al representante del Ministerio Público **el 17-12-10**, al Doctor Carlos Maldonado **el 7 de enero de 2011**, al Agente Tovar Dairo el **11 de Enero de 2011**, al Agente Mendoza Bacca **el 11 de enero de 2011**, teniendo en cuenta que la última notificación fue el 11 de enero, entonces **contamos el término de ejecutoria** de tres días, **lo que significa que**

el día 14 de enero de 2011 cobró ejecutoria la resolución de acusación, y es justamente dentro de este tiempo de ejecutoria que la defensa más precisamente el 13 de enero del año en curso, efectuó la presentación personal del recurso ante el Consejo Superior de la Judicatura, tal como consta en folio 1686, así mismo el defensor envía por correo tal como consta en la guía No. 12649381 folio 1680 de la empresa de mensajería SAFERBO, de la Ciudad de Barranquilla el recurso el día 14 de enero de 2011, encontrándose dentro de los términos, aspecto distinto es el término de la distancia, es decir lo que tarda en llegar el documento tratándose de ciudades distintas, que para el caso fue el 20 de enero cuando se recibió en el despacho, y no por ello se debe descartar y señalar que el recurso fue presentado de manera extemporánea, es preciso señalar que este Despacho en decisión anterior ante un caso similar se pronunció, pero el meollo del asunto hacía referencia a que el defensor hizo la presentación personal el último día de ejecutoria, pero no envió el recurso al despacho el mismo día, luego en este específico caso, si se encontraba fuera de término, pero en este caso no es procedente tal declaratoria de extemporaneidad por lo ya señalado, por lo tanto corresponde a la Fiscalía A que desatar el recurso impetrado, para garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa, en tal sentido comuníquese con el fin de que se tome la acción que en derecho corresponde, no puede este Despacho dejar pasar esta específica circunstancia en aras de una buena administración de justicia por parte de todos sus funcionarios". (Rad. 13690 del 16 de mayo de 2011, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).

### **Falsedad ideológica en documento público y violación de habitación ajena.**

No flagrancia. Valor de los informes de policía y valoración de testimonios contradictorios.

“Y es que, no se perfila admisible concluir que no se blindan de mérito crediticio las declaraciones de las particulares por el hecho de haberse ido amoldando de manera progresiva a sus intereses, pues, amén de las ya aludidas razones para que hubieran actuado en dicho sentido, obran en el investigativo sólidos pilares probatorios que permiten ultimar que en realidad

el verdadero acontecer fáctico concebido durante aquel 26 de septiembre de 2005 sí se precipitó de la forma relatada por las particulares en su última versión, resplandeciendo de esta forma la mendacidad del contenido del informe presentado por el procesado ante la Fiscalía 33 Seccional, en el que mencionaba el hallazgo de la sustancia ilícita en poder de RODRÍGUEZ SOTO y omite relatar incursión efectuada en la morada de LUCÍA FERREIRA.” **(Rad. 13040 del 4 de mayo de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).**

### **Favorecimiento de la fuga. Atipicidad de la conducta.**

“No obstante, previo el abordaje de este estudio y demás aspectos que refiere el apelante, un sano criterio deberá detenerse en establecer si en realidad en el fugado aparece diáfana esa condición exigida por el ingrediente normativo del tipo que supone la calidad de detenido o condenado, erigiéndose imperante para ello un doble análisis, por un lado, el de las probanzas que al respecto se allegan, por el otro, el nítido examen de la acepción que el léxico judicial permite darles a esas dos categorías, lo que nos lleva a concluir que para el momento en que se suscitó el desafortunado acontecer HUGO TORRES ACERO se encontraba capturado para efectos de rendir indagatoria.”.

“Repárese cómo, precisamente una de las varias finalidades de la detención preventiva es evitar que el sindicado se fugue, por ello los alcances de ese propósito no se pueden prolongar a otro cualquier estado de privación de la libertad para suponer que siempre la abstracción a este conlleva de ineluctable manera un atentado contra el tan mencionado bien jurídico de la eficaz y recta impartición de justicia que con insistencia hemos referido, pues existirán multiplicidad de casos en los que muchas veces el inicial acto de retención no es auspiciado o avalado a través del auto o resolución que resuelva la situación jurídica con la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, institución procesal cuya naturaleza germina para garantizar o buscar los específicos cometidos que taxativamente señala.” **(Rad. 13533 del 31 de octubre de 2011, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).**

## **Favorecimiento de la fuga modalidad culposa**

Se hace la imputación de esta conducta al procesado, no por vía de la mera causalidad que ahora se considera como presupuesto mínimo de imputación, sino por vía de Imputación objetiva.

“...Significa lo anterior, a diferencia de lo que plantea el apelante y de lo que manifiesta el ilustre representante de la sociedad, que fue a consecuencia de esa vulneración al deber objetivo de cuidado que les era exigible a los aquí procesados, que se concretó el resultado de autos, pues debieron haber previsto que si bien esas dependencias contaban con una sola puerta de acceso, las mismas eran lo suficientemente grandes y con múltiples cubículos y otras oficinas dotadas con ventanas que daban al otro lado del edificio, y que por una de ellas podría producirse la fuga de su custodiado, como en efecto ocurrió, máxime que todos sabían que a esa hora la mayoría del personal de la DIJÍN, incluyendo a la oficial que ocupaba esa oficina de dirección, se encontraban en formación, y que por ello, a nada tendría que haber entrado ARDILA a la misma, luego resulta evidente que los aquí sindicados no observaron en realidad las medidas de precaución para impedir el resultado, debiéndose reiterar por parte de este Despacho, que era **bajo su órbita de competencia que se encontraban la custodia y la vigilancia del evadido**, y no de las demás personas a las que alude el apelante, tratando de trasladarles la responsabilidad que sólo a ellos les competía, de manera que tampoco resulta cierto que no existe ese principio de causalidad entre esa infracción al deber objetivo de cuidado que les era exigible a los sumariados, y el resultado, es decir, la fuga de su custodiado, si que en este aspecto puntual deba perder de vista el apelante, que en la moderna estructura del delito culposo o imprudente, como lo ha señalado nuestra Corte Suprema de Justicia, la atribución del resultado no se hace simplemente por vía de la causalidad, que ahora se considera un presupuesto mínimo de imputación, sino por vía de la imputación objetiva. Veamos:

“... Se ha tenido la **teoría de la imputación objetiva del resultado**, como el instrumento teórico idóneo para explicar la relación que debe mediar entre la acción y el resultado, entre otros, en los delitos culposos. **Reemplaza una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales, introduciendo consideraciones jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la teoría de la relevancia.** En ese marco, la verificación de la causalidad

natural **será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado**. Conforme a estos postulados, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar si la acción del autor ha creado o incrementado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado y si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro – jurídicamente desaprobado- creado por la acción. En caso de faltar alguno de estos dos condicionantes complementarios de la causalidad natural, se eliminaría la tipicidad de la conducta y, por consiguiente, su relevancia para el derecho penal<sup>34</sup>. Recuérdese que el causalismo se preguntaba si la acción era la causa de un resultado, **en cambio la imputación objetiva se pregunta si una relación de causalidad concreta es la que quiere ser evitada por el ordenamiento jurídico**. Por ello la cuestión jurídica principal no es averiguar si se presentan determinadas circunstancias sino establecer los criterios conforme a los cuales se quiere imputar determinados resultados a una persona...”<sup>35</sup>.

Abundando en consideraciones en torno a la imputación al tipo objetivo y la creación del riesgo no permitido en el delito imprudente, ha dicho igualmente la Corte lo siguiente:

“... Hay que aclarar que la utilización del legislador de la expresión 'infracción al deber objetivo de cuidado', no significa que ese elemento de la culpa solo pueda concebirse objetivamente con prescindencia de lo subjetivo, pues la misma norma legal recalca la previsibilidad del agente respecto del resultado, lo cual va ligado a consideraciones eminentemente subjetivas.

Ahora bien, como no hay un catálogo de deberes para cada una de las actividades de interacción social, el operador jurídico está obligado, en cada caso particular, a remitirse a las fuentes que sirven de directrices para establecer si se configura o no el elemento en examen, desarrolladas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y que se resumen en las siguientes:

(...)

34 La doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, adhieren mayoritariamente a la **teoría de la imputación objetiva de resultados** propuesta por Roxin.

35 Sentencia del 30 de Mayo de 2.007, radicado 23.157, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

“...**El criterio del hombre medio**, en razón del cual, el funcionario judicial puede valorar la conducta comparándola con la que hubiese observado un hombre prudente y diligente situado en la posición del autor. Si el proceder del sujeto agente permanece dentro de esos parámetros no habrá violación al deber de cuidado, pero si los rebasa procederá la imprudencia siempre que converjan los demás presupuestos típicos...”.

Y esa es la fuente en la que estimamos se ubica la actuación del aquí procesado, y frente a la cual concluye este Despacho Ad quem que infringió el deber objetivo de cuidado que le era exigible en su tarea de custodio del **PT. ARDILA**, pues de haberse comportado para la fecha de autos de manera prudente y diligente, no se habría limitado simplemente a sentarse junto con el Auxiliar **BARÓN AGUILAR** en el primer módulo, ubicado dentro de las oficinas administrativas de la DIJÍN, sino que ha debido disponer, como superior al mando de esa tarea, que él o su subalterno se ubicara al otro lado de la oficina o acompañara al PT. ARDILA en sus diversos movimientos por todas esas dependencias y en especial cuando se les perdía de vista al ingresar a las oficinas internas, como la de la jefe de esas dependencias, desconociendo así el deber objetivo de cuidado que se concretó en el resultado típico, es decir, en el desvalor de resultado, que estuvo en condiciones de conocer y de prever el señor **PT. CASTILLO TACHA**, pues fue con su comportamiento descuidado y poco activo frente a la función que se le encomendó que creó un peligro para el objeto de la acción, no abarcado por el riesgo permitido...”. (Rad. 14194 del 10 de agosto de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

## Homicidio

Se declara desierto recurso por falta de motivación.

“En efecto, al estudiar con detenimiento el contenido del memorial extendido por el profesional del derecho que representa los intereses de la parte civil, en el que pretende 'sustentar' su discrepancia con la resolución calificatoria de Cesación de procedimiento, salta a la vista, que **no apunta a controvertir las razones de hecho o de derecho expuestas por el fiscal primario que soportan la cesación de procedimiento a favor de los procesados**, ni hace referencia a las razones o motivos concretos para interponer el recurso, **sino**

que por el contrario se limita a pregonar, en términos muy generales, que no se encuentra de acuerdo con la decisión adoptada por el A quo, arguyendo una supuesta indebida valoración probatoria, aunque sin argumentar el porqué de su conclusión, catalogando la decisión de equivocada, sin que por parte alguna entre a manifestar la existencia de errores de hecho o de derecho en la decisión apelada, o entre a demostrar una equivocada valoración de las pruebas por parte del A quo, sin que dedique algunos de los apartes de su escrito a **contradecir los aspectos fundamentales de la Cesación de Procedimiento**, muy bien apuntalados por la Fiscalía de Primera Instancia, con indudable apego a los postulados y a los requisitos sustanciales y formales que para esa clase de decisiones se encuentran consagrados en el Artículo 558 del C.P.M., pues en efecto, además de haber hecho mención de los medios de convicción allegados al plenario, hizo una evaluación de los mismos, indicando con claridad las razones por las cuales algunos de ellos le merecieron más credibilidad que los otros, dejando en claro así mismo, el análisis completo de las causales que originan la cesación, que en el caso del **PT. RESTREPO SÁNCHEZ DIEGO FERNANDO**, fue por **Atipicidad** de su conducta al demostrarse que si bien hizo uso de su arma de dotación, ninguno de los disparos por él efectuados produjo el resultado muerte investigado, al paso que en cuanto al corte procedimental con que se favoreciera al **PT. TORRES TINTINAGO FÉLIX**, se adujo que su actuar estuvo cobijado por la causal de justificación de la **legítima defensa**, presupuestos todos estos que no fueron controvertidos de manera concreta, adecuada y con fundamentos válidos por parte del togado apelante, lo que denota la ausencia de una debida sustentación del recurso, y por ende, nos impone la declaratoria de desierto del mismo, como en efecto se hará en la parte resolutive.

Al determinar el artículo 363 del Código Penal Militar que 'quien interponga el recurso de apelación deberá exponer por escrito las razones de la impugnación ante quien la profirió en primera instancia. **En caso contrario no se concederá.**'; ello significa que, como lo sostiene la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, **no es suficiente con que el recurrente exteriorice inconformidad general con la providencia que impugna sino que le es imperativo, además, concretar el tema o aspectos de los que disiente**, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que lo conducen a cuestionar la determinación impugnada, al punto que si no se sustenta debidamente el disentimiento se declara desierto, pues no podría conocer el juzgador –Se-

gunda Instancia– sobre qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio”. Y esos argumentos fácticos y jurídicos que permitan establecer vacíos protuberantes o errores de apreciación de las pruebas en la calificación de primer grado no aparecen concretizados en el memorial del recurso, en el que solo aparece una simple voluntad de controvertir con base en fundamentos inciertos, y no es labor oficiosa del Ad quem perfeccionar el libelo agregando lo que su autora omitió según las exigencias técnicas que imponen el recurso de apelación, máxime cuando como no se advierte en la pretendida aparente motivación del recurso, fundamento o causa grave y seria que implique error iudicando en la valoración probatoria que compete al A quo y las controversias que quiere plantear el Representante de la parte Civil fueron plenamente respondidas y resueltas en el acto de calificación, cuyos análisis se avienen a las exigencias que imponen las reglas de la sana crítica sobre valoración probatoria, toda vez, que como lo ha venido sosteniendo la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, **no es suficiente con que el recurrente exteriorice inconformidad general con la providencia que impugna** sino que le es imperativo al accionante, concretar el tema o aspectos de los que disiente, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que lo conducen a cuestionar la determinación impugnada, al punto que si no se sustenta debidamente el disentimiento se declara desierto”. (Rad. 12402 del 30 de septiembre de 2011, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).

## **Homicidio**

Se envía proceso Justicia Ordinaria, por cuanto existen dudas respecto de la competencia, de conformidad con pruebas técnicas.

“Es preciso señalar, que luego de un cuidadoso, detallado estudio de todas las pruebas arraigadas en este plenario, razón le asiste a la representación del Ministerio Público quien fungió ante la primera instancia, para considerar que la Justicia Penal Militar debe desprenderse del conocimiento de estos hechos, puesto que en contravía de lo planteado por la Fiscalía A quo, la competencia de la Justicia Penal Militar no resulta clara de conformidad a lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-358 de 1.997, la competencia se evidencia en la Fiscalía General de la Nación, a la que le compete seguir conociendo de estos hechos, de conformidad con lo preceptuado en el Artículo 250 de la Carta Política.

Son diversos los pronunciamientos de la Honorable Corte Suprema de Justicia, que ha señalado, que en aquellas situaciones en las que como aquí sucede, exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer de un proceso en particular, la decisión **deberá recaer en la jurisdicción ordinaria**, y ello precisamente ante la imposibilidad de demostrar de manera plena, que se configuraba la excepción, esto es, la posibilidad de aplicar el fuero penal Militar”. (Rad. 13237 del 20 de febrero de 2012, Fiscal TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).

### Homicidio

El Despacho se abstiene de conocer el recurso de apelación por ser presentado extemporáneamente.

“En efecto. Revisada la actuación se advierte que la notificación de la resolución de acusación fue agotada en forma personal para todos los sujetos procesales. **La última y única notificación se surtió el día primero (01) de abril de 2011 a la Doctora GLADYS ROMERO ÁNGEL Representante del Ministerio Público, a la abogada defensora Doctora YAHJAIRA OROZCO MUÑOZ y al procesado Patrullero JAIME ANDRÉS PEÑA GARCÍA (Fol. 446 vuelto)**, luego, a partir del día siguiente comenzaron a correr los tres días de ejecutoria, término dentro del cual no solo podía interponerse el recurso sino debió producirse la sustentación.

El artículo 362 de la Ley 522 de 1.999 sobre la oportunidad para interponer la apelación señala:

'...Las apelaciones se interpondrán así:.....contra los **autos interlocutorios, de palabra en el momento de la notificación, o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes**. Contra las sentencias y autos de cesación de procedimiento, de palabra en el momento de la notificación o por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes...'

Sobre el término para presentar la sustentación del recurso de apelación el artículo 363 *Ibídem* señala:

'.....Antes del vencimiento del término de ejecutoria, quien interponga el recurso de apelación deberá exponer por escrito las razones de la im-

pugnación ante quien la profirió en primera instancia. **En caso contrario no se concederá...**'.

Entonces, si acorde con el artículo 333.2 *Ibidem* la resolución de acusación es una providencia interlocutoria, el término para interponer y sustentar el recurso de apelación **es de tres días** conforme a los artículos antes citados, en el caso de la sustentación del recurso por parte de la defensa del procesado Patrullero JAIME ANDRÉS PEÑA GARCÍA recibido el recurso el día siete (07) de abril de 2011, tal como consta a folio 448 y ss, igualmente figura a folio 454 constancia secretarial con fecha once (11) de abril de 2011 informando que en la fecha siendo las 08:00 horas venció el término para la presentación de recursos dentro del presente proceso, pero con fecha 070411 la DRA. YAHJAIRA OROZCO MUÑOZ Defensora del PT. PEÑA GARCÍA JAIME ANDRÉS presentó recurso de apelación contra la providencia del 300311, mediante la cual se profirió resolución de acusación contra su prohijado, el cual fue presentado dentro del término, no entendiendo este Despacho porque la constancia secretarial otorga un término de ejecutoria de cinco (5) días.

Por lo anterior, el término de ejecutoria para esta clase de providencias es de **tan solo tres días**". (Rad. 14124 del 30 de noviembre de 2011, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).

## **Homicidio**

Coautoría aditiva en los delitos imprudentes.

"...existe un comprometimiento del trío de vinculados a título de coautores en un delito imprudente que lesionó el bien jurídicamente tutelado de la vida, que se verifica por la violación conjunta de aquel deber objetivo de cuidado que les era exigible en el uso de sus armas, lo que se constituyó en clara consecuencia para la edificación de un resultado antijurídico que enfrenta seriamente un juicio de responsabilidad."

"... si para el evento de los delitos dolosos se admite la figura de la coautoría aditiva en el entendido de que plural número de individuos bajo un designio común realizan al mismo tiempo la acción ejecutiva, pero solo una

o alguna de las acciones desplegadas generan el resultado típico, y hoy en día la tendencia contemporánea abre paso para pregonar la posibilidad de la inclusión de la institución de la coautoría en los delitos imprudentes en la que como es obvio, a diferencia del mancomunado acuerdo criminal, se exige el 'deseo colectivo de llevar a cabo la acción que infringe el deber objetivo de cuidado' 49, podrá con posibilidad de acierto indicarse que así no exista en este tipo de coautoría, la aditiva, propiamente una división de trabajo con una aportación individual que se constituya solo en una parte de un todo, sí confluó en el trío de vinculados un concomitante y tácito acuerdo para ejercer acciones imprudentes autónomas en el manejo de su armamento, atribuible en su conjunto a todos, pues de haber sido solo en uno o algunos de ellos, aquellas máximas de la experiencia que con insistencia evocamos enseñarían que los demás no se irían a dejar involucrar en una imputación que generaría la consecuente desaprobación; y si arribamos a esa conclusión, el homicidio en la descrita modalidad imprudente sería de consuno atribuible a los tres vinculados que, dicho sea de paso, aceptan haber disparado sus armas en el desarrollo de la operación, independientemente de poder técnicamente llegar a determinar cuál fue finalmente el proyectil que la alcanzó..." (Rad. 9051 del 29 de agosto de 2008, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

## Homicidio

Delitos de omisión impropia.

"Es claro, que en una acertada concepción en el estudio de la propuesta teórica que encamina el *A quo*, no importará en definitiva si el reproche por vía de la posición de garante subyace por el sendero de una conducta omisiva o una conducta activa, aquí lo realmente importante es hasta qué punto se cierne pertinente efectuar el encuadramiento típico por el sendero de una imputación dolosa o culposa, pareciendo lo acertado enfilarla por la segunda de las hipótesis, si se tiene en cuenta que así para el concreto evento que nos ocupa se cimienta aquel deber jurídico exigible a RIVERA RODRÍGUEZ en sede de una posición de garante dentro del desarrollo de aquel lamentable procedimiento, lo que aquí se vislumbra es que si se trata de aceptar la infidelidad del procesado frente a los derroteros que le demarcaba ese específico rol, ello acaece no por razón diversa a la ausencia del deber obje-

tivo de cuidado que le era exigible en el cabal planeamiento de la operación militar, lo que *per se* hace que el enrutamiento de cualquier tipo de imputación que se intente deba efectuarse encausados bajo la estructura del delito imprudente” . (Rad. 10416 del 31 de marzo de 2008, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

## Homicidio

Error indirecto de prohibición vencible. Punibilidad por vía del delito imprudente.

“Así las cosas, dable resulta precisar en el presente evento que habrá sin lugar a dudas que confirmarse la final determinación que se plasma en el proveído apelado partiendo simplemente del acertado tratamiento que ha de ofrecerse a la dogmática que plantea la recurrente quien en su criterio estima que la calificación del mérito sumarial debió darse por vía de un delito preterintencional mas no culposo, porque si bien enuncia los requisitos que exige esta modalidad y los acopla al evento *sub examine*, yerra cuando sin asaz fundamento probatorio indica que la intención del militar procesado era causar un daño menor al finalmente fallecido, empero que desafortunadamente se dieron los resultados ampliamente conocidos en autos, pues si ello fuese la conclusiva que conlleva el examen de las probanzas recaudadas, tendríamos necesariamente que estar hablando de un delito doloso, atendiendo simplemente la letalidad que representa un arma como de la que estaba dotado el militar, pues a la distancia a la que se encontraba con relación a la víctima y el lugar de impacto no habría diversa conclusión a asumir”.

“...sin embargo, lo que ocurre es que se fincan circunstancias antecedentes y concomitantes al hecho que no permiten reconocer en el comportamiento del SL. OLAYA PARADA una legítima defensa o por lo menos una legítima defensa putativa, porque si en realidad hemos aceptado la lógica inquietud que ese comportamiento derivaba y que en realidad con razón podría suponer una situación de inminente peligro, creemos que si aquel hubiese agotado los pertinentes mecanismos que procuraran la superación de ese error, conseguiría finalmente determinar que no era un inminente ataque el que representaba SIGIFREDO HIGUERA RAMÍREZ, quedando en consecuencia ese error dentro de una categoría perfectamente vencible

en la que acudiendo a la utilización de una acertada dogmática, iteramos, ineluctablemente tiene que conducirlo a un reproche de autoría y presunta responsabilidad por vía de la residualidad del delito imprudente” (**Rad. 13601 del 28 de septiembre de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar**).

### **Homicidio**

Nulidad por falta de investigación integral.

Y es que, debemos precisar, una cosa es la imposibilidad de lograr el asaz recaudo probatorio para la adopción de cada una de las decisiones en las diferentes etapas del proceso y otra, bien diferente, es la injustificada omisión para que se hubiesen encaminado las conducentes tareas hacia ese imprescindible objetivo, porque de avistarse la opción de efectuar el correspondiente acopio, como en el caso *sub examine* acontece, a ello ha de procederse sin vacilación. (**Rad. 8491 del 23 de mayo de 2008, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar**).

### **Homicidio culposo**

El técnico antiexplosivos no violó el deber objetivo de cuidado al remover una granada.

“No obstante lo anterior, es de la desprevenida lectura del paginario y en especial de la misma diligencia de inquirir de OLAYA FRANO, a la que dicho sea paso nada se opone, que habrá de colegirse que la actividad final que este buscaba era retirar la granada con la utilización del equipo de gancho y cuerda, siendo en la realización de la destacada maniobra que la granada explotó, situación muy diversa a la que emana de una direccionada intencionalidad de hacer explotar allí el artefacto, hipótesis que por lo mismo demandan soluciones dogmáticas diversas, pues en la primera podría en realidad pregonarse una violación del deber objetivo de cuidado al omitir la anunciada verificación previa la detonación, mientras que en la segunda el ejercicio pareciera devenir acertado y coherente con las circunstancias que la situación demandaba, porque no podrá exigírsele al aquí indagado una actuación suicida para obligarlo actuar de diversa manera” (**Rad. 13997 del**

28 de septiembre de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Homicidio culposo por comisión por omisión**

Posición de Garante de la Policía, que surge de la denominada competencia Institucional.

“...No se remite en consecuencia a duda, que los aquí procesados, una vez que recibieron la orden de llevar a ese joven hasta su residencia, evidenciando como se viene anotando, que no se trataba de una persona con todas sus capacidades cognoscitivas, y que por ende, era una persona desvalida que merecía especial protección de la Policía Nacional, asumieron esa **posición de garante** que se les viene enrostrando, la cual surge de la denominada **competencia Institucional**, esto es, como lo señala la Corte Suprema de Justicia,

“... de las obligaciones normativas específicas, el deber jurídico emerge del mandato constitucional establecido en el artículo 2º de la Carta, según el cual, las autoridades de la República, están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, sin alguna discriminación, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

Al propio tiempo, el artículo 6º del texto superior establece que los servidores públicos son responsables no solo por infringir la Constitución y las leyes, sino por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, precepto que permite deducir la existencia de unos deberes positivos frente a la amenaza de los bienes jurídicos.

(...)

La Corte Constitucional interpretando los deberes y obligaciones constitucionales del texto superior de 1991...Resaltó además que en el moderno derecho penal de orientación normativista fundamenta el juicio de imputación en la delimitación de ámbitos de competencia, en el sentido de que: **"sólo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o**

**evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante.** Lo demás –salvo los deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro– no le concierne al sujeto, no es de su incumbencia.

Lo anterior impone determinar previamente la competencia del sujeto, esto es, si le correspondía realizar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos en relación con ciertos riesgos, para de esta forma evidenciar si el resultado era evitable y cognoscible...”<sup>36</sup>.

Así las cosas y con fundamento en tales criterios jurisprudenciales, muy a pesar de lo planteado por los apelantes y por la Representante de la sociedad, al emprenderse ese examen a que se acaba de hacer referencia en el caso de los aquí procesados, innegable resulta que en su calidad de integrantes de la patrulla policial a la que se le encargó el traslado del menor **ANDRÉS FONSECA** hasta su residencia, y al evidenciar que se trataba de un discapacitado mental, necesariamente les correspondía haber realizado lo que la Corte llama, 'deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos', y en esa medida, como lo hemos venido señalando, al advertir que nadie respondió al supuesto llamado que hicieron a la puerta de la residencia que dicho joven les indicó que era su vivienda (afirmación a la que tampoco este Despacho le otorga credibilidad si nos atenemos al testimonio del vigilante del parqueadero en cuyo frente fue abandonado dicho menor de edad, en el sentido de que simplemente lo sentaron en un andén y se marcharon, sin haber hecho pesquisa alguna con los residentes del sector para tratar de establecer si en realidad conocían a ANDRÉS y si esa era en realidad su residencia), lo lógico y lo legal era que se hubieran comunicado con sus superiores para pedir instrucciones sobre el camino a seguir con este último, o por lo menos, haber regresado con él hasta las instalaciones del C.A.I del cual eran orgánicos a la espera de que alguien se interesara por su paradero, nada de lo cual hicieron, sino que indolentemente y como si se tratara de cualquier objeto, lo fueron dejando abandonado a su suerte, con el baladí argumento de que debían seguir con su turno de vigilancia, y que porque les estaban requiriendo para atender

36 Sentencia del 14 de Noviembre de 2007, radicado 28.017, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

otro caso de Policía, como si el que se les había confiado y que aún no habían llevado a buen término, hubiera dejado de tener importancia, olvidando lo consagrado en el Artículo 18 del Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional, en el que al referirse a la Policía como profesión, se aduce que los miembros de esa Institución, "...son profesionales en policía, preparados con un currículum íntegro, estructurado, sólido **y con una gran dimensión en el campo social, para desarrollar una abnegada labor en beneficio de la comunidad**, cuyo desempeño está regulado por reglamentos propios...". (Rad. 13767 del 30 de mayo de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### **Homicidio culposo y desobediencia**

Ruptura de la unidad procesal.

"Así las cosas, el perfecto deslinde que de la situación se efectúe debe abarcar dos aspectos bien relevantes, uno de índole procesal, otro de estirpe dogmático sustancial, el primero direccionado a definir si realmente la investigación de las plurales conductas podrían haberse surtido por una misma cuerda en el entendido de estar una de ellas contemplada en la ley 1058, tramitable al interior del procedimiento especial, el segundo para escindir si realmente en sede de tipicidad de satisfacerse todo el contenido de lo que implica una orden legítimamente emitida con las formalidades legales, pues según el memorialista es frente a este elemento propio de la edificación de la teoría del delito en donde se finca su inconformismo" (Rad. 13298 del 14 de diciembre de 2009, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Homicidio defensa putativa**

Error de prohibición indirecto.

"El aquí procesado, creyó erróneamente que se trataba del enemigo que los iba a atacar, por lo cual, el mismo procesado, se encuentra en una de las causales de inculpabilidad del Código Penal Militar, consagrada en el Artículo 35 de la Ley 522 de 1999 – Numeral 3° 'Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que su acción u omisión es lícita'.

El **ERROR DE PROHIBICIÓN** incide sobre la antijuridicidad de la acción, bien sea por ignorar la existencia de la prohibición o por suponer erradamente que concurre una norma justificativa, en ambos casos el error de prohibición impide la culpabilidad pues si por error invencible se ignora la ilicitud del acto no le es exigible la conducta adecuada a derecho.

**“...Quien ignora no tiene conocimiento alguno del hecho; Quien yerra posee un conocimiento equivocado sobre él...”** (Op. Cit., pág. 122).

En cuanto al **error de prohibición indirecto**, el agente cree equivocadamente que actuó bajo el amparo de una causal de justificación, cuando en realidad no existe esta, como cuando considera que se está defendiendo legítimamente de una agresión inminente, la que en realidad no existe (Defensa putativa).

De conformidad al acervo probatorio allegado al caso materia de discusión, se resalta el hecho de que dentro del contexto de este insuceso, existe prueba indicativa de que en el lugar donde se produce el lamentable hecho, había mucha maraña, aunado que es un sector de orden público, crítico con presencia activa de la guerrilla, campos minados, en donde predominaba la presión psicológica ante las amenazas de un posible ataque y el monitoreo técnico por parte de los subversivos, lo que hacia la situación tensa, esto se infiere de las diferentes declaraciones allegadas al proceso como la que encontramos a folio 53 del Sargento Pérez Amaya Ferney “El soldado estaba como detrás de un árbol no tan grueso, estaba como detrás del árbol y los tiros habían arrasado la mata de monte donde pegaron los disparos”. Frente a la situación de orden público señala: “Era un poquito tensa, se escuchaba por monitoreo técnico de la gran cantidad de bandidos que hablaban aproximadamente cada de hora de movimientos y utilizaban claves”.

(...)

Al analizar de manera conjunta las pruebas encontradas, vemos que la presencia militar de miembros de la fuerza pública obedece a una orden de operaciones, específicamente la número 08 “ESCORPIÓN”, en la que identifica la presencia de grupos al margen de la Ley, los cuales corresponde a los representantes legítimos del Estado neutralizar.

Es evidente que eso lo saben los hombres que allí hicieron presencia para el día de los hechos, tan es así que es reconocido por todos que la zona es una crítica.

(...)

Este Despacho encuentra de conformidad a la prueba testimonial que hubo una acción típica, y antijurídica, pero que dentro del estudio de la culpabilidad, se puede advertir la Defensa Putativa, como una de las modalidades de error indirecto de prohibición invencible. Tal como lo expresa el tratadista GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando, en su obra **Culpabilidad e Inculpabilidad**.

Es decir, la reacción del procesado fue instintiva producto de circunstancias anteriores a la presencia de la guerrilla, el mismo miedo genera estar en tales situaciones, lo que hizo obrar bajo la creencia de sentirse agredido.

Bajo tales premisas, este Despacho considera que se debe revocar la decisión del A quo toda vez que el **SLP. SANTIAGO ALONSO ARBOLEDA OSORNO** actuó bajo el convencimiento errado e invencible de la licitud en su conducta”. (**Rad. 14082 del 26 de junio de 2012, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar**).

### **Homicidio y lesiones personales**

Competencia de la justicia penal militar. Vinculados actuaron dentro del marco del DIH.

“Así las cosas, obsérvese cómo se extrae de la declaración de LILIANA MARGARITA ROJAS RIVERA que realmente los militares vinculados, quienes se encontraban en un operativo contraguerrilla, fueron injustamente agredidos con la utilización de armas de fuego por parte de ÁLEX MAURICIO GRACIANO GUERRA y JHON MAURICIO GRACIANO, esposo y hermano de esta, y que estos efectivamente fungían como militantes del quinto frente de las *Farc*, perfilándose con marcada nitidez que los militares siempre se mantuvieron dentro de los lineamientos que constitucional y legalmente les traza el ordenamiento jurídico interno y el emanado

de los tratados internacionales suscritos por Colombia en aplicación del bloque de constitucionalidad, muy a pesar de conocerse el lamentable resultado en carnadura de quienes ciertamente son considerados por el Derecho Internacional Humanitario como personas protegidas, de conformidad con lo tipificado en los artículos 135 y 136 del Código Penal común, entre otros ordenamientos; sin que pueda afirmarse que fueran ellos transgresores de las aludidas normas al establecerse que su función se limitó de forma rigurosa a cumplir los derroteros que el comandante les impuso al interior de aquella orden de operaciones 'Emperador', que precisamente estaba direccionada para que la tropa fuera en busca de los integrantes del quinto frente del irregular grupo, determinándose que efectivamente al interior de aquel inmueble se encontraban personas pertenecientes a dicha organización, quienes, iteramos, haciendo caso omiso a las proclamas del Ejército Nacional inician la agresión contra los militares obligándolos a reaccionar, tal como lo relatan los procesados y la misma LILIANA MARGARITA ROJAS RIVERA, manifestándose de patente manera que el accionar militar guarda clara relación con su específica misión y que en el particular caso que atendemos está íntimamente conexo con el servicio a ellos delegado, entendiéndose con tales elementos que la competencia en este caso no puede recaer en autoridad distinta que la especial, esto es, la jurisdicción penal militar” (**Rad. 12791 del 16 de septiembre de 2011, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar**).

### **Homicidio y lesiones personales**

Improcedencia de la apelación por ausencia de interés jurídico para recurrir.

“Bajo el cometido de dicha perspectiva nos correspondería en consecuencia entrar a desatar el requerimiento que en escrito que obra como recurso de apelación presenta el doctor FERMÍN RAMBAL HERRERA en su condición de defensor de los policiales SI. EDWIN MARTÍNEZ NISPERUZA, SI. EVERTH DE JESÚS CAMPO GARCÍA, PT. ALFREDO GUERRA NAVARRO y PT. JAIME SEGUNDO OROZCO TORRES, si no fuera porque luego de una reposada revisión del expediente se verifica que la providencia que suscita la activación de la facultad defensiva del letrado se cimienta a partir de dos pilares jurídicos fundamentales, (i) garantizar que se blinde el proceso de fisuras que lo tor-

nen insostenible en el mundo jurídico como lo son el derecho a la defensa del ST. CARLOS AUGUSTO GONZÁLEZ RUIZ y (ii) se dote de garantías procesales a los demás vinculados quienes son patrocinados legalmente por el profesional del derecho que recurre, observándose que al fin de cuentas lo que pretende la señora fiscal en su proveído es reivindicar que se haga efectivo el derecho a la defensa y el debido proceso, entorno en el cual vislumbra el Despacho que no se reviste el apelante de ninguna objetiva motivación que de contundente manera lo respalde para pretender evitar que la atacada decisión logre real efectividad, pues, entre otros aspectos, remembremos que para que se acredite de manera plena y satisfactoria un interés jurídico para recurrir se constituye en requisito de forzosa concurrencia que la decisión de que se trata, la que lo motiva para intentar que el superior la elimine del universo jurídico, hubiese producido un agravio o perjuicio a la parte inconforme, exigencia que en el *sub examine* no se encuentra patentizada” **(Rad. 13681 del 1º de febrero de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).**

### **Impedimento**

La compulsa de copias no se puede asimilar a una denuncia o querrela, por cuanto realizó una labor propia dentro de la órbita de sus funciones judiciales.

“Es claro que la señora Fiscal A quo, orienta la causal de su impedimento por los presupuestos del numeral 4º del artículo 277 del Código Penal Militar.

3º. Es necesario señalar que la naturaleza y funcionamiento propios de la institución de los impedimentos y recusaciones, apuntan al cumplimiento y efectividad del principio de imparcialidad que concierne a la función judicial y precisamente por ello, las causales de impedimento se hallan taxativamente previstas en la ley, por tanto, la posibilidad de declararse impedido como lo ha sostenido la Corte, 'no depende de los escrúpulos que puedan asistirle al funcionario para entrar a revisar de nuevo un asunto del que ya conoció funcionalmente, sino de la exacta adecuación del caso a las hipótesis que se consagran en las diversas causales...'.

Es así que esta causal incoada, no es válida y aplicable al caso en concreto, teniendo en cuenta que la compulsa de copias que se realizó fue para

que se investigara a la(s) persona(s), por la presunta vulneración flagrante del derecho a la libertad, tal como lo refiere la misma funcionaria en su auto de fecha 27 junio de 2008 folio 3 del cuaderno No. 1, que en este caso le fue conculcado al soldado HOYOS ARANGO JOSÉ, al permanecer desde el 05 de junio de 2008 al 27 de junio de 2008, presuntamente detenido sin que mediara orden de detención por parte de autoridad judicial correspondiente. Pues este acto fue ejecutado dentro del ejercicio de sus funciones como Fiscal 20 Penal Militar y en ningún momento actuó extraprocesalmente, así como lo ha reiterado la jurisprudencia, **los actos ejecutados por los Magistrados, Jueces y Fiscales en cumplimiento de sus deberes oficiales, no pueden constituir al mismo tiempo motivo de impedimento para intervenir en posteriores actuaciones, salvo en el evento de haber dictado la providencia de cuya revisión se trata.**

Si bien el impedimento lo fundamenta en ser denunciante o querellante, este caso aquí no aplica, por cuanto realizó una labor propia dentro de la órbita de sus funciones judiciales, por ello no puede tener tal virtud el sustento del impedimento ser procedente, toda vez que si la ley ha deferido a un funcionario facultad para que adopte decisiones que derivan de una función propia, mal podría operar ello a la vez como circunstancia que le impidiera asumir en otro proceso su labor.

**El que se ordene la compulsión de copias, en nada compromete la imparcialidad de un funcionario que a futuro vaya a conocer del proceso.**

(...)

Por ello es razón más que suficiente para declarar infundado el impedimento planteado por la respetable Doctora MAGDA ELIANA TAMI MEZA, en su calidad de Fiscal 20 Penal Militar ante el Juzgado 10 de Brigada, pues su pronunciamiento respecto de la compulsión de copias para que se investigara al CT. BENÍTEZ NÚÑEZ LUIS DAVID y otros, por el delito de PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD, ocasionado al SL. JOSÉ HOYOS ARANGO, y ahora como consecuencia de este acto jurídico entra a conocer de la etapa de calificación del mérito del sumario en relación a la conducta del oficial BENÍTEZ y demás uniformados involucrados en este asunto, se originó dentro del ejercicio de sus funciones y atribuciones como tal, pues en ningún momento

actuó extraprocesalmente, entonces, la opinión emitida dentro del marco propio de las funciones judiciales, siempre estuvo encaminada como Fiscal, tal como lo reflejan los antecedentes procesales, lo que hace que no sea motivo de impedimento” (Rad. 14289 del 12 de septiembre de 2012, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).

### **Impedimento**

Se acepta impedimento causal 7ª Artículo 277 de la Ley 522 de 1999, por haber actuado el Fiscal como Juez de Instancia y Presidente de Corte Marcial dentro del mismo proceso.

“...La causal alegada (art. 277-7 del C. P. Mil.) por parte del señor Fiscal 149 Penal Militar que actúa ante el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Cali, para no intervenir en la Corte Marcial dentro del presente proceso, resulta en efecto procedente, pues nos basta con revisar el cuaderno No. 4 para darnos cuenta que a folios 668 y siguientes, aparecen sendas actuaciones suyas cuando fungía como Juez de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Cali, entre ellas y que atañen a la causal invocada, **el haber intervenido como Presidente de la Corte Marcial** llevada a cabo el día veinticinco (25) de marzo del año en curso, en donde ya se había juzgado la conducta de los aquí procesados, **emitiendo posteriormente con fecha abril ocho (8) de ese mismo año, sentencia condenatoria** en contra del AG. (r) LUIS MARIO RODRÍGUEZ PÉREZ, como autor del delito en mención, imponiéndole la pena principal de treinta y dos (32) meses de prisión y multa de catorce millones ciento dieciséis mil ochocientos pesos (14.116.800) y como accesorias, la separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso de 32 meses, mientras que en el caso del policial HERNÁN ADOLFO AHUMADA MODESTO, lo exoneró de toda responsabilidad frente a dicho reato, de manera que no se remite a duda que esas dos actuaciones procesales, dada la importancia y trascendencia de las mismas, tuvieron la entidad suficiente como para comprometer la imparcialidad y el criterio de quien ahora funge como Fiscal ante el mismo Juzgado en que en pretérita oportunidad fue su titular, estando por ello impedido para actuar en la Corte Marcial convocada por el nuevo Juez de conocimiento, participación que igualmente se estima esencial, comoquiera que deberá sustentar la Resolución de Acusación con la cual se llevó a juicio a los aquí procesados.

Abundando en consideraciones y en punto a la causal que se viene analizando, que corresponde a la signada con el Número 6 del Artículo 99 de la Ley 600 de 2000, siendo uno de los presupuestos que la agotan, el hecho de haber participado dentro del proceso, y que en nuestro sentir equivale al hecho de haber intervenido como integrante de corte marcial dentro de un mismo proceso, ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

'... Similar argumentación cabe exponer frente a la participación dentro del proceso de que trata la causal 6ª, máxime que en su respecto no pueden desligarse de la hipótesis alusiva a la actividad o intervención del funcionario que se declara impedido en el proferimiento de la decisión que se pretenda revisar obviamente en instancia diferente, pues es obvio que no se refiere a cualquier participación como parece entenderlo equivocadamente el funcionario que ahora pretende separarse del conocimiento del asunto, sino de aquella que habiendo tenido alguna incidencia en la decisión esta sea objeto de revisión, luego no se trata de que su facultad para intervenir dentro de una determinada instancia se convierta en óbice por sí misma para actuar en otra o en la misma, **a no ser que su participación en una de ellas haya sido de tal magnitud que en efecto incida en su imparcialidad** o que haya sido el que dictó la decisión que se pretende revisar en sede diferente...'37...' (Rad. 14298 del 17 de octubre de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### **Insuperable coacción ajena**

Se niega existencia de esta causal de inculpabilidad en un proceso por lesiones personales dolosas - Análisis dogmático de los presupuestos de la eximente.

"...Menos aún podría hablarse de la existencia de otra de las causas de inculpabilidad en la actuación del **AT. GONZÁLEZ TORRES**, esta sí mencionada directamente por el apelante (haber actuado bajo insuperable coacción ajena), aunque sin tomarse el más mínimo trabajo de explicar el porqué de la supuesta existencia de la misma, puesto que si se entiende, como lo hizo el A quo, que su estructuración se dio por lo apremiante de la situación y por la supuesta inminencia de un peligro, hemos de señalar en completo acuerdo con el A quo, que al hacer un análisis de los elementos

37 Auto del 16 de marzo de 2005, radicado 23.374, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

constitutivos de la misma, no se vislumbra, siquiera de lejos, posibilidad alguna para su reconocimiento.

En efecto, para la configuración de dicha causal, ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

'... Como lo ha dicho la Jurisprudencia de la Corte, la **insuperable coacción ajena** como causal de ausencia de responsabilidad prevista por el artículo 32, numeral 8° de la Ley 599 de 2000 (antes causal de inculpabilidad de acuerdo con el artículo 40 del Decreto 100 de 1980), para que constituya circunstancia eximente de responsabilidad debe consistir en un acto de violencia moral verdaderamente irresistible **generada por un tercero, que tenga por causa un hecho absolutamente ajeno a la voluntad del agente, que lo obligue a ejecutar aquello que no quiere, sustentado en el miedo o en el temor y la voluntad de evitarse el daño amenazado.**

Dicho de otra manera, la insuperable coacción ajena supone la existencia de una 'vis compulsiva', es decir, que la persona no procede, porque es actuada, es perfectamente determinada por esa coacción de la que no puede liberarse y que domina totalmente su voluntad que podía llevarla a actuar de manera diversa a la que fuera fruto de su propia autodeterminación que ha perdido de manera total<sup>38</sup>.

En síntesis, para predicar la existencia de la insuperable coacción ajena, deben concurrir los siguientes presupuestos a saber:

- a. Que haya peligro inminente, es decir, que no sea futuro o incierto, pero sí serio o inevitable por otro medio.
- b. Que se advierta un mal que para el violentado sea de naturaleza más grave que el que puede ocasionar con la comisión del hecho ilícito propuesto.
- c. Que no pueda ser evitado sino realizando ese hecho prohibido por la ley, es decir, que la conducta ilícita no haya sido consentida previamente.

38 Sentencia del 23 de noviembre de 1990, radicado 949.

En esas condiciones, la coacción se erige como el empleo de la fuerza física o psíquica presente o futura sobre una persona para lograr de ella un comportamiento de acción o de omisión, que en otras circunstancias voluntariamente no realizaría...”<sup>39</sup> (Rad. 14110 del 18 de mayo de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### **Investigación integral**

No resulta congruente disponer el cierre de la investigación, para luego en el calificadorio hacer referencia a una serie de dudas que han podido esclarecerse con el concurso del Juez Instructor.

“...En este orden de ideas, y teniendo claro este Despacho Ad quem, que en el caso objeto de estudio se dejaron de practicar las pruebas a las que se acaba de hacer mención, y las que de ellas puedan surgir, resulta indudable que su acopio será de incalculable valor al momento de calificar nuevamente el mérito del sumario, siendo este el motivo principal para aceptar lo invocado por el Ministerio público en cuanto a la nulidad parcial de lo actuado se refiere, al ser evidente que en el caso de autos, no se realizó una verdadera investigación integral, y que esa serie de dudas han podido eliminarse de haberse procedido por el operador judicial con mayor acuciosidad, diligencia y cuidado, pues no resulta congruente disponer el cierre del ciclo instructivo, para luego en el calificadorio hacer referencia a la existencia de una serie de hesitaciones que bien han podido esclarecerse de haber devuelto la actuación en forma oportuna al Juzgado de Instrucción, disponiendo la práctica de las pruebas requeridas para tratar de eliminarlas, como lo consagra el Artículo 553 del C.P.M.

En torno al tema de la necesidad de una verdadera investigación integral, dijo la Corte Suprema de justicia lo siguiente:

“...es indiscutible el deber jurídico del funcionario judicial de garantizar una investigación integral tanto en lo favorable como en lo desfavorable a los intereses del sindicado... para determinar la trascendencia de la laguna dejada por la prueba no practicada, no basta ponerla de relieve, o señalarla. O, expresado en otros términos: no es suficiente advertir la ausencia de una

39 Sentencia del 24 de octubre de 2007, radicado 22.005, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

prueba para que, por esa única razón, se configure una violación al principio de investigación integral. La relevancia de esa omisión, su carácter necesario, se deriva, no del señalamiento objetivo de las pruebas echadas de menos, sino de la confrontación lógica de estas con el valor demostrativo que informa las que el funcionario estimó conducentes para la clarificación de lo acaecido, sus circunstancias y sus autores”<sup>40</sup> (**Rad. 14278 del 26 de septiembre de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar**).

### **Legítima defensa de un tercero**

Estudio dogmático de la Figura y sus similitudes con la legítima defensa propia.

“...Así las cosas, y apartándonos diametralmente de los planteamientos del A quo y del señor Procurador apelante, del estudio de las pruebas aportadas al plenario, se puede concluir que el **SI. SÁNCHEZ SANABRIA HILTON** en el momento culminante de los hechos, al haber causado las lesiones que aquí se investigan al sujeto JAIME CALDERÓN VALBUENA, actuó en circunstancias que permiten el reconocimiento en su favor de la causal de justificación conocida como **LEGÍTIMA DEFENSA EN FAVOR DE UN TERCERO**, y no constitutivas como erróneamente se adujera, de un inexistente error de prohibición indirecto, pues las pruebas aportadas al sumario son manifiestas en determinar que la actitud asumida por quien resultara lesionado, constituyó una inminente agresión contraria al ordenamiento jurídico, y en tales circunstancias el Agente del orden aquí vinculado, no estaba en la obligación de tolerar dicha acción y mucho menos se le podía exigir un comportamiento diferente, pues había surgido en él la 'necesidad de defender los bienes jurídicos en cabeza de un tercero', debiendo responder ineludiblemente con los mecanismos puestos a su disposición por el Estado, esto es, su arma de fuego como único medio idóneo a su alcance para anticiparse a la agresión, presentándose el correspondiente moderamen entre los medios empleados, y proporcionalidad entre los bienes jurídicos puestos en conflicto.

La amenaza ejercitada por quien resultara lesionado, al perseguir al señor ARTURO ARBOLEDA, era manifiesta, evidente, real e inminente. El peligro que creó el sujeto CALDERÓN VALBUENA injustamente, también era

40 Rad. 18.626, M.P. Álvaro Orlando Pérez, 06 de agosto de 2003.

apremiante si se tiene en cuenta que hizo caso omiso ante el llamado de alerta del policial, quien primero intentó detenerlo sin usar su arma, aunque sin resultados positivos, transformándose así fenomenológicamente el desarrollo normal de las cosas, debiéndose concluir entonces que al procesado se le impuso reaccionar en ejercicio del mecanismo instintivo de defensa de la sociedad ante la realidad objetiva que se le presentaba de disparar contra el agresor, porque si hubiese adoptado una actitud pasiva en ese momento, seguramente el señor ARTURO ARBOLEDA hubiera sido víctima en dichos hechos, pues su bien jurídico de la integridad personal, o muy posiblemente el de la vida hubieran sido vulnerados.

**En consecuencia, el análisis del recaudo probatorio es conclusivo al determinar que la conducta asumida por el policial SÁNCHEZ SANABRIA, encuadra en la causal de Justificación consagrada en el numeral 4° del artículo 34 del Código Penal Militar, lo cual se traduce en que en el presente caso han aparecido aspectos negativos de la antijuridicidad que hacen por consiguiente, que el delito desaparezca, tornándolo jurídico....” (Rad. 13490 del 25 de julio de 2011, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).**

### **Lesiones personales**

Se revoca Cesación de Procedimiento, se profiere Resolución de Acusación, por Violación Reglamentos Internos de la Policía Nacional y normas de tránsito.

“Así las cosas para ésta Fiscalía Ad Quem prospera el recurso de apelación presentado por la Representante del Ministerio Público Doctora **ELBA RUTH URIBE MARTÍNEZ**, Procuradora 293 Judicial Penal I, por cuanto el policial no observó los reglamentos internos, ni las directrices emanadas de la Policía Nacional, y por el contrario desarrolló una acción contraria a derecho, vulnerando la integridad de una persona, pues no puso en práctica conocimientos que ha recibido en su formación policial, es obvio que no debió agredir a un particular de manera directa sobre su humanidad, si consideraba que este ciudadano tenía un comportamiento anómalo o contrario a la Ley, los procedimientos para esta clase de eventualidades están definidos previamente para que la policía pueda actuar” **(Rad. 13179 del 20 de marzo de 2012, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).**

## **Lesiones personales**

### **Cambio de calificación de culposas a dolosas**

“Así las cosas observa este Despacho que el comportamiento asumido por el PT. TRIANA TRIANA FREDY, desde ningún punto de vista se puede permitir, y el mismo no se configura desde un ámbito culposo, sino doloso, no es posible admitir por parte de este Despacho que se toma el arma de dotación para con la culata propinar golpes a otra persona a un ciudadano con proceder culposo, el delito imprudente propiamente dicho es el que admite que se vulnera el deber objetivo de cuidado, en el presente caso lo que hay es un comportamiento eminentemente doloso, ya que el comportamiento asumido por el policial al ocasionar golpes no fue dirigido a neutralizar a los contendores de la riña, sino de ocasionar daños en el cuerpo del señor Lucum” **(Rad. 13549, 30 de septiembre de 2011, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).**

## **Lesiones personales**

### **Agravación de lesiones culposas a dolosas a pesar de ser apelante único.**

“Aclarado lo anterior, una vez analizados los elementos de juicio que tuvo el A quo para acusar al PT. GIOVANNY HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, por el punible de LESIONES PERSONALES CULPOSAS, este despacho de manera alguna puede acoger la tesis del calificador primario, pues como bien lo señalara el señor Procurador Judicial apelante, tales lesiones atribuibles a dicho procesado, desde ninguna óptica pueden estimarse como Culposas, sino eminentemente Dolosas, por las razones que pasamos a indicar a continuación:

Analizando las nociones de dolo y de culpa consagradas en los Artículos 41 y 42 del C.P.M., respectivamente, vemos que nuestro estatuto represor castrense, acogió la teoría unitaria o sincrética del dolo, integrado por un elemento de carácter intelectual o cognoscitivo, que se desprende de la expresión (el agente conoce el hecho punible) y otro de naturaleza volitiva (y quiere su realización), debiéndose entender además respecto al elemento cognoscitivo, que este demanda el conocimiento de la conducta típica en sus elementos estructurales, es decir que el sujeto activo de la conducta

debe saber que realiza un comportamiento legalmente prohibido por el ordenamiento penal, mientras que por aspecto volitivo debemos igualmente entender que el sujeto quiere realizar la conducta típica y antijurídica, o quiere ejecutar la conducta y el resultado hacia el cual orienta su actividad.

(...)

Así las cosas, y determinadas con claridad las concepciones del dolo y la culpa en nuestra legislación penal castrense, no podemos aceptar desde ninguna óptica el que se diga por parte de la Fiscalía A quo, que el comportamiento desplegado por el PT. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, frente a las lesiones que se le endilgan, pueda calificarse como culposo, pues pese a que el honorable Tribunal Superior Militar, al pronunciarse frente al recurso de apelación interpuesto por el Representante del Ministerio Público, contra el auto por medio del cual se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de lesiones personales culposas mas no así a título de dolo, consideró que no era posible tal variación hasta tanto no se recaudaran pruebas de balística para establecer la posible trayectoria del disparo y de esta forma determinar si se trató de una conducta culposa o dolosa, para con base a ello establecer si la herida que presenta el lesionado a la altura del cuello fue producto de un accidente o forcejeo, prueba que desafortunadamente no fue practicada, empero este despacho considera que ante la ausencia de esta prueba técnica se cuenta con una prueba de carácter testimonial que es precisamente la del AR. JAIRO CÉSAR CUBIDES BARBOSA (hoy patrullero), quien justamente era el Institucional que acompañaba al hoy procesado el día en que ocurrieron los hechos, y quien de manera alguna respalda y desmiente su dicho de que el arma se disparó accidentalmente durante un forcejeo que se suscitó con el ciudadano JHON ÁNDERSON BENÍTEZ CEDIEL, cuando este pretendía despojarlo de su arma de dotación en el momento cuando el PT. CUBIDES BARBOSA requisaba a sus acompañantes, sino que por el contrario y como bien lo señalara el Ministerio Público, la prueba es indicativa de que tales lesiones fueron ocasionadas en forma dolosa por el citado sumariado.

(...)

Con una versión de esta naturaleza, cómo sostener entonces la existencia de una conducta culposa, si del análisis de las pruebas arrojadas al

plenario, emerge a todas luces que aquí no se presentó una simple violación al deber objetivo de cuidado que es uno de los presupuestos de la culpa, sino un comportamiento eminente e indiscutiblemente doloso (*dolus directus*) por parte del actor, entendiéndose por tal aquel que se presenta cuando la realización del tipo, como aquí sucedió, ha sido perseguida de manera directa por la voluntad del agente, quien de acuerdo con la versión suministrada por el AR. JAIRO CÉSAR CUBIDES BARBOSA, cuando se encontraba requisando al hoy lesionado el PT. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ le propinó una 'patada', generando la obvia reacción de este quien al voltearse se escucha seguidamente el disparo que le causó las lesiones en el rostro, versión que sin lugar a dudas dan cuenta el procesado de autos sin mediar palabra disparó su arma de dotación contra el ciudadano JHON ÁNDERSON BENÍTEZ CEDIEL generándole las graves lesiones con la incapacidad y las secuelas de carácter permanente que le fueron dictaminadas por Medicina Legal.

(...)

Descartada entonces la existencia de un comportamiento culposo en cabeza del PT. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, y ratificada por el contrario una acción eminentemente dolosa como lo planteó el señor Procurador en el memorial contentivo del recurso de alzada, estimamos que se encuentran reunidos a cabalidad los requisitos sustanciales para llamarlo a responder en juicio por el reato de lesiones personales dolosas de las que hiciera víctima al señor JHON ÁNDERSON BENÍTEZ CEDIEL, pues además de estar demostrada la ocurrencia del hecho y su tipicidad, existen en el proceso varios testimonios que lo señalan como el directo responsable de dichas lesiones, y en particular nos merece completa credibilidad la versión de los hechos suministrada por el AR. (hoy Patrullero) JAIRO CÉSAR CUBIDES BARBOSA, comoquiera que presenció en forma directa la manera de cómo sucedieron los hechos, razones todas estas que estimamos más que suficientes para aceptar los planteamientos del apelante.

Se arriba a la anterior conclusión, pues como se viene anotando, el Fiscal A quo, excluyó de la valoración o apreciación de las pruebas en conjunto, que se exige en este tipo de decisiones, las pruebas arriba referidas, y particularmente la declaración del señor PT. JAIRO CÉSAR CUBIDES BARBOSA” **(Rad. 13618 del 27 de julio de 2011, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).**

## Lesiones personales

### Cesación de Procedimiento, culpa exclusiva de la víctima

“Para esta Fiscalía de Segunda Instancia, las pruebas allegadas en su valoración conjunta, demuestran a no dudarlo la flagrante violación por parte del propio lesionado de elementales normas de tránsito, poniendo en peligro su integridad física, pues al examinar el Código Nacional de Tránsito y Transportes, **y más concretamente las normas inherentes para los peatones**, vemos en primer término, que pese a la situación que se le presentó en ese momento **(la persecución de quien le había hurtado un elemento en su establecimiento público)**, ha debido comportarse dentro del tránsito, de tal forma que no pusiera en riesgo a los demás, y que debía conocer y cumplir la normatividad de tránsito. Veamos lo que dice al respecto el Artículo 55 de la Ley 769 de 2002:

'Artículo 55. Comportamiento del conductor, pasajero o **peatón**. Toda persona que tome parte en el tránsito como conductor, pasajero o peatón, debe comportarse en forma que no obstaculice, perjudique o ponga en riesgo a las demás y debe conocer y cumplir las normas y señales de tránsito que le sean aplicables, así como obedecer las indicaciones que les den las autoridades de tránsito'.

Como puede apreciarse, y de acuerdo con las pruebas obrantes en autos, estas fueron las normas que desconoció el ciudadano accidentado para el día de los hechos que aquí se investigan, por la manera en que imprudentemente se abalanzó sobre la Avenida, para tratar de cruzar dicha vía y así dar alcance de la persona que le había hurtado una caja de cerveza, se lanza sobre la vía lo cual se deduce de su propia declaración...

(...)

Incluso como bien lo expuso la Defensa Técnica del procesado así como la representación del Ministerio Público ante la segunda instancia, **de las declaraciones de quienes fueron testigos de los hechos dan cuenta de la manera imprudente como el hoy lesionado cruzó la vía...**

Como puede apreciarse, este ciudadano, de manera imprudente, decide abalanzarse sobre dicha vía, como se aprecia en las Fotografías tomadas du-

rante la diligencia de Inspección judicial con reconstrucción de los hechos<sup>41</sup>, así como del informe policial de accidente de tránsito No. 6800100A conculcando así, otras de las disposiciones del Código Nacional de Tránsito...

Por ende y concentrándonos en los planteamientos esbozados por la defensa del sindicado en el recurso de apelación que trajo el proceso a la segunda Instancia, debemos señalar de antemano, que razón le asiste al señalado profesional del derecho para aducir que fue **la culpa exclusiva de la víctima, la que anuló la capacidad de previsión por parte de su defendido**, pues con su comportamiento imprudente, se incrementó indebidamente un riesgo, pasando por alto los deberes de cuidado que le eran exigibles en esos momentos, al conculcar en su condición de peatón, todas esas normas de tránsito citadas de manera precedente, razones suficientes para considerar que nos encontramos frente a la asunción voluntaria de un riesgo, al realizar un comportamiento social y jurídicamente desaprobado, entrando la víctima en el campo de la autopuesta en peligro, ya que es del rol de todo peatón evitar actuar de manera tal que ponga en peligro su vida impidiendo de esta manera todo resultado lesivo para su integridad física, tal como lo prevé el nuevo Código Nacional de Tránsito” (Rad. 14077 del 14 de agosto de 2012, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).

## Lesiones personales

### Victimodogmática.

“Resulta imprescindible insistir, dentro de la construcción dogmática incluida en esta disertación, que todo acontecimiento exterior se encuentra precedido de una serie de procesos causales, revistiendo especial interés para la materialización de los fines del Derecho Penal establecer, entre otros puntuales aspectos, si uno o varios de aquellos derivados de un comportamiento humano se constituyen en esenciales para la consolidación de un resultado antijurídico, y así mismo determinar si su causamiento se verifica por una vulneración a ese deber objetivo de cuidado exigible en el autor o partícipe, pues una vez estructurados estos supuestos podremos acercarnos hacia la formulación del consecuente reproche por la generación de

---

41 Folios 15-18

una conducta desvalorada” (Rad. 10073 del 3 de febrero de 2011, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Lesiones personales**

Coautoría Aditiva.

“Para el evento *sub examine*, se desprende que cada uno de los procesados acusados tenía claro desde el principio el propósito de emplear las armas para combatir una presunta actitud beligerante por parte de los reportados ciudadanos y en ellos se fomentó ese concomitante acuerdo para emplearlas contra los jóvenes sin que antes se constatará la veracidad de la información suministrada” (Rad. 13252 del 19 de octubre de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Lesiones personales**

Intangibilidad de la cesación de procedimiento no apelada en los casos de coautoría.

“Así las cosas, lo primero que habrá categóricamente de advertirse en esta disertación, tal cual *a posteriori* lo decantaremos, es que ninguna injerencia puede tener en la actualidad esta instancia para el conocimiento de la determinación que sube para surtir el grado jurisdiccional de la consulta, por lo que el epicentro de la fundamentación girará, atendiendo el recurso vertical, únicamente en el entorno de la presunta responsabilidad que pueda serle imputada al PT. DORADO OSORIO DAVID como autor de las lesiones corporales acreditadas en GERMÁN EDUARDO MANQUILLO, razón por la cual nos abstendremos de esgrimir nuestro criterio en aras de determinar si a los demás policiales vinculados debió formularseles o no un reproche de responsabilidad en sede de una coautoría aditiva, si se quiere, obviamente si se consideraran satisfechos los demás requisitos para tal propósito, institución que finalmente tiene como esencia imputar el lesivo resultado a todos quienes de la maniobra criminal intervinieron, aunque sin reparto de trabajo, en acuerdo previo o concomitante a un plan común, independiente de la o las personas que en últimas, para el caso que nos ocupa, hubiesen causado los lesionamientos en la integridad de aquel” (Rad. 13035 del 30 de abril de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

## **Lesiones personales dolosas en concurso heterogéneo sucesivo con el de privación ilegal de libertad**

Calificación provisional del juez de instrucción no ata el acto de calificación del fiscal.

“Obsérvese cómo, diversos han sido los criterios de instructor y calificador casi que contando con la misma prueba en cada uno de los instantes procesales en los que les ha correspondido adoptar postura, el primero estimando que las lesiones en RIAÑO MAYORCA certificadas, fueron producto de los golpes que los similares del taxista le propinaron cuando al parecer le había pegado al institucional e intentar escapar y el calificador imputando el acaecimiento del resultado al desbordado proceder del uniformado; de igual manera, el instructor avalando el procedimiento de retención y el fiscal primario reprochándolo, y aunque es absolutamente claro que la pieza procesal de la que nos corresponde conocer es la de la calificación, es ese solo un referente para destacar que el tema de valoración probatoria no ha resultado tan pacífico ni puede, como lo estima el apelante, tal cual posteriormente lo enfatizaremos, tomarse lo plasmado en el auto que resuelve la situación jurídica provisional del encartado como el parámetro a seguir en la calificación” (Rad. 11024 del 17 de diciembre de 2010, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

## **Lesiones personales dolosas**

Coautoría aditiva.

De antemano debemos decir que tales argumentos no están llamados a prosperar, dado que en el presente asunto no existe duda frente a los autores de las lesiones proferidas a JHON ALEJANDRO OSPINA QUINTERO, **pues son los mismos procesados quienes en sus indagatorias aceptan que fueron ellos los que atendieron el caso de hurto que les fuera reportado por la central de radio y que fueron ellos quienes dispararon en contra del joven** y si bien en sus intervenciones señalaron que lo hicieron **porque fueron agredidos primigeniamente por “dos” individuos quienes les dispararon, sus atestaciones son descartadas por el testimonio del señor JESÚS WILLIAM GARCÍA LÓPEZ**<sup>42</sup> quien señaló que: “...Lo que pasó

42 Folios 74-76.

esa noche fue que nosotros vivimos en la parte de encima cuando sentimos que quebraron un vidrio en la tienda que queda en los bajos, entonces mi señora salió y me llamó y me dijo vea están robando esa tienda, cuando yo salí el muchacho salió corriendo, no le vi la cara, yo salí así sin camisa y a pie limpio el muchacho salió ahí pa' bajo corriendo y alguien, otro vecino ya había escuchado y llamó a la policía, cuando los agentes llegaron dijeron qué paso, y yo les dije, vea ese que va abajo corriendo se robó unas escobas y quebró ese vidrio, y al momento se escuchan más abajo por arrayanes, se escucharon dos disparos...”, y más adelante cuando el Instructor le pregunta cuántas personas observó realizando el hurto, manifestó que ...no estaba sino ese muchacho..., incluso cuando le preguntan qué elementos le observó que llevara el individuo este refirió ...Llevaba unas escobas...; atestación que es respaldada por su esposa señora MARÍA ESPERANZA MARÍN VIDAL<sup>43</sup>, por ende del análisis de esta declaración se puede inferir que esa madrugada tan solo se encontraba este joven, quien luego de hurtar unas escobas y al percatarse de la presencia policial sale corriendo, situación que originó que los Institucionales, y sin razón alguna, le disparan hiriéndolo por la espalda, como bien lo referenció tanto el A quo, como los representantes del Ministerio Público de primera y segunda instancia, pues si bien los gendarmes estaban persiguiendo al joven delincuente existían otros mecanismos diferentes para dar con su captura y no era necesario que hicieran uso de sus armas de dotación oficial, por cuanto no se probó que estuvieran siendo agredidos por los policiales.

Ahora bien si fuera cierto que este al parecer portaba un arma de fuego y que se enfrentó con los policiales, **¿como es posible que “disparara” llevando consigo ocho escobas** y que luego de caer herido a escasos metros de su vivienda, aún llevara consigo el producto de su hurto?; para este despacho es evidente que la actuación de los procesados **fue desmedida**, pues incluso dentro del plenario se encuentra el informe balístico elaborado por personal del Cuerpo Técnico de Investigación Balística de Campo – Seccional Manizales, quien al determinar la posible posición de Víctima y Victimario, conceptuó que “...Teniendo en cuenta que el orificio de entrada se encuentra situado en región lumbar paravertebral derecha a nivel de T12 necesariamente la víctima se encontraba de espalda a la

---

43 Folios 96-97.

ubicación de la boca de fuego del arma al momento del disparo; de acuerdo a los planos de trayectoria descritos en el informe técnico médico legal – izquierda a derecha, atrás – adelante y arriba abajo – el victimario se encontraba localizado hacia el costado izquierdo y en un plano superior respecto de la víctima...”.

Finalmente y frente a lo manifestado por la señora Defensora recurrente de que se les debe cesar procedimiento a favor de sus prohijados, por cuanto no se determinó cuál de las armas que portaban los procesados y que fuera disparada por ambos fue la que finalmente impactó en la humanidad del joven JHON ALEJANDRO OSPINA QUINTERO, dada la imposibilidad de recuperar el proyectil, como bien lo refirió el señor Procurador Judicial de Segunda Instancia, en esta situación se debe apreciar toda la fase que compone el iter críminis puesto que la acción delictiva con intención lesionadora se produjo en el instante en que los procesados dispararon sin justificación alguna, contraviniendo toda disposición impuesta sobre el manejo de las armas a los miembros de la Policía Nacional, contra el indefenso Ospina Quintero que si bien había cometido una fechoría al hurtarse unas escobas y luego huyó cuando fue interceptado por los policiales, estas circunstancias no legitimaban a los encartados de autos para dispararle con el firme propósito de impactar su humanidad, propinándole efectivamente un disparo por la espalda, puesto a que a los dos procesados que le dispararon a Jhon Alejandro Ospina Quintero les pertenece el resultado delictivo como el producto de una acción mancomunada que acordaron **tácitamente y de manera concurrente** desde el instante en que le dispararon en la calle al iniciar la persecución con disparos hacia el desarmado Ospina Quintero y que culminó con la causación de la herida en su espalda, por uno de los dos, configurándose así la coautoría aditiva” (**Rad. 14034 del 26 de julio de 2012, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar**).

### **Libertad probatoria**

La embriaguez también es posible demostrarla con prueba de carácter testimonial en virtud de este principio.

“...De otro lado, argumenta o pretende el apelante que se tenga en cuenta el hecho de que a su apadrinado no se le practicó prueba de alcohole-

mía, y que por ende, no resultan de recibo aquellos testimonios en los que se hace referencia al supuesto aliento alcohólico que presentaba cuando aquel día lunes en la mañana fue encontrado en el parque de la localidad en dichas circunstancias, es decir, con síntomas de haber ingerido bebidas embriagantes, planteamiento que tampoco se encuentra llamado a prosperar puesto que en completo acuerdo con lo manifestado por la señora Fiscal A quo, el artículo 402 del Código Penal Militar dispone en el ámbito de la **libertad probatoria**, que: '...los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad o inocencia del procesado podrán demostrarse **con cualquiera de los medios de prueba previstos en este Código**', siendo claro en consecuencia, que la legislación otorga al operador judicial autonomía en dicho aspecto, siendo por ello pertinente traer a colación lo dicho a ese respecto por la Corte Suprema de Justicia.

“No se discute ahora que en Colombia prima desde antaño, por contraposición a la llamada 'tarifa legal', **el principio de libertad probatoria**, por cuya consecuencia, como lo consagra el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, regulatoria del asunto: 'Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos'.

Bajo esta concepción legal, que desde luego sigue las pautas acogidas en nuestro sistema penal desde años atrás, es claro que ni los sujetos procesales están atados por determinado medio para hacer valer sus pretensiones, ni el funcionario judicial puede exigir de una específica actividad probatoria para fundar su decisión, en el entendido, huelga resaltar, **que al conocimiento necesario para llegar al convencimiento de lo ocurrido y consecuente participación del acusado, se puede llegar por múltiples caminos, siempre que ellos se traduzcan, como exige la ley, en prueba legal, regular y oportunamente aportada al proceso.**

Así mismo, si la parte ha presentado prueba pertinente y conducente encaminada a verificar el objeto central del debate o uno de los accesorios interesantes al mismo, es obligación del funcionario judicial examinarlos para verificar la credibilidad que comportan, sin que sea de su resorte, porque la ley no lo permite dada la consagración del sistema de libertad probatoria

por contraposición al de tarifa legal, omitir su examen o dotarlos de una especie de 'capitis diminutio' solo porque no se compadecen con el tipo de prueba que él estima única o necesaria para el caso concreto.

Al efecto, cuando el funcionario judicial exige que determinado hecho o circunstancia, únicamente pueda ser probado, valga el ejemplo, con medios científicos o técnicos, sin que la ley expresamente lo reclame así, está pasando por alto ese principio fundante y a la vez imponiendo a la parte una carga ajena a su deber probatorio.

Desde luego, no desconoce la Sala que en ciertos eventos resulta más contundente o efectivo determinado medio, dada su capacidad suasoria. Pero, se repite, de allí no se sigue que ese sea el único recurso legal para demostrar el hecho, o que, allegados otros medios pertinentes y conducentes, ellos no sean suficientes por sí mismos para producir el efecto de convicción buscado por la parte.

En todos los casos, como por lo demás perentoriamente lo exige la ley, es obligatorio verificar el alcance demostrativo de cada medio en particular y luego articularlo con el conjunto de pruebas, para de esta forma, en seguimiento de los postulados que signan la sana crítica, llegar a la decisión que resuelve el conflicto.

Y, desde luego, si el funcionario estima que determinado medio presentado por la parte para sustentar su teoría del caso, no es suficiente o carece de credibilidad, así tiene que señalarlo en la motivación, refiriéndose en concreto a esa prueba, so pena de incurrir en el falso juicio de existencia por omisión que faculta la controversia en el escenario de la casación.

Respecto del tópico de la **Libertad probatoria** hoy imperante en nuestro sistema penal, esto dijo la Corte<sup>44</sup>:

'3. En el supuesto que ocupa la atención de la Corte, el reparo del censor está sustentado en el argumento consistente en que en el trámite **no obra**

---

44 Sentencia del 24 de octubre de 2007, radicado 21.577.

**prueba científica** que determine, en su criterio, en grado de certeza, que el cadáver hallado correspondía al de Róbert de Jesús.

Frente al reproche planteado por el casacionista, en primer término vale recordar que de acuerdo con el sistema de apreciación de la prueba que rige nuestro sistema procesal, resulta claro y evidente que impera el principio de libertad probatoria que consagra el artículo 237 de la Ley 600 de 2000, postulado que debe examinarse desde una doble perspectiva, a saber: que a los sujetos procesales o intervinientes para probar sus hechos o pretensiones no se les debe exigir un determinado medio de prueba, sino que gozan de su entera discrecionalidad, solo limitado por la Constitución Política y la ley.

Y, de la misma manera, **la libertad probatoria también está referida respecto al funcionario judicial, en tanto en que puede formar su convencimiento con cualquier medio de convicción, solo limitado por la Constitución y la ley y, por supuesto, por las reglas que informan la sana crítica.**

En tales condiciones, la Corte advierte que dentro de la libertad probatoria a que se ha hecho referencia, el sentenciador de segundo grado formó su convencimiento en que el cadáver hallado en la fosa común se trataba de Róbert de Jesús Berrío con base en el testimonio que rindió su padre, quien fue la persona que lo halló y lo reconoció, luego de una intensa búsqueda.

Por manera que no le asiste la razón al casacionista cuando informa que en este evento no se puede predicar, en grado de certeza, la identidad del citado cadáver, situación que lo lleva a manifestar que existe confusión frente a tal aspecto, en la medida en que el sentenciador de segundo grado encontró eficacia demostrativa de tal asunto con base en el testimonio del padre y del hermano de la víctima'.<sup>45</sup>

El contenido de la jurisprudencia que acaba de plasmarse, explica claramente los motivos por los cuales se tienen en cuenta los testimonios que obran dentro de la foliatura, y con base en los cuales se da por demostrado el estado de alicoramiento en que se encontraba el procesado, situación que aunada al hecho de que reconoce que la multicitada arma se le extravió

45 Sentencia del 27 de marzo de 2009, Radicado No. 31103 M.P. Sigifredo Espinosa Pérez

mientras se encontraba departiendo con unos amigos, permite concluir a este despacho que en el resultado existió negligencia y descuido del policial para con dicho elemento proporcionado por el Estado, palpitando en consecuencia la vulneración al deber objetivo de cuidado que le era exigible frente a la tenencia del arma de dotación oficial que se le había confiado con ocasión de sus funciones, como pasa a verse a continuación:...” (Rad. 14283 del 28 de septiembre de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### **Nulidad**

Se decreta nulidad resolución que dispone Cesación de procedimiento - Falta de motivación e incumplimiento requisitos formales y sustanciales de la decisión.

“...Como puede colegirse de la providencia traída a colación, la ley procesal ha establecido unos requisitos formales y sustanciales que para el caso de la **Cesación de procedimiento** se encuentran consignados en el ya citado Artículo 558 de la Ley 522 de 1999, entre los cuales se exige el de no solo indicar, sino también **evaluar** las pruebas allegadas a la investigación, exigencia que definitivamente incumplió el señor Fiscal A quo, al considerar quizás que esta providencia era de libre formulación, conclusión por demás equivocada como se viene enfatizando, más aún si se tiene en cuenta que dejar de hacer ese análisis es conculcar sin más, el denominado **principio de la necesidad de la prueba**, según el cual, todas las decisiones que se adopten al interior del proceso, deben estar fundamentadas en los elementos de juicio válidamente allegados al mismo. Veamos lo que a ese respecto ha dicho la doctrina Nacional:...” (Rad. 14249 del 16 de octubre de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### **Nulidad a partir auto de cierre de investigación**

Se declara nulidad, por ausencia de una investigación integral.

“Abordado el estudio de la actuación, el Despacho luego de revisar el trámite que ha tenido la presente investigación estima que razón le asiste a la **Doctora JULIA ISABEL GANTIVA ARIAS, Procuradora Judicial 136 Penal II**, es por ello que desde ahora se advierte que la decisión a tomarse a propósito

del recurso de apelación es la **nulidad** de la actuación a partir del auto cierre de la investigación con fecha 16 de agosto de 2011 obrante a folio 87 cuaderno dos, por ausencia de una investigación integral, pues el artículo 469 edjustem impone la obligación de investigar con igual esmero no solo los hechos y circunstancias que establezcan la **responsabilidad del procesado**, sino también, las que los eximan de ella o las atenúen o las que puedan dar lugar a la cesación de procedimiento.

Tal como lo demanda la representante de la sociedad, el Juez de Instrucción Penal Militar a quien corresponda la instrucción, debe examinar con verdadero criterio investigativo orientado exclusivamente a descubrir la verdad, reiniciando la instrucción del proceso, recaudando importantes elementos de juicio definitivos para la calificación del mérito del sumario.

En el sub judice se advierten irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, como lo manifiestan las distinguidas procuradoras Judiciales tanto de la primera como de la segunda instancia, existen dos versiones sobre los hechos, una la de los implicados y la otra la de la familia del occiso; se trata de establecer con claridad y certeza las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedieron los hechos a efectos de lograr el equilibrio en las decisiones judiciales. Recordemos que la cesación de procedimiento dentro de un proceso penal pone fin al proceso, en el mismo sentido que una sentencia absolutoria, que después de proferida y confirmada produce efectos de *res iudicata* (o cosa juzgada). Es así como, para llegar hasta este estadio procesal, se hace necesario e imperioso agotar todo el caudal del acervo probatorio que indique con claridad el acontecimiento de los hechos". (Rad. 14207, 30 de agosto de 2012, Fiscal TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscalía Primera).

### **Peculado culposo**

El deber objetivo de cuidado frente a la no lesividad del bien jurídico.

“Ello muestra, que se hizo todo lo posible por parte de los policiales para buscar el armamento, obviamente ante lo que representaba, es así que para este Despacho atendiendo el enfoque que la jurisprudencia ha delimitado, es evidente que al verificar a lo largo del plenario que la administración no

sufrió mengua alguna, por cuanto a los pocos días el bien objeto de esta investigación apareció, la afectación que fue temporal, y visto lo que hicieron los procesados en aras de buscar el armamento, que a la postre apareció, hace que desaparezca la lesión que inicialmente había sufrido el bien jurídico de la administración pública.

Es así que frente a la continuación del proceso hasta una etapa del juicio, ya no tiene razón de ser desde el punto de vista de necesidad de la pena, pues no tiene sentido que los procesados lleguen a una instancia posterior a ser condenados.

Si bien es cierto que los procesados vulneraron el deber objetivo de cuidado, al dejar el armamento en el polideportivo mientras hacían deporte, también lo es que se hizo todo lo pertinente por parte de los procesados para que las armas aparecieran, siendo efectivamente restituidas, lo cual da lugar a que no se haga necesario continuar con el proceso y se dé lugar a la cesación de procedimiento” (**Rad. 11192 del 13 de agosto de 2010, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar**).

### **Peculado culposo**

**Pérdida del arma en el alojamiento mientras se descansa ante la inexistencia de armerillo no viola del deber objetivo de cuidado.**

“Si bien es cierto que el arma se perdió, como objetivamente se demostró, cuando observamos todo el componente normativo en cada uno de sus elementos vemos que los mismos no se adecuan al comportamiento asumido por el SLR. SANDOVAL QUINTERO NÉSTOR, como se aprecia del material probatorio, tenemos que la demostración de los aspectos sobre autoría y responsabilidad penal, es palpable en el campo objetivo, es decir lo atinente a la pérdida del fusil, pero lo que se entra a cuestionar en el delito imprudente es el aspecto, que para el caso corresponde analizar en la modalidad culposa, que si no se encuentra que hubo imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia del reglamento, órdenes y disciplina; factores que no se están demostrados, pues no se determinó que el soldado hubiera actuado tampoco violando el deber objetivo de cuidado, pues el fusil no se dejó abandonado, únicamente él cumplió una conducta exigida por el decálogo

de armas que en su momento era la de tener el arma de dotación cerca al lugar de descanso, pues el lugar no contaba con un armerillo que pudiera ofrecer la seguridad correspondiente al armamento, pues al escudriñar en las diversas declaraciones, **se tiene que el lugar donde se encontraban no contaba con la seguridad requerida, pues el Búnker no tenía puerta**, de lo que esta Fiscalía puede inferir que cualquier persona podía entrar allí.

Es importante resaltar que el Búnker donde se encontraba el militar era el lugar de acogimiento y de descanso tanto de él como de sus compañeros, por ende el soldado Sandoval estaba en posición de esperar que sus otros compañeros con los que tenía una convivencia habitual, observaran a su vez precisas pautas de honestidad, comportamiento y decoro, pues atendiendo al principio de confianza tal como lo señala la Honorable Corte Suprema de Justicia se tiene que esta:

(...)

Se concluye que el agente estaba cumpliendo con su deber, así como podríamos decir que en vista de lo anterior en realidad que el autor del delito aquí endilgado, no vulneró el deber objetivo de cuidado, que le era individualmente exigible, pues las condiciones en que se desarrollaron los hechos, hicieron imposible desenvolverse de otra manera, pues le era lógico al soldado llegar a su lugar de descanso y así mismo conciliar el sueño, después de una ardua jornada de trabajo. Luego aquí se debe revocar la resolución de acusación proferida por la Fiscalía A quo y en su lugar proferir cesación de procedimiento, por cuanto aunque se extravió un bien del Estado, en ese actuar, no hubo ninguno de los elementos normativos constitutivos del tipo” **(Rad. 11904 del 28 de marzo de 2011, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).**

### **Peculado culposo**

No procede la fuerza mayor o caso fortuito cuando se ha demostrado la vulneración al deber objetivo de cuidado.

“Si nos detenemos a mirar el tipo penal propiamente dicho debemos decir que según su descripción, para la comisión de este punible, se necesita tener la investidura de servidor público, que en el caso en cuestión es per-

fectamente claro, el procesado aquí reúne dicha calidad, pero adicional a ello se requiere que producto de la negligencia, incuria, inobservancia de reglamentos, falta de atención, los bienes puestos a su cuidado se extravíen pierden o deterioren de manera total o parcial y que sea la culpa el factor determinante en la degradación, deterioro o pérdida de los bienes objeto de custodia por parte del servidor público.

(...)

Como de manera atinada lo señala la Fiscal A quo que el procesado desprotegió el bien, por haber faltado al deber objetivo de cuidado, por cuanto dicho bien estaba bajo su custodia, pues lo mínimo que se le puede exigir a un servidor público es que proteja los bienes que tiene a su disposición para el cumplimiento de su misión, pues le correspondía el cuidado y custodia del arma por haberle sido entregada como dotación oficial, no podía confiarse y dejar en manos de la administración o del Estado, el manejo de aquello que era exclusivo e inherente a su fuero; solo a él le competía cuidar el arma recibida y velar por las condiciones de seguridad en que la portaba, luego entonces, si el Patrullero recibió la chapuza para portar el arma, la que tenía idénticas características con otras de su clase, considerada reglamentaria, debió haber advertido, de ser cierto, que ella no le prestaba la seguridad requerida, para que la administración tomara los correctivos necesarios y esa conducta inobservada, lo hace responsable por infringir sus deberes” **(Rad. 13192 del 19 de agosto de 2011, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).**

### **Peculado culposo**

Se cesa procedimiento por intervención de un tercero en el hurto del arma produciéndose un caso fortuito.

“Del análisis probatorio, fuerza concluir en completo acuerdo con los planteamientos de la togada apelante, que estamos frente a un caso fortuito por cuanto la pérdida del revólver que se le endilga se produjo en desarrollo de un evento que no le fue posible prever, cual fue el hecho de que esta policial fue objeto de la acción delincencial, sin que ni ella ni su compañero lograran hacer nada al respecto, ya que todo ocurrió en fracción de segundos, y con la agilidad que caracteriza a ese tipo de delincuentes, por lo que podemos perfectamente

considerar, a diferencia de lo que plantea la primera instancia, que todo se redujo a un hecho extraño e incontrolable presentado a la sindicada que no pudo evitar dentro de las previsiones exigibles al comportamiento de un policial del común en relación con la preservación en su poder del arma que se le asigna como dotación, situación esta que enmarca jurídicamente a la sumariada en causal que la exime de responsabilidad por ausencia de culpabilidad, por cuanto la forma de culpabilidad culposa no puede presumirse sino que ha de probarse, apartándonos frente a este preciso aspecto, de las apreciaciones del Calificador de primera instancia, porque no deja de ser una conjetura muy controvertible afirmar que el revólver le fue hurtado porque la encausada durante su servicio omitió el deber objetivo de cuidado que le era exigible, pues debía haber previsto que al prestar un servicio como el ordenado.

Así las cosas, y como acertadamente lo expresa la recurrente en alzada, la pérdida del arma de la sumariada no se produjo por una conducta negligente de su parte, o por descuido de sus deberes, sino que el hecho se le presentó ajeno a su capacidad volitiva y de conciencia sobre un probable extravío o pérdida del revólver, resquebrajando, así, la relación causal entre el aspecto subjetivo generante de responsabilidad penal, aun culposa, y el hecho que se protege a través de la norma que define el peculado en sus diversas modalidades y que tutela el bien jurídico de la Administración Pública, para concluirse que la pérdida del arma objeto de esta investigación se le presentó a la procesada en circunstancias para ella constitutivas de caso fortuito, que permiten revocar la resolución acusatoria impugnada para proferir en su remplazo cesación de procedimiento en este proceso, al enmarcar la valoración probatoria dentro de los postulados de la sana crítica” (Rad. 14218 del 31 de agosto de 2012, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).

### **Peculado culposo**

Infracción al deber objetivo de cuidado por el quebrantamiento de las disposiciones reglamentarias que en materia de seguridad debían acatar los integrantes de la Estación.

“...Trasladando tales criterios a la situación sub examen, y de acuerdo a lo que se encuentra establecido en el plenario, se tiene que para la fecha de autos,

cuando el aquí sumariado se encontraba adscrito a la Estación de Policía del Municipio de INZÁ, y mientras cumplía con sus funciones como centinela de la misma, a eso de las 18:30 horas, se ausentó por unos minutos de su lugar de facción, trasladándose a un COMCEL ubicado en la Calle 4 No. 2-84 de esa localidad para realizar la referida llamada, sitio en el que se aduce que fue interceptado por dos sujetos e intimidado con armas cortas, quienes procedieron a apoderarse de todo su material de guerra de dotación, reuniéndose así a juicio de este Despacho, los elementos del tipo objetivo a que ya se hizo referencia, al ser indudable que el aquí sumariado, con su actuar **violó el deber de cuidado que le era exigible** legal y reglamentariamente frente al material de guerra que se le había confiado para el cabal cumplimiento de sus funciones como miembro de la Policía Nacional y para prestarle seguridad a las instalaciones de la Estación policial de la que hacía parte y a los demás integrantes de la misma, si se tiene en cuenta, como bien lo hiciera notar nuestra homóloga de la primera instancia, que en estas sumarias obra abundante prueba testimonial y especialmente documental, entre las que cabe mencionar las actas de instrucción obrantes a folios 3 al 7, 8 al 11 y 12 al 15, en las que intervinieron, además del Comandante de esa Estación, el entonces **IT. PAVAS QUIÑONES JOSÉ ARTURO**, y el señor **SI. ENRÍQUEZ DÍAZ OLIVERIO** con el personal completo de la Estación, incluido el aquí procesado, en las que se puso en conocimiento de todos ellos, el contenido de una serie de recomendaciones de seguridad emanadas de la Regional 4 de Policía, orientadas todas ellas a prevenir acciones terroristas contra personas e instalaciones, destacándose entre las **medidas de seguridad del personal que debían observarse**, que los desplazamientos deberían hacerse como mínimo por parejas, existiendo la prohibición de realizar diligencias de carácter personal en traje de uniforme, recordándose además, a folio 8, que en virtud del plan pistola que mantienen en práctica los grupos armados al margen de la ley, y en especial la guerrilla, quedaba '... prohibido el deambular solo o en grupo menor a 4 unidades con armamento en el perímetro urbano del Municipio, sea cual sea la misión que se esté cumpliendo...', recordando así mismo, que quien se encontrara de servicio, '... no debe realizar otra cosa que no sea prestar la seguridad de las instalaciones, como hablar por celular, atender visitas en el servicio, etc. el lugar de facción no se debe abandonar por ningún motivo y mucho menos si no existe una razón que lo justifique...' se les recuerda la orden consistente en **no deambular solo en el perímetro urbano con el armamento de dotación oficial (fusil) no importando la actividad que va a realizar en grupos superiores a cuatro unidades...**!

Como se ve, eran múltiples las recomendaciones que en materia de seguridad personal se les hacían a los integrantes de la Estación de Policía de INZÁ, y de las que era ampliamente conocedor el aquí procesado, comoquiera que su firma aparece en todas aquellas actas a las que se hizo mención, insistiendo por ello el Despacho en que por parte del Policial de autos, se incurrió en una **infracción al deber objetivo de cuidado**, pues como lo ha señalado nuestra Corte Suprema de Justicia para decantar este elemento del delito imprudente:

'... como no hay un catálogo de deberes para cada una de las actividades de interacción social, el operador jurídico está obligado, en cada caso particular, a remitirse a las fuentes que sirven de directrices para establecer si se configura o no el elemento en examen, desarrolladas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y que se resumen en las siguientes:

'...El autor debe realizar la conducta **como lo haría una persona razonable y prudente puesta en el lugar del agente, de manera que si no obra con arreglo a esas exigencias infringirá el deber objetivo de cuidado**. Elemento con el que se aspira a que con la observancia de las exigencias de cuidado disminuya al máximo los riesgos para los bienes jurídicos con el ejercicio de las actividades peligrosas, que es conocido como el riesgo permitido.

'...Las normas de orden legal o **reglamentaria** atinentes al tráfico terrestre, marítimo, aéreo y fluvial, y **a los reglamentos del trabajo**, dirigidas a disciplinar la buena marcha de las fuentes de riesgos.

(...)

'... **El criterio del hombre medio**, en razón del cual el funcionario judicial puede valorar la conducta **comparándola con la que hubiese observado un hombre prudente y diligente situado en la posición del autor**. Si el proceder del sujeto agente permanece dentro de esos parámetros no habrá violación al deber de cuidado, **pero si los rebasa procederá la imprudencia siempre que converjan los demás presupuestos típicos**<sup>46</sup>.

46 Sentencia del 22 de mayo de 2008, radicado 27.357, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca

Así las cosas, y remitiéndonos a las señaladas fuentes jurisprudenciales para poder determinar si hubo en el caso de autos esa infracción al deber objetivo de cuidado que se viene predicando por parte del sumariado, se colige indudable que el aquí sumariado quebrantó esa serie de disposiciones reglamentarias orientadas a las recomendaciones que en materia de seguridad personal debían observar y acatar todos los integrantes de la Estación de Policía de INZÁ, dejando igualmente de comportarse como lo hubiera hecho un policial prudente y diligente situado en la posición del autor, pues aceptándose por parte de este Despacho que su madre putativa en efecto estuviera presentando un delicado estado de salud, nada le impedía esperar a terminar su turno de centinela para realizar la correspondiente llamada, solicitando el apoyo de su Comandante para realizar el desplazamiento en el número mínimo de policiales que podían hacerlo, y que como ya lo vimos, era de cuatro o mínimo de a dos uniformados debidamente armados, para que mientras el procesado hacía la llamada, los demás le prestaran la seguridad del caso, máxime si se tiene en cuenta que ya había caído la noche y que las casetas de ventas ubicadas en el marco del parque central, impedían una buena visibilidad desde la Estación hasta el sector en donde estaba ubicado el local de COMCEL, pues aunque se diga que solo lo separaban unos 50 metros aproximadamente y que se encontraba dentro del sector de vigilancia móvil que debía cumplir el policial de autos, de todas maneras eran circunstancias que hacían más peligroso el movimiento y que se tradujeron en el actuar imprudente que se le reprocha en autos, reuniéndose en consecuencia el resto de elementos esenciales del tipo objetivo a que arriba se hiciera referencia, esto es, la relación de causalidad entre esa acción imprudente y el resultado, es decir, el ilegal apoderamiento de su material de guerra por los dos sujetos que lo interceptaron y lo redujeron, siéndole atribuible jurídicamente ese resultado al aquí sumariado, puesto que tenía la posibilidad de preverlo y de anticiparse al mismo, para lo cual solamente le bastaba con haber cumplido esas mínimas normas de seguridad en los desplazamientos a las que ya se hizo alusión, reuniéndose en consecuencia del mismo modo los **elementos subjetivos** del delito de peculado culposo o imprudente que se le endilga, pues en cuanto al **aspecto volitivo** se refiere, el resultado típico debe corresponder a una causalidad distinta de la programada para el acto al que dirigió su voluntad el agente, causalidad representada en el caso de autos por la intervención de los dos delincuentes que lo interceptaron y lo despojaron de su material aprovechándose de que se

encontraba solo y por ende vulnerable, y respecto del **elemento cognoscitivo**, es condición que el autor haya tenido la posibilidad de conocer el peligro que la conducta representaba para los bienes jurídicos y de prever el resultado con arreglo a esa condición, elemento que igualmente surge palmario del contenido de las citadas actas de instrucción, suscritas por el sumariado en constancia de conocer todas y cada una de las medidas de seguridad a las que se hiciera ya referencia...” (Rad. 13626 del 29 de julio de 2011, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### **Peculado por apropiación**

La ruptura de la unidad procesal, cuando sea calificado con cesación y resolución de acusación, en esta última se puede decretar una nulidad parcial por cuanto la cesación hace tránsito a cosa juzgada.

“En efecto, el planteamiento jurídico está si la señora Fiscal 143 Penal Militar ante el Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General podía nulitar integralmente la calificación del mérito del sumario proferida por la Fiscalía 141 Penal Militar ante el Juzgado de Primera Instancia de la Dirección General de la Policía Nacional, o si por el contrario la nulidad era exclusivamente parcial, habida cuenta que la cesación de procedimiento proferida a favor de los procesados IJ. GONZALO TORRES ORDUZ y IJ. JUAN CARLOS VALDELAMAR FLÓREZ hizo tránsito a cosa juzgada, delimitando el conocimiento único y exclusivo de la acusación, surgiendo el rompimiento de la unidad procesal, a partir de la decisión emanada de la Honorable Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA <sup>47</sup> el pasado 20 de octubre de 2010, mediante la cual, se elimina el grado Jurisdiccional de Consulta, teniendo en cuenta el nuevo Código Penal Militar Ley 1407 de 2010 que con su entrada en vigencia tal disposición que no la contempla.

De la misma manera se pronuncia nuestro homólogo el señor Fiscal Tercero Penal Militar Dr. Neil Oswaldo Rodríguez Morales, quien mediante decisión calendada el 30 de noviembre de 2010, se inhibe de conocer de

<sup>47</sup> Sentencia Corte Suprema de Justicia, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, octubre 20 de 2010.

la consulta de la cesación de procedimiento, en atento acatamiento de la sentencia emanada de la Honorable Corte Suprema de Justicia y en cumplimiento del principio de favorabilidad.

Entonces la nulidad declarada por la Fiscalía 143 Penal Militar es parcial y solo afecta a quien se calificó el mérito el sumario con resolución de acusación al considerar que se carecía de competencia, pues es claro que la cesación de procedimiento hizo tránsito a cosa juzgada en virtud a que al quedar en firme la providencia de la Fiscalía A quo, se produjo una ruptura procesal, significando con ello que la actuación continúa tramitándose de manera independiente frente al procesado CM (r). ARIEL RICARDO ORTEGÓN REY, por el delito de PECULADO POR APROPIACIÓN, no afectando la situación de los procesados IJ. GONZALO TORRES ORDUZ e IJ. JUAN CARLOS VALDELAMAR FLÓREZ.

Es así que en idéntico caso se pronunció el Tribunal Superior Militar Magistrado Ponente CN (r). CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA mediante decisión del 07-febr-2011, radicado bajo el No. 149185, confirmando nuestra tesis en cuanto a que la cesación de procedimiento hace tránsito a cosa juzgada, en amparo del derecho fundamental del debido proceso y del derecho de defensa...” **(Rad. 14103 del 18 de mayo de 2011, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).**

### **Peculado por apropiación**

Delito continuado. No prescrito.

“Por último, así no se constituya en el objeto de la alzada, aunque efectivamente en el ámbito procedimental ello podría impactar la determinación de fondo a asumir, percibimos la insistencia del recurrente en diversas etapas de la actuación para que se asiente en el reconocimiento prescriptivo, aspecto que, incluso, habiéndolo esbozado la defensa al interior del recurso vertical interpuesto de cara al fallo condenatorio de primera instancia proferido contra el oficial JARAMILLO OSSA no obtuvo el respectivo pronunciamiento por parte del Tribunal Superior Militar, sin embargo, debe asumirse que la cuantía, dentro de un concepto de unidad de resolución, unidad de dolo, identidad de víctima e identidad de tipicidad en la comprensión de lo

que traduce el delito continuado ha de tomarse de manera generalizada y no por fraccionadas sumas como lo presenta la defensa, o se ha asumido en algunos proveídos, bajo la figura concursal, de lo que se concluye que así hubiesen sido diversos los instantes apropiativos y sobre distintos rubros” (Rad. 2128 del 23 de febrero de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Peculado por apropiación**

Principio de limitación funcional frente al recurso de apelación. Interviniente.

*Prima facie*, pertinente es escindir que en la pieza calificatoria que se revisa por el sendero de la alzada vienen llamados a responder los policiales GÓMEZ RODRÍGUEZ JUAN MANUEL y PÉREZ CUETO ARMANDO; no obstante, como en posteriores acápite lo plasmaremos, el principio de limitación funcional registrará el discernimiento del Despacho únicamente con relación al segundo de los mencionados cuya defensa deprecia la revocatoria de la decisión acusatoria que el *A quo* elevara en su contra al encontrarlo en el grado de interviniente como presunto responsable del delito de *peculado por apropiación* al haberse apoderado de un artefacto cuya administración y custodia se encontraba en titularidad del oficial GÓMEZ RODRÍGUEZ, el cual previamente había sido incautado en desarrollo de un procedimiento policial. (Rad. 11064 del 11 de marzo de 2011, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORARES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Peculado por uso**

NO LESIVIDAD. No se demostró el daño al bien jurídico, por cuanto el propósito que se tenía era en beneficio de la propia administración.

“Cuando damos aplicación al principio de lesividad que aquí nos acompaña, vemos que si bien hubo una conducta que objetivamente desde el punto de vista de la categoría de la tipicidad podría encajar en el delito, no es lo mismo desde el plano siguiente de antijuridicidad, como es la antijuridicidad material, **está demostrado que la lesión o puesta efectiva del bien jurídico contra la administración pública no se vio afectada**, ciertamente hubo un comportamiento del Suboficial pero no tocó efecti-

vamente el plano antijurídico, luego si no hubo esta afectación mal podría endilgársele un delito el cual no produjo tan siquiera potencialmente un daño al bien jurídico tutelado.

De conformidad a lo anterior este Despacho revoca la resolución de acusación proferida por la Fiscalía A quo con fecha 30 de septiembre de 2010 y en su lugar profiere cesación de procedimiento a favor del SV. EXENOVER RENGIFO TULCÁN, por el delito de PECULADO POR USO.

De otra parte se advierte, que son dos los procesados pero uno solo el que interpuso el recurso de apelación frente a la decisión calendada el 30 de septiembre de 2010, pero en virtud a que la decisión es favorable los efectos benéficos de la decisión se extienden al no recurrente" (**Rad. 14006 del 30 de junio de 2011, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar**).

### **Prescripción en el delito de lesiones personales dolosas**

Opera el aumento previsto en el Código Penal ordinario para los servidores públicos.

"...En ese orden de ideas, mal haría este despacho en desestimar las consideraciones fácticas y jurídicas que nos llevaron a adoptar tal decisión, razón por la cual es jurídicamente imposible encontrar acierto en lo solicitado por la defensa, en el sentido de declarar la prescripción de la acción penal, como quiera que si bien es cierto los hechos ocurrieron el día 20 de junio de 2004, para el delito de **lesiones personales dolosas**, como quedó confirmada la resolución de acusación, dicho fenómeno ocurriría nueve (9) años y cuatro meses después de la señalada fecha, y no solo siete (7) años como lo plantea la defensa, pues no debe perderse de vista que para efectos de calcular la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, debe tenerse en cuenta que tal y como lo dispone el párrafo único del Artículo 83 de la Ley 522 de 1999, '... cuando se trate de delitos comunes (y este es el caso), la acción penal prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal ordinario para los hechos cometidos por servidores públicos...'

Trasladados, entonces, a la señalada codificación, en el inciso quinto se establece que '... Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su car-

go o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, **el término de prescripción se aumentará en una tercera parte**” (el subrayado es nuestro), de tal suerte que haciendo la operación matemática a partir del día 20 de Junio de 2004, contamos efectivamente los siete años iniciales, que es el término máximo de la prescripción cuando con las lesiones personales dolosas se causan deformidades de carácter permanente, y a esos siete (7) años, debemos hacerle ese aumento de la tercera parte, lo que traducido en meses significa que a los ochenta y cuatro (84) meses iniciales, se le deben sumar otros 28 meses, para un gran total de 112 meses, que traducidos en años nos arroja nueve (9) años y cuatro (4) meses, es decir que la acción penal del presente expediente prescribiría solo hasta el día 20 de octubre de 2013...” (Rad. 14144 del 15 de marzo de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### **Principio de non bis in ídem**

Adelantar una investigación en la Justicia Castrense sobre unos mismos hechos de los que había conocido la Justicia ordinaria y frente a los cuales hubo acuerdo conciliatorio entre las partes, vulnera este principio.

“...adelantar una investigación por unos mismos hechos de los que ya estaba conociendo la justicia ordinaria, y en los que como se encuentra suficientemente acreditado en autos, hubo acuerdo conciliatorio entre las partes, que dio lugar al archivo de las diligencias en aplicación de lo preceptuado en el Artículo 522 de la Ley 906 de 2004, se traducía en una flagrante vulneración del principio Constitucional del 'Non bis in ídem', como bien lo señala la impugnante y lo conceptúa la representante de la sociedad, principio sobre el cual ha dicho la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

'...la infracción del referido principio en el campo procesal presupone la existencia **de más de una investigación penal contra la misma persona por unos mismos hechos, o la iniciación de una nueva por hechos ya definidos con carácter de cosa juzgada en relación con un mismo sujeto...**<sup>48</sup>.

Sobre dicho Instituto igualmente se ha legislado en varios Instrumentos Internacionales ratificados por Colombia en los siguientes términos:

48 Sentencia del 28 de noviembre de 2002, radicado 18.302, M.P. Fernando Enrique Arboleda Ripoll.

'...Así tenemos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, señala en sus principios procesales **que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por sentencia en firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país** -art. 14-7; la Convención Americana sobre Derechos Humanos o 'Pacto de San José' de 1969, dispone entre las garantías judiciales el derecho a que el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos -art. 8°-4-'.

Así las cosas, se reitera por parte de este Despacho, que no debió iniciarse una nueva investigación en contra del **PT. BALLÉN TOLOZA** por el delito de **LESIONES PERSONALES** y menos en la jurisdicción castrense por los hechos ocurridos el día 1 de marzo de 2008, puesto que frente a los mismos, como ya lo hemos anotado, ya la investigación adelantada por la Justicia ordinaria había sido archivada en virtud del aludido acuerdo conciliatorio entre las partes, decisión que no era posible desconocer sin vulnerar el tan mentado principio, máxime si se tiene en cuenta el contenido del Artículo 137 de la Ley 1153 de 2007 (ley de pequeñas causas), en el que se establecían claramente las circunstancias que dan lugar a la extinción de la acción contravencional y la correspondiente preclusión del procedimiento..." (**Rad. 14174 del 30 de abril de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar.**

### **Privación ilegal de libertad**

Error indirecto de prohibición frente al concepto de la detención preventiva administrativa.

"Véase así, que lo que un juicio crítico trataría de responder es, ¿cuál el adecuado procedimiento a direccionarse cuando se ha establecido con meridiana nitidez que para el momento existía un señalamiento de una persona en contra de NAYIBE COSSIO GASCA acompañado de su misma confesión?, encontrando que la respuesta a ello podría pender de algunas hipótesis, cada una de estas de diversa manera fundamentada para verificar su viabilidad, (i) que se indicara al presunto perjudicado que elevara la correspondiente denuncia para que las autoridades judiciales conocieran del asunto y omitir su retención, (ii) la inmediata puesta a disposición de esa persona ante las competentes autoridades con acompañamiento

del denunciante o (iii) efectuar el proceder como finalmente lo dispusiera CALDERÓN LÓPEZ; y aunque de cara a la última de las disyuntivas un effimero visor podría de plano considerar este comportamiento vulnerador de las garantías constitucionales, albergando la tesis del monopolio judicial en materia de restricción del derecho a la locomoción, lo que, como enantes lo anunciamos, impondría discernir que solamente puede una persona privarse de su libertad mediante orden escrita de autoridad judicial competente o en estado de flagrancia, es un imperativo que el contexto que encierra lo ampliamente escrutado en la sentencia C-024 de 1994, emanada de la Honorable Corte Constitucional, traída a colación tanto por la defensa como por la Procuraduría ante esta instancia destacada, ha de interpretarse en el escenario de la particular situación que aquí nos ocupa, para de alguna manera concluir que de genérica manera al amparo de cada uno de los requisitos que allí se elaboran parecería ab inito acoplarse a lo orientado en el texto jurisprudencial, empero al detallarse de más ponderada manera podría ese estricto criterio indicar que algunas de las particulares premisas en cuanto a la urgencia o limitación temporal podrían haberse rebasado, límites que incluso para la misma agencia del Ministerio Público actuante ante la segunda instancia se mantuvieron, no obstante, tal ilustración simplemente nos lleva a considerar que si en ello se concentran las diversas tesis de quienes de jurídica manera abordan el tema, tal imprecisión en el alcance de lo allí esbozado pudo no ser ajena al criterio del vinculado policial ” (Rad. 14206 del 30 de noviembre de 2011, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Privación ilegal de libertad conducta atípica**

No dolo. Ausencia de antijuridicidad material.

“Ahora bien, si en gracia de discusión se reprochara, incluso, el mismo acto de la conducción de DURANGO TAMAYO hacia las dependencias policiales bajo el prurito que finalmente en ese interregno se le limitó su libertad de locomoción, cumpliéndose por lo menos con la estructuración de los elementos objetivos del tipo, debe ante tal reparo acudirse, entonces, a los canales del estudio de la antijuridicidad material que en últimas constituye también un problema de tipicidad, en el entendido de determinar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado de la libertad in-

dividual, pues al no advenir la ponderación de estos preceptos en un Estado Social de Derecho se llegaría a límites insospechados para reconvenir cualquier tipo de proceder en este sentido, como cuando rutinariamente en el ejercicio de su misiva, derivada del mandato constitucional, tienen las autoridades policiales para los pertinentes efectos que disponer el momentáneo traslado de un ciudadano para, *verbi gracia*, la confección de un informe o la práctica de una prueba de embriaguez etc., en donde de cierta manera se le limita esa libertad, empero la afectación del señalado bien jurídico es tan mínima y limitada en el tiempo que no se compadece un tal desgaste del aparato de administración de justicia” (Rad. 12440 del 14 de abril de 2011, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Proceso penal militar**

Principio de Gradualidad- Grados de convicción en el análisis probatorio son diferentes en las distintas etapas del proceso penal.

“...Ahora bien, frente a los planteamientos expuestos por la representante del Ministerio público ante esta instancia en concepto que antecede, en el sentido de señalar, por un lado, que hay verdaderas dudas frente al real ataque, ya que según su criterio, las palabras amenazantes no son plenamente relevantes y solo pueden ser censuradas disciplinariamente, concluyendo sin embargo de otra parte, que de todas formas la acusación debe mantenerse, el despacho considera que tales elucubraciones resultan un tanto contradictorias, ya que si en su criterio persisten esas dudas en este estadio procesal, lo correcto hubiera sido plantear la cesación de procedimiento en favor del procesado, en aplicación del principio de *in dubio pro reo*. Sin embargo, y a diferencia de lo planteado por la ilustre representante de la sociedad, estima este Despacho Ad quem, que las pruebas que obran dentro del plenario, no permiten dar aplicación a esta entidad jurídica, ya que existen más elementos de convicción que nos llevan a colegir que efectivamente el acá procesado atentó por vías de hecho contra el bien jurídico protegido en el estatuto penal como lo es la disciplina, las cuales se encuentran comprobadas, no solo por los testimonios de los soldados LEGUIZAMÓN y PACHÓN, sino también y como arriba se explicara, por el experticio médico legal que obra a folio 15, donde se le reconoció al Soldado SANDOVAL incapacidad de cuatro (4) días sin secuelas médico legales, insistiéndose por ello en que son

más los medios de prueba que nos llevan a señalar que la responsabilidad del procesado se encuentra realmente comprometida, que los que nos pudieran llevar a conclusión contraria, sin que ello se traduzca en que en la etapa probatoria del juicio, se haga lo pertinente en punto al esclarecimiento de algunas contradicciones que se presentan en las declaraciones que obran en el proceso, y entre ellas, el dicho del soldado CASTRO GALINDO cuando refiere a folio 360 que el Cabo no agredió al soldado, manifestación contraria a lo expuesto por los soldados PACHÓN y LEGUIZAMÓN quienes afirman que tuvieron que asir al suboficial porque este le estaba pegando a su compañero SANDOVAL.

Igualmente diremos, de la mano del Tribunal Superior Militar, que son varios los grados y la intensidad probatoria por las que va atravesando el proceso penal, y que en sede de calificación, pasamos de la posibilidad a la probabilidad, hasta llegar finalmente a la certeza que se requiere en la etapa del juicio, acerca de la existencia del hecho punible y de la responsabilidad del sindicado, y que de acuerdo a ello, en el caso de autos, se encuentran reunidos los presupuestos sustanciales para llamar al aquí procesado a responder en juicio por el punible por el cual fuera llamado a responder en juicio. Dijo al efecto el Tribunal Superior Militar:

'... La resolución de acusación no requiere la certeza de la existencia del hecho punible, ni de la responsabilidad del sindicado, presupuesto jurídico que solo es exigible para emitir sentencia condenatoria, aspecto que corresponde establecer al fallador de primer grado, luego de la valoración global del acervo probatorio que al momento de emitir el fallo, debe someter al tamiz de las reglas de la sana crítica, y además, los sujetos procesales durante el juicio pueden ejercer el derecho de contradicción y rebatir los argumentos presentados por la Fiscalía, quedando de esta manera garantizado el derecho de defensa de los procesados. Por manera, que bien hizo el A quo al denegar las nulidades solicitadas por los recurrentes...' <sup>49</sup> (Rad. 14133 del 30 de abril de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

49 Radicación 149562, 13 de mayo de 2008, M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Sala Cuarta de Decisión. En igual sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 21 de enero de 2004, radicación 16384, M.P. Marina Pulido de Barón.

## **Prolongación ilícita de privación de la libertad**

No existe prolongación ilícita de la libertad por parte de funcionaria judicial, cuando no se demostró que procesados hayan estado bajo proceso judicial.

“No cabe duda por el acervo probatorio que no hay responsabilidad penal que se pueda endilgar a la oficial Capitán NEIRA LLACHE LINA MARÍA, por cuanto no existe prueba alguna que permita inferir que haya actuado de manera dolosa, que si existieron unos hechos anteriores a su actuación que correspondía como Juez es evidente, pero no en la que ella haya participado.

Este tipo penal es eminentemente doloso, el dolo de esta conducta se concreta en el conocimiento que tiene el servidor público de la manifiesta ilegalidad de la prolongación de la **detención originariamente legítima de una persona**, sin una justificación legal, y la conciencia de que con tal determinación se vulnera el bien jurídico de la libertad.

Es evidente que la funcionaria aquí cuestionada, no tenía el conocimiento de tal situación, no abusó de sus funciones ni mantuvo arbitrariamente privado de la libertad al soldado, por cuanto no hubo una actuación legal previa.

Así mismo no se advierte que deliberadamente haya querido desconocer la garantía constitucional que nadie pueda ser detenido sino por virtud de mandamiento escrito, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley, lo cual la juez aquí cuestionada lo tenía perfectamente claro para el momento de los hechos.

Comparte este Despacho los planteamientos expuestos por la defensa, en el sentido que la Prolongación Ilícita de la Privación de la Libertad solo y exclusivamente se estructura cuando la aprehensión de una persona se lleva a cabo por fuera de las formas o especies constitucional y legalmente previstas, como son con orden judicial previa, flagrancia públicamente requerida y administrativa, ahora si, cuando ejecutada legalmente la captura la privación de la libertad se prolonga más allá de los términos previstos en la Constitución o la ley para el servidor público 1) lleve a cabo la actividad a la que está obligado (escuchar en indagatoria, dejar a disposición judicial el capturado, hacer efectiva la libertad ordenada), 2) adopte la decisión que al caso corresponda (definir situación jurídica dentro del

término, ordenar la libertad frente a captura ilegal, no conceder la libertad condicional cuando haya lugar a ello).

Como bien lo señala la defensa, no se puede estructurar la prolongación ilícita de la privación de la libertad, si la persona no ha sido puesta a disposición dentro de los términos legales, tal como efectivamente ocurrió.

No aparece demostrado en el proceso que los soldados motivo de la investigación hayan sido puestos a disposición, de la Juez aquí cuestionada.

De otra parte en decisión de la parte instructora se señaló acerca de la omisión, en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000 se señala de manera taxativa las situaciones mediante las cuales se presenta la Posición de Garante las cuales vale la pena traer como referente legal:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Al circunscribirse en lo que señala el régimen legal, vemos que no se encaja, de aceptar la omisión en algunos de los parámetros establecidos. **(Rad. 13214 del 11 de febrero de 2011, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).**

### **Prolongación ilícita de privación de la libertad y privación ilegal de libertad**

Existió flagrancia.

“Efectuada la anterior precisión que se pone en el plano del discernimiento, nos cuestionamos ahora, de dónde se suscita un tal juicio de desvalor, (i) *¿al haber los institucionales penetrado al inmueble supuestamente de manera ilegal y por ello lo que de allí en adelante ocurrió se torna contaminado*

de esa misma ilegalidad?, teoría del fruto del árbol envenenado, o, (ii) aceptando la legalidad del ingreso por aquiescencia de MARÍA YANETH VÉLEZ VÉLEZ, ¿se soporta el reproche en no haber puesto a disposición a la persona que a la postre se demostró era la dueña del material fonográfico y no a esta?, es claro, frente al fundamento que hilvana el criterio de la Instancia, que el haber terciado la autorización para el ingreso de las autoridades ello hace legal pregonar un tal estado de flagrancia de cara a lo que de esa permisión se derivó, de allí que deba reconocerse ese instituto hasta el punto que la incautación del material fue declarado legal por parte del mismo funcionario con función de garantías de la jurisdicción ordinaria...” (Rad. 13745 del 31 de julio de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Pruebas en la etapa de investigación**

Ausencia del auto en el que se decreta la práctica de pruebas testimoniales, y la ausencia de la defensa en la práctica de las mismas no las invalida.

“...En ese mismo sentido debe tener en cuenta la togada apelante, que dicho artículo habla claramente de **NOTIFICAR**, actuación que permite enterar o dar a conocer a las partes las providencias judiciales, para que estos puedan optar, bien por atacarlas mediante los recursos legales establecidos para ello, o se allanen a lo que en sí entronizan las mismas, reiterando en consecuencia este Despacho, que el auto por medio del cual se señala fecha y hora para la práctica de pruebas de orden testimonial, al no estar contemplado dentro de dicho artículo, no es notificable, y por tanto, el funcionario puede abstraerse de ejercer su publicación, caso que no es el que nos ocupa, ya que de manera acuciosa, y como bien lo menciona nuestra homóloga de primera instancia, el juzgado de Instrucción Penal Militar No. 153 de Tunja, enteró formalmente a los sujetos procesales (Ministerio Público, procesado y apoderado), y en general a todos los intervinientes, de la apertura de un proceso penal en contra del hoy investigado, debiendo estos, a partir de ese momento, estar al pendiente de las ritualidades procesales y de ejercer el contradictorio.

Además de lo que acaba de expresarse, desde antaño nuestra Corte Suprema de Justicia ha señalado, que no es deber del funcionario judicial

informar la fecha y hora en que se han de practicar las pruebas, pues en definitiva, a ello no se limita el derecho de contradicción, como parece entenderlo la togada apelante. Veamos:

'... 1.4. Ahora bien: el derecho de contradicción no se limita a la presencia del procesado y su defensor en cuanta prueba se ordene evacuar, **ni es deber del funcionario judicial informar la fecha y hora en que se van a practicar.** También se ejerce a través de pronunciamientos sobre su contenido, su idoneidad o su mérito probatorio o el aporte de otros medios de convicción, sin que de la actuación procesal se derive la presencia de algún obstáculo para ejercer esa facultad en alguna de las formas señaladas, ni el libelista así lo demostró...'<sup>50</sup>.

Más recientemente, esa misma Corporación, en contravía de lo que se plantea por parte del apelante, dijo que para la validez del testimonio, **no se requiere la presencia del defensor.** Dijo al efecto la Corte:

'... En el asunto que nos concita, el vicio que se atribuye a la práctica de la ampliación de la declaración del menor ofendido, resulta ser insustancial pues tal como lo ha sostenido inveteradamente la Sala, **la presencia de la defensa en la práctica de los testimonios no es indispensable porque no constituye un presupuesto de validez**<sup>51</sup>.

En efecto, hay algunos actos procesales en los que la asistencia del abogado que representa los intereses del procesado es inexcusable, fundamentalmente porque la concurrencia del encartado también lo es, tales como las diligencias de indagatoria, reconocimiento en fila de personas o, de formulación de cargos para sentencia anticipada, pues no basta con el ejercicio de la defensa material sino que es indefectible la asistencia técnica del letrado para garantizar postulados como los de no autoincriminación y la cabal comprensión frente a los cargos atribuidos por el órgano acusador.

Sin embargo, existen otras actuaciones, **como la práctica de los testimonios, que no demandan necesariamente la presencia del togado,**

<sup>50</sup> Sentencia del 21 de agosto de 2003, radicado 13.169, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

<sup>51</sup> Cfr. entre otras, sentencia del 21 de julio de 2004, radicado 19.716, auto del 15 de noviembre de 2.005, radicación 23.738, sentencia del 18 de enero de 2010, radicación 31.727.

pues la contradicción probatoria no solo se manifiesta a través de la facultad de conainterrogar sino que 'también se ejerce cuando se piden pruebas, cuando estas se critican en sí mismas y con relación al resto del material probatorio, cuando se impugnan las decisiones, cuando se alega, etc.'<sup>52</sup>; que el derecho citado '...no se circunscribe al conainterrogatorio de los testigos..., pues esta es solo una de las distintas formas de poner en práctica la dialéctica probatoria, toda vez que con tal derecho lo que en esencia se busca es la participación efectiva de los sujetos procesales en la postulación o aducción de la prueba, en el diligenciamiento de la misma y posteriormente en su análisis crítico, oportunidades todas ellas para ejercer el contradictorio...'<sup>53</sup>; que '...el derecho de contradicción no es reductivo y que, por lo mismo, la única manera de efectivizarlo no es repreguntando al testigo, sino que existen otras, entre las cuales, criticar la declaración, no solo aisladamente considerada sino con relación al resto del material probatorio...'<sup>54</sup>; y que '... las pruebas que el Estado está en la obligación de practicar son únicamente aquellas que legal y materialmente puedan llevarse a efecto y no las de imposible cumplimiento...'<sup>55</sup> **(Rad. 14154 del 31 de mayo de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).**

### **Recurso de apelación**

No cumple el requisito de la sustentación quien simplemente se remite a lo expresado en sus alegaciones previas a la calificación y por ello se declara desierto el recurso.

“...Y esos argumentos fácticos y jurídicos que permitan establecer **vacíos protuberantes o errores de apreciación de las pruebas en la calificación de primer grado**, definitivamente no aparecen concretados en el memorial del recurso, en el que solo aparece una simple voluntad de controvertir con base en fundamentos inciertos, y no es labor oficiosa del Ad quem perfeccionar el libelo agregando lo que su autor omitió según las exigencias técnicas que imponen el recurso de apelación, máxime cuando no se advierte en la pre-

52 Casación del 18 de julio de 2001, M.P. Jorge Enrique Córdoba Poveda- Radicación 13.758.

53 Casación del 23 de mayo de 2001, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego- Radicación 13.704.

54 Casación del 25 de abril de 2001, M.P. Jorge Enrique Córdoba Poveda, radicación 13.198.

55 Sentencia del 8 de noviembre de 2001, radicado 34.495, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

tendida aparente motivación del recurso, fundamento o causa grave y seria que implique error in iudicando en la valoración probatoria que compete al A quo, y, además de ello, como fácil resulta advertirlo de la simple comparación entre sus alegaciones precalificatorias, y el memorial con el que ahora pretende cumplir con la sustentación del recurso de apelación, las controversias que quiere nuevamente plantear el apoderado de la defensa, fueron plenamente respondidas y resueltas en el acto de calificación, cuyos análisis se avienen a las exigencias que imponen las reglas de la sana crítica sobre valoración probatoria, y que consisten como lo ha señalado la Corte Suprema de justicia, en lo siguiente:

'... La sana crítica, que no es nada distinto en la explicación de su nominación y en busca de sus contenidos y fines, que el sometimiento de las pruebas a las leyes o reglas que regulan el razonamiento deductivo, los fenómenos materiales y las conductas frente a la sociedad, de acuerdo a lo admitido por ella misma para hacer viable su existencia y verificación de sus comunes objetivos, todo cumplido en forma 'sana', esto es, bajo la premisa de reglas generales admitidas como aplicables, y 'crítica', es decir, que con base en ellos los hechos objeto de valoración, entendidos como 'criterios de verdad', serán confrontados para establecer si un hecho y acción determinada pudo suceder, o si ello fue posible de una u otra manera, explicable dentro de las reglas de la lógica, de la ciencia y la experiencia, no ante la personalísima forma de ver cada uno la realidad, sino frente a estos postulados generales que rigen el razonamiento, las transformaciones materiales y la vida social, formal y dialécticamente comprendidos...' (sentencia del 4 de septiembre de 2002, radicado 15.884, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote).

En resumen, a las conclusiones sustentadas en la critología probatoria dentro de los parámetros de la sana crítica que fuera hecha por la Fiscalía A quo, se opone el apoderado de la defensa, volviendo a presentar el mismo memorial contentivo de sus alegaciones previas a la calificación del mérito del sumario, con lo cual, como igualmente lo ha señalado nuestra Corte Suprema de Justicia, '**...no cumple el requisito de la sustentación, quien simplemente remite a lo expresado antes de expedirse la providencia recurrida...**' (Rad. 14198 del 20 de marzo de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

## Recurso de apelación

No son admisibles como sustentación del recurso de Apelación, las simples discrepancias entre el A quo y el apoderado de la defensa.

“...Con las anteriores precisiones, insiste este Despacho, como de manera reiterada lo ha decidido ya en innumerables situaciones ante recursos similares al propuesto en este proceso, que es respetuoso de los calificadores de primer grado en su función de apreciar pruebas que no están sometidas a la proscrita tarifa legal y de manera alguna se puede pretender que se reconozca que los funcionarios de acusación en primera instancia incurren en errores de apreciación probatoria cuando, tal como ocurre en el caso de autos, se trata de simples valoraciones discrepantes entre el A quo y el apoderado de la defensa, caso en el cual debe prevalecer la propuesta de la primera instancia que, se reitera, está revestida de la doble presunción de acierto y de legalidad inferidas para las decisiones judiciales. De otra parte, por cuanto dentro del margen de arbitrio que el legislador le ha concedido a los operadores de la justicia en este ámbito, mientras la apreciación de los medios de convicción se enmarque dentro de los parámetros de lo que se conoce como sana crítica, este tipo de ataques son de imposible aceptación en el recurso de alzada, siempre y cuando quien recurre no demuestre de manera fehaciente la presentación de un error o vías de hecho en lo que respecta a la calificación o a la valoración probatoria –error in procedendo y/o error in iudicando–, lo cual no demostró acá el abogado apelante...” (Rad. 14214 del 21 de septiembre de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

## Recurso de apelación

Se hacen extensivos los efectos favorables de la decisión de segunda instancia a los no recurrentes.

“...No obstante lo anterior, los efectos benéficos de la decisión que este Despacho Ad quem adopta a favor del **AG. AYALA CASTAÑEDA**, se harán extensivos a los demás uniformados vinculados en autos, a pesar de no ser recurrentes, en lo que respecta exclusivamente al presunto delito de **ABUSO DE AUTORIDAD ESPECIAL** que les fuera endilgado por el A quo en el calificadorio, al evidenciarse que las razones esgrimidas para revocar dicho llamamiento a juicio, resultan idénticas para uno y otros. Sobre esta posibilidad procesal ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

'...Dilucidado lo anterior, se debe resolver el problema jurídico consistente en si un funcionario de segunda instancia puede extender una decisión a los no recurrentes, cuando encuentra que las razones para revocar la medida adversa que se impuso a los recurrentes son idénticas para unos y otros.

Conviene recordar, a ese propósito, que el inciso 1° del artículo 204 del Código de Procedimiento Penal del 2000, dispone:

**En la apelación, la decisión del superior se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación.**

Sobre el entendimiento del precepto, dijo la Corte en la sentencia del 25 de mayo del 2005, dentro del radicado 22.855:

Como razonable resulta concluir, el legislador en punto de la competencia del superior funcional, optó por prescribir una fórmula intermedia, pues si bien en principio el objeto del recurso constituye su límite, **también se dejó consagrada la posibilidad legal de extenderla para incluir pronunciamientos sobre aspectos no impugnados, pero siempre que de ellos pueda predicarse un estrecho ligamen con el objeto de la alzada.**

Doctrina y jurisprudencia coinciden en concluir que la extensión de la competencia del superior a temas inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación **resulta procedente cuando se advierta la necesidad de hacer prevalecer el derecho sustancial o cuando ello influya en la coherencia y la lógica que ha de observarse en la decisión del superior funcional.**

Por ello, es razonable concluir que el principio de limitación que rige la intervención de los funcionarios de segunda instancia, no es absoluto, en tanto que como viene de verse no solo puede extenderse a temas inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación, sino que también permite la posibilidad de pronunciamiento sobre la existencia de vicios que afectan la estructura del debido proceso o las garantías de los intervinientes en la actuación procesal, así como el señalamiento de la consecuencia procesal inmediata de una tal situación, aun cuando tales temas no formaran parte de los motivos de la impugnación.

También para la doctrina, el Ad quem

**Está facultado para extender su competencia a materias que no fueron objeto de la impugnación, o a imputados no recurrentes, cuando exista una estrecha relación con los aspectos sometidos a consideración de la segunda instancia, y no opere el fenómeno de rompimiento de la unidad procesal. Es decir, en aquellas hipótesis en que, dada la naturaleza del asunto, las decisiones adoptadas deben aplicarse a todas las materias o a los no recurrentes, por tratarse de fenómenos objetivos con efectos generales; o cuando la decisión de segunda instancia resulta más favorable para los no impugnantes** [Bernal Cuéllar, Jaime y Eduardo Montealegre Lynett. El proceso penal. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 4ª edición, 2002, páginas 320/1].

**En realidad, nada impide que cuando los motivos de inconformidad de un apelante sean predicables también de los no recurrentes, la decisión que se adopte respecto de aquel se aplique igualmente a estos siempre que sea favorable porque, como lo dijo la Sala Penal de la Corte en alguna ocasión, 'a igual razón igual disposición, a idéntico agravio idéntica solución'** [sentencia del 5 de marzo de 1993, radicación número 5.849].

No hacerlo podría conducir, en veces, a situaciones absurdas. Piénsese, por ejemplo, en varios procesados que fueron afectados con una providencia cuyo único sustento probatorio fue una prueba ilícita y solo uno de ellos apela la medida. Porque sería inadmisibles que los demás permanecieran privados de libertad o condenados, no hay duda que el Ad quem estaría habilitado para extender la decisión a los no recurrentes.

En el caso que se examina, el motivo de impugnación aducido por los defensores al sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de situación jurídica se refirió, en general, a la falta de prueba para imponer medida de aseguramiento porque el informe de policía judicial solo puede tenerse como criterio orientador de la investigación y los testimonios de cargo no son creíbles.

El fiscal de segunda instancia limitó su estudio a esos aspectos y concluyó que en efecto no existía prueba para detener. No lo hizo examinando

la situación particular de cada recurrente, sino la fuente de la imputación colectiva, en tanto todos los casos estaban íntimamente vinculados porque los medios de convicción aducidos eran idénticos.

De esta manera, si concluyó que el informe de policía judicial era por entero inadmisibile y que los testimonios de cargo carecían en su integridad de mérito suasorio, la decisión que en consecuencia habría de tomar era predicable respecto de todas las personas que resultaban comprometidas en el informe o con los testimonios, independientemente de su calidad de recurrentes o no recurrentes. Y aplicó, sin decirlo expresamente, aquel aforismo que acaba de recordarse: a idéntico agravio idéntica solución...'<sup>56</sup> (Rad. 14241 del 31 de julio de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### Recurso de apelación

Resulta improcedente contra Resolución de Acusación proferida por los delitos que se juzgan por el procedimiento especial consagrado en la Ley 1058 de 2006.

“...De acuerdo con lo anterior y por efecto de la entrada en vigencia de la mencionada Ley 1058 de julio 26 de 2006, en la que establece **un procedimiento especial** en el Código Penal Militar, y conforme a la ritualidad concebida en el inciso quinto del artículo 579 ejusdem, **contra la resolución de acusación proferida en el marco de ese procedimiento especial, solo procede el recurso de REPOSICIÓN**, por lo que una vez que dicha decisión adquiere firmeza al decidirse ese único recurso, el Fiscal adquiere la calidad de parte, y en consecuencia debe remitirse el proceso al Juzgado de Instancia, para que convoque a audiencia, la cual deberá celebrarse dentro de los ocho (8) días siguientes, término dentro del cual deberán reunirse el Fiscal y el procesado, acompañado de su defensor, con el propósito de acordar si hay posibilidad de aceptar o no los cargos y las consecuencias que de ello se deriven.

Así las cosas, y en completo acuerdo con la Representante del Ministerio Público, se hace imperioso **DEVOLVER** al Despacho A quo el presente asunto

56 Sentencia del 23 de marzo de 2006, radicado 23.259, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

adelantado en contra del Patrullero **NELSON JAVIER LLANO HERNÁNDEZ**, quien fuera acusado por la presunta comisión del delito de **ABANDONO DEL PUESTO**, que como ya se vio, es de los aquellos previstos en el reformado artículo 578 de la citada codificación a los que debe imprimirse el procedimiento especial allí señalado, para lo de su cargo y competencia funcional, no sin antes advertir que por las razones ya anotadas, el Calificador primario en el presente asunto no ha debido darle trámite al recurso de APELACIÓN interpuesto por el defensor Técnico del procesado, exhortándolo para que proceda más cautelosamente en un futuro ante situaciones procesales similares, para evitar dilaciones injustificadas que van en detrimento de los sujetos procesales...” (Rad. 14267 del 18 de julio de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### Testimonio único

Testimonio único válido en cabeza del mismo sujeto pasivo de la acción.

“Se le debe dar total credibilidad al testigo único y quien fue el que recibió el golpe, si de lo que se trata es de valorar las pruebas **la sola declaración del testigo Soldado GONZÁLEZ LOZANO MIGUEL ÁNGEL, es suficiente** pues así lo ha dicho la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de septiembre del 2004, radicado 22366 M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS...

Frente a estas manifestaciones jurisprudenciales y en el caso que aquí nos acompaña es claro que el soldado fue el testigo único de los hechos, **ya que fue sobre el mismo en que acaecieron todas las circunstancias, en las que se vio atropellado** por lo tanto existe una relación directa ente el sujeto activo y el sujeto pasivo de la acción.

Luego existe una relación con el servicio por cuanto el oficial fungía como oficial de servicio y el soldado como centinela, existen todos los elementos necesarios para confirmar la Resolución de Acusación en contra del oficial aquí cuestionado, este Despacho considera que para que se configure el delito no necesariamente deben haber en el ataque lesiones, **con la simple agresión dolosa basta y aquí es claro que se presentó”** (Rad. 11768 del 15 de diciembre de 2.010, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).









# Justicia Penal Militar

Avanzar con Justicia,  
Autonomía e Independencia

Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar

Carrera 13 N° 27-00 - 7° Piso - oficina 701 | Edificio Bachué  
Teléfonos: 3346078 - 3340872 - 3347519

## Fiscales Penales Militares ante el Tribunal Superior Militar



### **TC. Rubén Orlando Vargas**

Coordinador Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar – Fiscal Segundo Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar

Abogado egresado de la Universidad Libre de Bogotá, con Diplomado en Gerencia para la Investigación Criminal de la Escuela Militar de Cadetes, Especialista en Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, en Derecho Procesal Penal Constitucional y Justicia Militar de la Universidad Militar Nueva Granada, en Derecho Procesal Penal, Dere-

chos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Externado de Colombia, y Magister en Derecho Penal de la Universidad Libre de Bogotá. En la Jurisdicción Castrense ha ocupado los cargos de Juez 124 de Instrucción Penal Militar, Juez Primero de Instrucción Penal Militar, Auditor Auxiliar 14 de Guerra, Fiscal 22 Penal Militar de Brigada, Fiscal 11 Penal Militar de Brigada, y actualmente se desempeña como Fiscal Segundo y Coordinador de Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar.

Ha sido profesor de Derecho Procesal Penal y Conferencista invitado en varias universidades del país, así mismo, autor de varios artículos en revistas especializadas de Justicia Penal Militar.



### **CR. Claudia Patricia Rentería Tenjo**

Fiscal Primera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar

Abogada de la Universidad Santo Tomás de Aquino, con un curso en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Escuela de las Américas de Fortbenning Estados Unidos, especialista en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas y Magister en Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia.

Se ha desempeñado como asesora jurídica, Juez de Instrucción Penal Militar en las bases de la Fuerza Aérea en Melgar, Madrid y CATAM, Fiscal Penal Militar en CATAM y Tres Esquinas, Caquetá. Actualmente ocupa el cargo de Fiscal Primera ante el Tribunal Superior Militar.



### **DR. Neil Oswaldo Rodríguez Morales**

Fiscal Tercero Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar

Abogado egresado de la Universidad Militar Nueva Granada, Especializado en Ciencias Penales y Criminológicas en la Universidad Externado de Colombia, Especializado en Derecho Procesal Penal en la Universidad Externado de Colombia y Diplomado en Gerencia para la Investigación Criminal en la Escuela Militar de Cadetes. En la Jurisdicción Penal

Militar ha ocupado los cargos de Auditor de Guerra, Juez de Instrucción Penal Militar en el Departamento de Policía Valle y en la Dirección General de la Policía Nacional y Fiscal 145 Penal Militar de la Inspección General de la Policía Nacional, actualmente se desempeña como Fiscal 3° Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar.

Ha ejercido la Docencia en Derecho en el área Penal y Procesal Penal y ha sido Conferencista invitado en varios escenarios académicos del país y autor de algunos artículos en editoriales especializadas, además, designado como miembro de las comisiones creadas para la reforma del Código Penal Militar e implementación del Sistema Penal Oral Acusatorio en la Jurisdicción Castrense.



## Editorial

En nuestra condición de Fiscales ante la Segunda Instancia, y con el decidido apoyo de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, es para nosotros un verdadero orgullo y una satisfacción, presentar el primer volumen de la “**Revista Judicial de las Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar**”, con la que iniciamos a difundir ante toda la jurisdicción, y principalmente ante nuestros homólogos de la primera instancia, los autos interlocutorios sobre diferentes tópicos y las providencias calificatorias que hemos adoptado en éste y en los años anteriores, esperando que contribuyan eficazmente para hacer claridad en muchos temas de interés propio de la especialidad.

Consideramos de igual manera, que éste primer ejemplar se convierte en una oportunidad de oro para lograr dichos cometidos, y sabemos que con el apoyo de la Dirección Ejecutiva seguiremos publicando año tras año ésta revista, que no sólo reviste cardinal importancia para quienes integramos ésta especial jurisdicción, sino para la comunidad jurídica en general, integrada por los representantes del Ministerio Público, defensores, apoderados de la parte civil, estudiantes, profesores, y en general para todos los cultores del derecho, pues solo a través de éste tipo de publicaciones, se irán decantando las diversas temáticas que a diario debemos absolver en cumplimiento de nuestras funciones legales consagradas en el Artículo 261 de la Ley 522 de 1999.

Y es precisamente en el marco de esas funciones legales a las que se acaba de hacer referencia, que gravitan las decisiones que presentamos a consideración de la opinión pública en general, y que estimamos de particular importancia en la medida en que cuando un Fiscal Penal Militar decide entrar a calificar el mérito del sumario, es porque cuenta con la prueba necesaria para hacerlo, o se encuentran vencidos los términos de instrucción, de manera que si esa decisión es la de emitir una Resolución de Acusación, y dicha determinación adquiere ejecutoria al ser confirmada por la segunda instancia ante la eventualidad de un Recurso de Apelación, con dicha determinación se pone fin a la fase de instrucción y se inicia la fase de juzgamiento durante la cual

acusación se convierte en ley del proceso en el sistema procedimental que aún seguimos aplicando, y en esa medida adquiere carácter vinculante, señala los límites de la competencia, fija los marcos fáctico y jurídico en que se ha desarrollar el juicio, y además de ello, marca el derrotero de la decisión con la que se ponga fin al debate, ya sea absolviendo al procesado o profiriendo en su contra una sentencia condenatoria.

Así las cosas, y atendiendo a la innegable importancia de ese tipo de decisiones, hemos hecho para éste primer número de nuestra revista, una cuidadosa selección de aquellas que estimamos de mayor impacto y trascendencia en el marco de las funciones que el legislador nos ha diferido, y a partir de ello, confiamos en que la comunidad a la que va dirigida ésta primera publicación, sabrá apreciar nuestro esfuerzo y seguramente servirá para afianzar algunos conceptos entre los operadores judiciales y entre los diferentes sujetos procesales, esperando por ello contar a futuro con sus comentarios y sugerencias que nos permitan mejorar los venideros ejemplares, en procura de quienes tengan acceso a los mismos, puedan efectuar una consulta ágil, oportuna y actualizada, que siempre estará acompañada del respectivo CD contentivo de las decisiones completas, cuyos extractos aparecerán en cada número.

Sólo nos resta agradecer a quien hoy se encuentra al frente de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, esto es, a la Dra. CLARA CECILIA MOSQUERA PAZ, por su apoyo irrestricto para que éste primer número de la revista sea una realidad, y porque ha sido la primera persona que ocupa ese honroso cargo, que ha entendido que éstos despachos de segunda instancia también producen día a día, importantes y trascendentes decisiones que impactan en nuestra Jurisdicción, y que por ello deben ser conocidas entre toda la comunidad académica y judicial para propender entre todos por una pronta y cumplida justicia, y por brindar seguridad jurídica a quienes sean vinculados a una investigación penal, por la presunta comisión de aquellas conductas que deben ser analizadas a la luz de los postulados que activan el Fuero Penal Militar.

# Índice Providencias Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar

## **Abandono del puesto**

Error indirecto de prohibición invencible. No atipicidad, no estado de necesidad.

Rad. 14113 del 30 de agosto de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 19

## **Actos relacionados con el servicio**

Hacen parte de ellos las funciones que cumplen los jefes de personal de las unidades militares.

Rad. 8371, 14 de diciembre de 2010.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar ..... 21

## **Apelación auto de cierre de investigación**

No procede la revocatoria directa del cierre de investigación ante la ausencia de pruebas, sino la nulidad.

Rad. 13792, 08 de noviembre de 2010.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar ..... 21

## **Apelante único**

Es posible en el trámite del recurso de apelación, agravar la modalidad de Imputación no obstante ser apelante único.

Rad. 14291, 24 de octubre de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 22

## **Ataque al inferior**

Las vías de hecho no son razón válida, para mantener la disciplina.

Rad. 14248, 24 de agosto de 2012.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar ..... 24

## **Ataque al inferior**

Principio de la *no reformatio in pejus* no es absoluto cuando de trata de apelante único. Exigencia de la congruencia se predica es entre la resolución de acusación y la sentencia.

Rad. 13871 del 17 de abril de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 25

### Cierre de investigación

En la Justicia Penal Militar sí es posible decretar cierres parciales. El despacho se allana a la tesis que en tal sentido planteara el Tribunal Superior Militar.  
 Rad. 14059, 31 de agosto de 2011.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 26

### Coautoría en delitos culposos

Se admite la participación plural de personas en un Homicidio Culposo.  
 Rad. 14197, 27 de julio de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 29

### Colisión de competencia

No admite recurso de apelación.  
 Rad. 13072, 14 de julio de 2010.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar ..... 33

### Colisión de competencia

Negativa entre fiscalías actuantes ante los juzgados de la Inspección General de la Policía Nacional y departamentos y metropolitanas de policía.  
 Rad. 14215 del 24 de enero de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 34

### Colisión de competencias

Los conflictos de competencia jurisdiccional que se susciten en el desarrollo de un proceso penal, no son susceptibles de dirimirse a través del recurso de apelación.

Rad. 14195, 07 de diciembre de 2011.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 35

### Colisión de competencias

Se dirime asignando la competencia a una tercera Fiscalía Penal Militar, aunque no haya participado en el procedimiento de colisión en aplicación de la denominada Competencia Residual.

Rad. 14290, 03 de septiembre de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 36

### Colisión negativa de competencias

Conflicto de competencias entre dos fiscalías actuantes ante Juzgado de brigada.

Rad. 11087 del 26 de noviembre de 2007.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 39

## **Concurrencia de conductas**

La responsabilidad recae sobre quien hace el aporte definitivo.

Rad. 14177, 15 de mayo de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 39

## **Concusión**

La derivada por razón del cargo es competencia de la jurisdicción ordinaria.

Rad. 13408 del 16 de marzo de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 40

## **Concusión y encubrimiento**

Coautoría impropia.

Rad. 12865 del 30 de marzo de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 42

## **Consulta**

Su no procedencia en la Ley 1407 de 2010. Principio de Favorabilidad. El tema y lo consagrado en la sentencia 34872 de 2010 se constituye en un verdadero precedente jurisprudencial.

Rad. 13925 del 24 de noviembre de 2010.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 43

## **Contrato sin cumplimiento de requisitos legales**

Violar principio de selección objetiva lo configura.

Rad. 12992 (1115) del 28 de septiembre de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 43

## **Contrato sin cumplimiento de requisitos legales**

Gastos reservados no sometidos para la época a procedimientos de la Ley 80 de 1993.

Rad. 13394 del 12 de agosto de 2011.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 44

## **Delito provocado**

Su estructuración genera jurídicamente una situación de inidoneidad de la conducta debido a que no hay injusto típico por la total ausencia de antijuridicidad material.

Rad. 14163, 09 de febrero de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 44

## **Destrucción, supresión u ocultamiento de documento público y prevaricato por omisión**

No hay lugar a decretar la nulidad por la no imputación jurídica y no resolver situación jurídica por uno de los delitos.

Rad. 13640 del 27 de julio de 2011.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 45

### **Error de hecho por falso juicio de raciocinio**

En qué eventos se estructura frente al análisis de las pruebas que obran en el plenario.

Rad. 14135, 17 de septiembre de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 46

### **Error de prohibición invencible**

El error sobre la existencia de condiciones para la defensa no es una legítima defensa, pero quien en tales condiciones actúa lo hace sin tener conciencia de la ilicitud de su comportamiento.

Rad. 14112, 20 de enero de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 47

### **Error de tipo y error de prohibición**

En qué consiste cada uno de ellos y cuáles son sus diferencias.

Rad. 14137, 20 de octubre de 2011.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 48

### **Falsedad ideológica en documento público**

Se declara desierto recurso de hecho, se ordena conocer recurso de reposición presentado dentro del término de ejecutoria y enviado por mensajería no encontrándose extemporáneo.

Rad. 13690, 16 de mayo de 2011.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar ..... 54

### **Falsedad ideológica en documento público y violación de habitación ajena**

No flagrancia. Valor de los informes de policía y valoración de testimonios contradictorios.

Rad. 13040 del 4 de mayo de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 55

### **Favorecimiento de la fuga. Atipicidad de la conducta**

Rad. 13533 del 31 de octubre de 2011.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 56

### **Favorecimiento de la fuga modalidad culposa**

Se hace la imputación de esta conducta al procesado, no por vía de la mera causalidad que ahora se considera como presupuesto mínimo de imputación, sino por vía de imputación objetiva.

Rad. 14194, 10 de agosto de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 57

## **Homicidio**

Se declara desierto recurso por falta de motivación.

Rad. 12402, 30 de septiembre de 2011.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 59

## **Homicidio**

Se envía proceso Justicia Ordinaria, por cuanto existen dudas respecto de la competencia, de conformidad con pruebas técnicas.

Rad. 13237, 20 de febrero de 2012.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 61

## **Homicidio**

El Despacho se abstiene de conocer el recurso de apelación por ser presentado extemporáneamente.

Rad. 14124, 30 de noviembre de 2011.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 62

## **Homicidio**

Coautoría aditiva en los delitos imprudentes.

Rad. 9051 del 29 de agosto de 2008.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 63

## **Homicidio**

Delitos de omisión impropia.

Rad. 10416 del 31 de marzo de 2008.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 64

## **Homicidio**

Error indirecto de prohibición vencible. Punibilidad por vía del delito imprudente.

Rad. 13601 del 28 de septiembre de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 65

## **Homicidio**

Nulidad por falta de investigación integral.

Rad. 8491 del 23 de mayo de 2008.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 66

## **Homicidio culposo**

El técnico antiexplosivos no violó el deber objetivo de cuidado al remover una granada.

Rad. 13997 del 28 de septiembre de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 66

### **Homicidio culposo por comisión por omisión**

Posición de Garante de la Policía, que surge de la denominada competencia Institucional.

Rad. 13767, 30 de mayo de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 67

### **Homicidio culposo y desobediencia**

Ruptura de la unidad procesal.

Rad. 13298 del 14 de diciembre de 2009.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 69

### **Homicidio defensa putativa**

Error de prohibición indirecto.

Rad. 14082, 26 de junio de 2012.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar ..... 69

### **Homicidio y lesiones personales**

Competencia de la Justicia Penal Militar. Vinculados actuaron dentro del marco del DIH.

Rad. 12791 del 16 de septiembre de 2011.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 71

### **Homicidio y lesiones personales**

Improcedencia de la apelación por ausencia de interés jurídico para recurrir.

Rad. 13681 del 1º de febrero de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 72

### **Impedimento**

La compulsa de copias no se puede asimilar a una denuncia o querrela, por cuanto realizó una labor propia dentro de la órbita de sus funciones judiciales.

Rad. 14289, 12 de septiembre de 2012.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar ..... 73

### **Impedimento**

Se acepta impedimento Causal 7ª Artículo 277 de la Ley 522 de 1999, por haber actuado el Fiscal como Juez de Instancia y Presidente de Corte Marcial dentro del mismo proceso.

Rad. 14298, 17 de octubre de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 75

### **Insuperable coacción ajena**

Se niega existencia de esta causal de inculpabilidad en un proceso por lesiones personales dolosas. Análisis dogmático de los presupuestos de la eximente.

Rad. 14110, 18 de mayo de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 76

### **Investigación integral**

No resulta congruente disponer el cierre de la investigación, para luego en el calificadorio hacer referencia a una serie de dudas que han podido esclarecerse con el concurso del Juez Instructor.

Rad. 14278, 26 de septiembre de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 78

### **Legítima defensa de un tercero**

Estudio dogmático de la figura y sus similitudes con la legítima defensa propia.

Rad. 13490, 25 de julio de 2011.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 79

### **Lesiones personales**

Se revoca Cesación de Procedimiento, se profiere Resolución de Acusación, por Violación Reglamentos Internos de la Policía Nacional y normas de tránsito.

Rad. 13179, 20 de marzo de 2012.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 80

### **Lesiones personales**

Cambio de calificación de culposas a dolosas.

Rad. 13549, 30 de septiembre de 2011.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 81

### **Lesiones personales**

Agravación de lesiones culposas a dolosas a pesar de ser apelante único.

Rad. 13618, 27 de julio de 2011.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 81

### **Lesiones personales**

Cesación de Procedimiento, por culpa exclusiva de la víctima.

Rad. 14077, 14 de agosto de 2012.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 84

### **Lesiones personales**

Victimodogmática.

Rad. 10073 del 3 de febrero de 2011.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 85

### **Lesiones personales**

Coautoría Aditiva.

Rad. 13252 del 19 de octubre de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES Fiscal Tercero Penal Militar ..... 86

### **Lesiones personales**

Intangibilidad de la cesación de procedimiento no apelada en los casos de coautoría.

Rad. 13035 del 30 de abril de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 86

### **Lesiones personales dolosas en concurso heterogéneo sucesivo con el de privación ilegal de libertad**

Calificación provisional del juez de instrucción no ata el acto de calificación del fiscal.

Rad. 11024 del 17 diciembre de 2010.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 87

### **Lesiones personales dolosas**

Coautoría aditiva.

Rad. 14034, 26 de julio de 2012.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar ..... 87

### **Libertad probatoria**

La embriaguez también es posible demostrarla con prueba de carácter testimonial en virtud de este principio.

Rad. 14283, 28 de septiembre de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 89

### **Nulidad**

Se decreta nulidad resolución que dispone Cesación de procedimiento-Falta de motivación e incumplimiento requisitos formales y sustanciales de la decisión.

Rad. 14249 del 16 de octubre de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 93

### **Nulidad a partir auto de cierre de investigación**

Se declara nulidad, por ausencia de una investigación integral.

Rad. 14207, 30 de agosto de 2012

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar ..... 93

### **Peculado culposo**

El deber objetivo de cuidado frente a la no lesividad del bien jurídico.

Rad. 11192, 13 de agosto de 2010.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 94

### **Peculado culposo**

Pérdida del arma en el alojamiento mientras se descansa ante la inexistencia de armerillo, no viola del deber objetivo de cuidado.

Rad. 11904, 28 de marzo de 2011.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 95

### **Peculado culposo**

No procede la fuerza mayor o caso fortuito cuando se ha demostrado la vulneración al deber objetivo de cuidado.

Rad. 13192, 19 de agosto de 2011.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 96

### **Peculado culposo**

Se cesa procedimiento por intervención de un tercero en el hurto del arma produciéndose un caso fortuito.

Rad. 14218, 31 de agosto de 2012.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 97

### **Peculado culposo**

Infracción al deber objetivo de cuidado por el quebrantamiento de las disposiciones reglamentarias que en materia de seguridad debían acatar los integrantes de la Estación.

Rad. 13626, 29 de julio de 2011.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 98

### **Peculado por apropiación**

La ruptura de la unidad procesal, cuando sea calificado con cesación y resolución de acusación, en esta última se puede decretar una nulidad parcial por cuanto la cesación hace tránsito a cosa juzgada.

Rad. 14103, 18 de mayo de 2011.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 102

### **Peculado por apropiación**

Delito continuado. No prescrito.

Rad. 2128 del 23 de febrero de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 103

### **Peculado por apropiación**

Principio de limitación funcional frente al recurso de apelación. Interviniente.

Rad. 11064 del 11 de marzo de 2011.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 104

### **Peculado por uso**

NO LESIVIDAD. No se demostró el daño al bien jurídico, por cuanto el propósito que se tenía era en beneficio de la propia administración.

Rad. 14006, 30 de junio de 2011.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar ..... 104

### **Prescripción en el delito de lesiones personales dolosas**

Opera el aumento previsto en el Código Penal Ordinario para los servidores públicos.

Rad. 14144, 15 de marzo de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 105

### **Principio de non bis in idem**

Adelantar una investigación en la Justicia Castrense sobre unos mismos hechos de los que había conocido la Justicia ordinaria y frente a los cuales hubo acuerdo conciliatorio entre las partes, vulnera este principio.

Rad. 14174, 30 de abril de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 106

### **Privación ilegal de libertad**

Error indirecto de prohibición frente al concepto de la detención preventiva administrativa.

Rad. 14206 del 30 de noviembre de 2011.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 107

### **Privación ilegal de libertad**

Conducta atípica. No dolo. Ausencia de antijuridicidad material.

Rad. 12440 del 14 de abril de 2011.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORARES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 108

### **Proceso penal militar**

Principio de Gradualidad. Grados de convicción en el análisis probatorio son diferentes en las distintas etapas del proceso penal.

Rad. 14133, 30 de abril de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 109

### **Prolongación ilícita de privación de la libertad**

No existe prolongación ilícita de la libertad por parte de funcionaria judicial, cuando no se demostró que procesados hayan estado bajo proceso judicial.

Rad. 13214, 11 de febrero de 2011.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar..... 111

### **Prolongación ilícita de privación de la libertad y privación ilegal de libertad**

Existió flagrancia.

Rad. 13745 del 31 de julio de 2012.

DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar ..... 112

### **Pruebas en la etapa de investigación**

Ausencia del auto en el que se decreta la práctica de pruebas testimoniales y la ausencia de la defensa en la práctica de las mismas no las invalida.

Rad. 14154, 31 de mayo de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 113

### **Recurso de apelación**

No cumple el requisito de la sustentación quien simplemente se remite a lo expresado en sus alegaciones previas a la calificación y por ello se declara desierto el recurso.

Rad. 14198, 20 de marzo de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 115

### **Recurso de apelación**

No son admisibles como sustentación del recurso de Apelación, las simples discrepancias entre el A quo y el apoderado de la defensa.

Rad. 14214, 21 de septiembre de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 117

### **Recurso de apelación**

Se hacen extensivos los efectos favorables de la decisión de segunda instancia a los no recurrentes.

Rad. 14241, 31 de julio de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 117

### **Recurso de apelación**

Resulta improcedente contra Resolución de Acusación proferida por los delitos que se juzgan por el procedimiento especial consagrado en la Ley 1058 de 2006.

Rad. 14267, 18 de julio de 2012.

TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar ..... 120

**Testimonio único**

Testimonio único válido en cabeza del mismo sujeto pasivo de la acción.

Rad. 11768, 15 de diciembre de 2010.

TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar ..... 121

## Extractos Providencias Fiscalías ante el Tribunal Superior Militar

### Abandono del puesto

Error indirecto de prohibición invencible. No atipicidad, no estado de necesidad.

“...empece a ello forzoso emerge enfatizar sobre los descritos móviles que condujeron al institucional a determinar su decisión de separarse momentáneamente de sus obligaciones en la unidad militar, pues de ello se bifurca la hermenéutica a ofrecer para establecer que en realidad los motivos que lo condujeron a comportarse de esa forma se guiaban para él bajo un ámbito de protección del bienestar de su familia, lo que hizo que en su siquis considerara un inminente estado de necesidad el que este afrontaba, que no estimó matizar de otra manera sino procurando su evasión para socorrerla, lo que en sentir del Despacho sería edificante no de la causal justificante, empero sí de un error indirecto de prohibición...” (Rad. 14113 del 30 de agosto de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### Actos relacionados con el servicio

Hacen parte de ellos las funciones que cumplen los jefes de personal de las unidades militares.

“Sería del caso, que este Despacho se ocupara de resolver la apelación de la providencia del 28 de Diciembre de 2010, a no ser porque mediante petición calendada 29 de julio de 2010 de la Fiscalía General de la Nación Fiscalía Segunda de la Unidad de Administración Pública, propone la colisión positiva de competencia, de conformidad a los argumentos expuestos en su memorial.

Del estudio de las pruebas allegadas a la investigación, este Despacho considera que la competencia está radicada en la Justicia Penal Militar, porque no solamente se considera que el sujeto activo sea miembro activo de las Fuerzas Militares, sino como se ha dicho en diversas oportunidades la Honorable Corte Suprema de Justicia **respecto a la circunstancia foral que se desprende del artículo 221 de la Constitución Política, para efectos del juzgamiento castrense de los miembros de la Fuerza Pública que un delito**

**tiene relación con el servicio siempre y cuando su ejecución se desarrolle dentro de las tareas propias de las labores que cumplen.**

Al detenerse en el acervo probatorio allegado a la investigación podemos observar que el suboficial aquí cuestionado es miembro activo de la Fuerza Pública, y que dentro de sus funciones tal como aparece a folio 68 en el numeral cuarto, así como en el manual específico de funciones y requisitos numeral segundo respectivamente, **corresponde al jefe de personal atender y tramitar lo referente con los haberes del personal.**

Esta es una función específica, el trámite de los haberes cualquiera que ellos sean de conformidad con las novedades administrativas que se presente, para el caso que aquí nos ocupa se dice que es competencia de la Justicia Penal Militar por cuanto de la función se derivaron unos hechos que al parecer dieron lugar a que se presentara la concusión, el código es claro que respecto a este punible se puede presentar en cuanto al cargo como de la función que desempeñe.

**En este caso específico fue respecto de la función** que emana de los documentos que avalan la misión del militar como jefe de personal. No se puede hablar aquí de que las circunstancias que incidieron en el delito fueron ab initio, que indica que se tiene desde un comienzo la intención de cometer el ilícito, caso en el cual no sería de competencia de la justicia militar, y sí de la ordinaria.

Pero las circunstancias fácticas de que aquí hablamos, se enmarcaron en desarrollo de la función que el suboficial cumplía, luego por esa razón considera este despacho que no es de conocimiento de la Justicia Ordinaria, sino de la Penal Militar, muestra de ello son las probanzas de tipo testimonial como la declaración a folio 90 de Martha Stella Hernández Correa, y las demás de tipo documental como son los emanados del Departamento de Personal.

Respecto a la colisión de competencia, La sentencia Hito que marcó unas pautas para discernir cuándo es o no competencia de la Justicia Penal Militar, es la sentencia **C-358/97 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz...**

(...)

Atendiendo las directrices de nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, este Despacho se abstendrá de conocer del recurso de apelación, hasta tanto no se resuelva por el Consejo Superior de la Judicatura a quién corresponde dirimir la competencia, por ello se propone desde ya la colisión positiva.

Si bien el fuero es una situación particular dada a los miembros de la Fuerza Pública, la misma debe obedecer a los principios orientadores de justicia al momento de tomar una decisión dentro de la jurisdicción castrense, como en derecho corresponda donde se dé aplicación a la verdad, justicia y reparación.

Este Despacho no acepta la colisión de competencia propuesta por la Fiscalía Segunda de la Unidad de Administración Pública por las consideraciones anotadas anteriormente, por ello dará aplicabilidad al artículo 256-6 de la Constitución según el cual le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura "...Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones". Norma a su vez desarrollada por el artículo 112-2 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia<sup>1</sup>, que faculta a la Sala Disciplinaria de esa Corporación, para dirimir tales conflictos". **(Rad. 8371, 14 de diciembre de 2.010, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).**

### **Apelación auto de cierre de investigación**

No procede la revocatoria directa del cierre de investigación ante la ausencia de pruebas, sino la nulidad.

El epicentro del recurso de apelación se centra específicamente, en que no se puede decretar la revocatoria directa de una decisión para este caso concreto respecto del CIERRE DE INVESTIGACIÓN, por cuanto para ello opera es la Figura de la Nulidad.

Desde ya se avizora que este Despacho acatará los planteamientos esbozados por el distinguido defensor, pues de sus argumentos claros mediante su escrito se evidencia, que efectivamente para el caso que nos corresponde resolver **la figura de la REVOCATORIA DIRECTA** no era el

1 Ley 279 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia.

camino legal al cual debió acudir la Fiscalía A quo con el fin de subsanar su desfase al encontrar que se debían practicar otras pruebas, la viabilidad jurídica que tenía la fiscal, era haber decretado la nulidad de su propio auto y ordenar la práctica correspondiente de pruebas al respectivo juez de instrucción.

Circunstancia esta que no se hizo, **sino que ya ejecutoriado el auto** que decretó el cierre a posteriori es que da lugar a la revocatoria, figura que como se señaló anteriormente no procedía”. (Rad. 13792, 08 de noviembre de 2.010, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).

### **Apelante único**

Es posible en el trámite del recurso de Apelación, agravar la modalidad de Imputación no obstante ser apelante único.

“...Así las cosas, no entiende este Despacho las razones por las cuales el A quo, desconociendo la existencia de esta causal de agravación, le formula cargos por hurto simple a la encartada, y ante esa circunstancia no nos queda otro camino diferente **al de modificar la calificación materia de nuestro examen, para imputarle a la procesada el delito de Hurto agravado**, a pesar de que la causal que se viene estudiando no le fuera deducida o imputada en dicho pliego de cargos, posibilidad que tiene la segunda instancia de acuerdo con lo dicho por nuestra Corte Suprema de Justicia, a pesar de que la acusada sea apelante única. Veamos lo que a ese respecto ha dicho la citada Corporación, en reciente variación jurisprudencial:

“... Resulta incuestionable, que en el momento procesal en que la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior Militar, como funcionario judicial de segunda instancia, conoció con ocasión del recurso de apelación y modificó la calificación jurídica adecuada en la providencia acusatoria, para ahora formular una imputación por el delito de lesiones personales bajo la forma de culpabilidad dolosa que no había sido imputada en el pliego de cargos, obró, conforme a los límites que le ciñen su competencia funcional, comoquiera que, el tema de la modalidad de culpabilidad como nexo psicológico resulta inescindiblemente vinculado a los temas de

apelación que se contenían en el libelo de impugnación (la investigación integral; la valoración probatoria; y la responsabilidad), específicamente, la responsabilidad penal, al cual le son inherentes el dolo, la culpa y la preterintención como formas de culpabilidad.

Es claro para la Sala, que al acatar la resolución de acusación de primera instancia, el recurrente cimentó la controversia en el universo conceptual materia de esta providencia y otorgó así, libertad al superior, para que se pronunciara sobre todos los temas objeto de debate.

Con esto, el fiscal de segunda instancia tenía facultad para actuar como lo hizo, podía reformar la modalidad de culpabilidad del delito de lesiones personales de culposas a dolosas, aunque el defensor fuera apelante único, condiciones en las cuales no se afectan garantías fundamentales.<sup>2</sup>

(...)

El artículo 31 de la Constitución Política, inciso 2º, establece la garantía de la prohibición de la reformatio in pejus, cuando señala que el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

(...)

Como lo ha dicho la Sala<sup>3</sup>, el instituto de la prohibición de la reformatio in pejus, sólo irradia sus efectos restrictivos respecto de las sentencias condenatorias y de manera específica en relación con la pena y sus componentes.

Por este motivo, no le asiste razón al señor Procurador Delegado al solicitar se case la sentencia por violación a la prohibición de reforma en peor, pues, la norma instrumental contenida en el artículo 204 de la ley 600 de 2.000, consagra este evento, sólo respecto de las sentencias y como es claro, la afectación en peor que aquí se señala, es con ocasión a la resolución de acusación proferida por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de

2 Sentencia del 6 de Marzo de 2.008, radicado 24678, M.P. Javier Zapata Ortiz.

3 Sentencia del 6 de Marzo de 2.008, radicado 24678, M.P. Javier Zapata Ortiz.

Bogotá, que como acto procesal no corresponde ni equivale a la sentencia condenatoria, sin que por ese motivo sea dable aplicar por favorabilidad el artículo 20 de la ley 906 de 2.004 (Código de Procedimiento Penal), que hace extensiva la prohibición a la reformatio in pejus a otras decisiones judiciales, tales como, autos interlocutorios, por cuanto no guarda identidad sustancial con el artículo 204 de la ley 600 de 2.000, como lo solicita el Agente del Ministerio Público...”<sup>4</sup>.

De todo lo antes expuesto, y frente al argumento de la defensa, emerge con claridad que no se hacía menester la formulación de la querrela en el caso de autos por parte de la encartada, puesto que no se trataba de un Hurto simple como equivocadamente se calificó por parte del A quo, sino de un hurto agravado, y en esa medida se ajustará la calificación por parte de este Despacho de segunda instancia en contra de la aquí procesada...” (Rad. 14291, 24 de octubre de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### **Ataque al inferior**

Las vías de hecho no son razón válida, para mantener la disciplina.

“Es preciso señalar que el SV. OCHOA SAAVEDRA ÓSCAR MAURICIO, es un miembro del Ejército Nacional de Colombia, con una amplia trayectoria en la carrera y la vida militar, con una experiencia de más de diez años dentro de la institución, por esta particular circunstancia, es que debe ser digno de reproche su comportamiento en el sentido de que a lo largo de su carrera no ha entendido el significado de disciplinar.

Por siempre se ha dicho que la disciplina es uno de los pilares fundamentales de la formación militar, la razón de ser de la disciplina no es otra sino la necesidad que existe en los ejércitos de estar siempre preparados y dispuestos para el cumplimiento de las funciones constitucionales.

Entendida así la disciplina todas las acciones que desarrolla la fuerza pública están dirigidas a cumplir con su esencia misma, cosa distinta

<sup>4</sup> Sentencia del 15 de Mayo de 2.008, radicado 24.215, M.P. Javier Zapata Ortiz.

son los mecanismos que se utilizan para que la misión constitucional que se cumple al interior de las Fuerzas utilicen este valor en pro de sus objetivos, los cuales deben ser desempeñados bajo el amparo del respeto mutuo entre sus miembros, el cual es recíproco del superior al inferior, y del inferior al superior.

Los militares como el que aquí ocupa la atención direccionaron mal su concepción de disciplina, pues como bien se advierte al interior del plenario utilizó **vías de hecho** las cuales se encuentran evidenciadas por pruebas de tipo testimonial de los soldados que se encontraban en el lugar al momento de los hechos es así que se encuentra la del soldado a folio 293 HAIR DANILO VARGAS, la misma indagatoria a Folio 68 del SV. Ochoa Saavedra quien reconoce que le tiró tres patadas, a folio 33 el Capitán Martínez Jiménez Johan señala el sargento tenía antecedentes de malos tratos hacia los soldados, folio 305 declaración SLR. Triana Jara Jimmy se le acercó y le pegó tres patadas en el pecho, declaraciones que permiten llegar a la misma conclusión que el sargento atacó de forma indiscriminada y sin justificación al soldado, que no estaba cumpliendo una orden en debida forma, **pero entendiéndose que no era la manera de corregir a un subalterno.**

Es claro que el SV. OCHOA SAAVEDRA, poseía para el momento el mando sobre sus subalternos, el superior debe ser ejemplo a seguir, además de ser el modelo y cabeza visible, dentro de la institución y más frente a un grupo de soldados que está a su cargo”. **(Rad. 14248, 24 de agosto de 2.012, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).**

### **Ataque al inferior**

Principio de la no *reformatio in pejus* no es absoluto cuando se trata de apelante único. Exigencia de la congruencia se predica es entre la resolución de acusación y la sentencia.

“Ahora bien, aunque sin un denodado análisis podría llegar a pensarse que bajo las prerrogativas que guían el procedimiento punitivo no podrá esta Instancia entrar a agravar la situación del recurrente cuando se

trata de apelante único, obsérvese que ante tal reparo es dable recordar que tal limitante se finca en eventos en los que el pronunciamiento no se basamente en cuestiones sustanciales o inescindiblemente ligadas a los acápites contenidos en el recurso vertical, avistándose que en el evento *sub examine* sin duda se parte del mismo supuesto fáctico en su oportunidad enrostrado al vinculado, amén de que el apelante ataca aspectos como la valoración probatoria y la responsabilidad y sobre ello se estructura lo aquí discernido, concluyéndose, bajo las razones antes enunciadas, que no se trata de un aspecto fuera de contexto, muy por el contrario, la precisión que aquí se efectúa corresponde a circunstancias sobre las que en su oportunidad se le formularon cargos al oficial.” (Rad. 13871 del 17 de abril de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Cierre de investigación**

En la Justicia Penal Militar sí es posible decretar cierres parciales. El Despacho se allana a la tesis que en tal sentido planteara el Tribunal Superior Militar.

“...Como arriba se había anticipado, el aludido cierre de investigación cuya nulidad parcial aquí se decreta, se mantendrá vigente únicamente en el caso del PT. GARZÓN RODRÍGUEZ JUAN CARLOS, al existir en la Justicia penal Militar también la posibilidad de decretar cierres parciales como lo planteara recientemente el Tribunal Superior Militar en providencia que se citará a continuación, en la medida en que de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, y particularmente las de carácter pericial, se pudo establecer de manera fehaciente la inexistencia del nexo de causalidad entre su actuar y el resultado muerte aquí investigado, siendo por ello necesario confirmar en su exclusivo caso, la Cesación de procedimiento con que fuera favorecido por el A quo frente al punible de Homicidio por el cual se le vinculara en autos, aunque no precisamente por las causales de justificación allí invocadas, y se dispondrá en consecuencia la Ruptura de la Unidad procesal a fin de que la investigación continúe solamente frente a los otros dos procesados.

En efecto, al estar plenamente determinado que el PT. JUAN CARLOS GARZÓN, por su ubicación y distancia, no pudo ser quien impactó en la humanidad del señor ALEXANDER CASTELLANOS, ello nos lleva a apartarnos dia-

metralmente de lo referido por el Calificador Primario, en el sentido de que el accionar de dicho uniformado se encontraba amparado bajo las causales de justificación ya mencionadas, pues no existe un nexo causal que ligue el obrar del uniformado con el resultado evidenciado en la presente investigación.

(...)

Así las cosas, se hace en consecuencia necesario romper la unidad procesal para que frente a dicho policial se archive la investigación por el homicidio del particular ALEXANDER CASTELLANOS al ser favorecido con la confirmación de la cesación de procedimiento que sube a la instancia en apelación, decisión que se adopta pues en el caso de los otros dos policiales vinculados en autos, esto es, los Patrulleros JAVIER ALONSO CHACÓN VARGAS y ÓSCAR NARANJO JIMÉNEZ, se hace necesaria la práctica de las pruebas arriba mencionadas y que acertadamente echan de menos la representante del Ministerio Público en ambas instancias, con la finalidad de individualizar al autor material del delito que se investiga, así como de las demás pruebas que sean necesarias, pertinentes y conducentes para el total esclarecimiento de los hechos, y hecho lo anterior, establecer si existe o no una posible causal de antijuridicidad o inculpabilidad que pueda cobijarlo, teniendo en cuenta que tanto al particular como al arma que se dice que fue hallada en su poder (arma de fuego hechiza de puño comúnmente llamada trabuco calibre 38 especial<sup>5</sup>), le fueron practicados exámenes forenses que concluyen que efectivamente dicha arma fue disparada por ALEXANDER CASTELLANOS, a quien igualmente le fue practicado el examen de absorción atómica, arrojando un resultado positivo para la mano izquierda<sup>6</sup>.

De tal suerte que de conformidad con las probanzas arrimadas al plenario, la responsabilidad del PT. JUAN CARLOS GARZÓN RODRÍGUEZ no se encuentra comprometida por carencia de nexo causal, y para determinar una eventual responsabilidad en cabeza de los otros dos policiales que lo acompañaban el día de los hechos, se hace necesario romper la unidad procesal a la luz del artículo 217 del Código Penal Militar en armonía con el artículo 18 de la misma codificación para nulitar parcialmente la decisión del Fiscal A quo,

5 Folio 74

6 Folio 434 Informe pericial de laboratorio

con base en el artículo 394 de la ley 600 de 2000, con sustento en el siguiente pronunciamiento del Tribunal Superior Militar que refiere lo siguiente:

“De otro lado, la sala no comparte las apreciaciones del Ministerio Público respecto de que en la Justicia Penal Militar no existen cierres parciales y de que por tanto la nulidad decretada no ha debido ser parcial, sino total. Basta recordar que el Juez A quo decretó la nulidad de lo actuado, únicamente en lo que hace relación al Intendente, disponiendo que el proceso siga su curso en la etapa del juicio respecto del Capitán.

Al respecto se considera que en la Justicia Penal Militar sí es posible aplicar la figura del cierre parcial de la instrucción, pues nada se opone a que por virtud del art. 18 del C.P.M. se aplique el art. 394 del Código de Procedimiento Penal de 2000 que establece la posibilidad de cerrar la investigación en relación con un solo sindicado o conducta punible, cuando existiendo varias personas vinculadas al proceso o se investigaren varios delitos conexos, se dieran las circunstancias para cerrar la investigación respecto de uno o varios de ellos, haciéndose imposible cerrar respecto de otros.

Nada más palpable que el caso presente, en que por causa de la nulidad decretada por el A quo, es posible que el cierre de la investigación persista únicamente respecto de...pero no en relación con el ...ya que ni siquiera está vinculado al proceso. Obviamente ello traería como consecuencia ineludible el rompimiento de la Unidad Procesal, la que no genera nulidad siempre y cuando no afecte derechos y garantías procesales...

Así mismo, también existe la posibilidad de decretar nulidades parciales en la Justicia Penal Militar, teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento no la prohíbe y que aunque al respecto hay un vacío, nada impide que se aplique el contenido del numeral 3 del artículo 92 del C.P.P. de 2000, legítimamente aplicable a nuestro sistema procesal aún vigente. Reza el citado numeral:

“Art. 92 Ruptura de la unidad procesal. Además de lo previsto en otras disposiciones, no se conservará la unidad procesal en los siguientes casos:

...cuando se decrete nulidad parcial de la actuación procesal que obligue a reponer el trámite con relación a uno de los sindicados o de las conductas

punibles”.<sup>7</sup> (Rad. 14059, 31 de agosto de 2011, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

## Coautoría en delitos culposos

Se admite la participación plural de personas en un Homicidio Culposo.

“...En consecuencia, y comoquiera que quedó demostrado que al entonces **CT. RICO GUZMÁN** y el **SI. MERCHÁN INFANTE**, les son imputables desde el punto de vista objetivo el resultado típico – muerte del alumno **CASTRO ALBANEZ JAMES ALBERTO**, no se remite a duda que actuaron de manera imprudente en este caso, aclarándose que el llamamiento a juicio que se les hace, es como **Coautores** en el delito imprudente que se les endilga, figura dogmática plenamente aceptable en esta clase de conductas, como lo reseñara nuestra Corte Suprema de Justicia, en la ya citada Sentencia de fecha 8 de Noviembre de 2.007, dentro del radicado 27.388, con ponencia del Magistrado JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, en los siguientes términos, al admitir la participación plural de personas en los delitos culposos. Dijo al efecto la Corporación:

“...5.1. Si bien es cierto que el inciso 2º del artículo 29 de la ley 599 de 2000 sólo consagra como coautoría aquella en la que los agentes, “mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”, también lo es que tanto la doctrina como la jurisprudencia han referido tradicionalmente dos clases de participación plural de personas en la realización de la conducta punible.

La primera, que ha sido denominada por la Sala coautoría propia<sup>8</sup> y por algunos tratadistas como autoría concomitante, autoría paralela o pluriautoría<sup>9</sup>, es aquella en la que convergen varios sujetos en la realización de la conducta, pero se considera que cada una de las contribuciones fue suficiente para producir por sí sola el resultado típico. Por

7 Radicación 156007, 26 de febrero de 2.010, M.P. TC. Ismael Enrique López Criollo. Primera Sala de decisión.

8 Cf., entre otras, sentencia de 24 de abril de 2003, radicación 17618

9 Véase, por ejemplo, Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, § 53, IV; y Suárez Sánchez, Alberto, *Autoría*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pág. 349.

ejemplo, cuando “Pedro, Juan y Diego hacen sendos disparos de revólver sobre Juan y lo matan”<sup>10</sup>.

Y, la segunda, que ha sido llamada por la Corte coautoría impropia<sup>11</sup> y en la doctrina coautoría funcional<sup>12</sup>, dominio del hecho funcional<sup>13</sup> o simplemente coautoría<sup>14</sup>, es la contemplada en el inciso 2° del artículo 29 del Código Penal. Es decir, es aquella en la que concurren una división plural del trabajo, una decisión común al hecho y un aporte significativo durante la ejecución del mismo.

**5.2.** En lo que al delito culposo respecta, la coautoría impropia o funcional no sería predicable, en principio, como forma de participación cuando concurren varias acciones imprudentes y productoras de un idéntico resultado típico, en la medida en que dicha figura presupondría la existencia de un plan criminal que, como tal, es propio de los delitos dolosos.

**En la doctrina, un sector minoritario siempre ha defendido la existencia de una coautoría funcional culposa, postura que desde la última década del siglo pasado ha venido adquiriendo cada vez más fuerza**<sup>15</sup>. Por ejemplo, en la séptima edición de *Autoría y dominio del hecho* de 1999, Roxin, citando a Weisser, señala como punto de partida para establecer una coautoría imprudente “que los intervinientes estén sometidos objetivamente al mismo deber de cuidado, que cooperen voluntariamente en realizar la acción u omisión descuidada y que cada coautor sea consciente de que a los demás se les dirigen las mismas exigencias de cuidado que a él mismo”<sup>16</sup>.

La opinión dominante<sup>17</sup>, sin embargo, considera irrelevante hacer esa clase de distinciones cuando el resultado típico es producido por la concu-

10 Sentencia de 24 de abril de 2003, radicación 17618, citando a la sentencia de 9 de septiembre de 1980. Igualmente, Reyes Echandía, Alfonso, *Op. cit.*, pág. 133.

11 Cf. sentencia de 5 de octubre de 2006, radicación 22358

12 Zaffaroni, *Op. cit.*, § 53, IV, 2

13 Véase Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 305 y ss.

14 Welzel, Hans, *Op. cit.*, pág. 154 y ss.

15 Cf. Roxin, *Autoría...*, págs. 740-741

16 *Ibidem*, pág. 742

17 Véase, por ejemplo, Carrara, *Op. cit.*, § 436; Pérez, Luis Carlos, *Derecho penal colombiano. Parte general. Volumen IV*, Temis, Bogotá, 1959, págs. 365-366; Welzel, Hans, *Op. cit.*, pág. 143.

rrencia de varias conductas imprudentes, en la medida en que toda persona responde en el delito imprudente a título de autor:

“En caso de (como máximo) imprudencia por parte de todos, no está claro para ninguno de los intervinientes cómo va a acabar el suceso. La ley renuncia, por ello, a graduar las formas de intervención y otorga el mismo tratamiento a todas las causaciones imprudentes o (en la omisión) a todos los comportamientos consistentes en no haber impedido el resultado. No se diferencian las clases de causación (uno mismo, mediante otros, con otros, en participación), sino que se uniformizan todos los partícipes”<sup>18</sup>.

En términos de la teoría de la imputación objetiva, lo anterior implica, entre otras cosas, que para la realización de un mismo resultado pueden concurrir en la creación del riesgo de manera individual o conjunta el comportamiento de varias personas, sin importar que siempre se las trate como autoras. En palabras de Jakobs:

“Los riesgos [...] no necesariamente han de ser atribuidos en todo caso a una sola persona, **sino que puede darse el caso de que deban ser administrados por varias personas**. En este sentido, puede que sea bastante claro que un riesgo competa conjuntamente a dos autores diferentes; por ejemplo, si el propietario de un vehículo lo carga en demasía y el conductor lo conduce, siendo perceptible que el vehículo no está en condiciones de circular, ambos responden conjuntamente del riesgo del trayecto”<sup>19</sup>.

Obsérvese además que, tal como lo reconoce Zaffaroni<sup>20</sup>, **la concurrencia de conductas imprudentes encajaría dentro de los parámetros de la llamada coautoría propia o pluriautoría, sin perjuicio de la denominación de autor, en la medida en que se considere que cada una de las acciones individualmente realizadas fue suficiente para la producción del resultado típico y no exista acuerdo de voluntades para su ejecución**.

18 Jakobs, Günther, *Óp. cit.*, págs. 788-789

19 Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 107.

20 Zaffaroni, *Óp. cit.*, § 53, IV, 1

5.3. En el asunto que centra la atención de la Corte, el juez de primera instancia condenó a los procesados a título de autores penalmente responsables del concurso de delitos endilgados.

El Tribunal Superior de Bogotá confirmó el anterior proveído y aclaró en la parte motiva del mismo que sí era posible plantear una coparticipación en el delito culposo, en la medida en que el acuerdo de voluntades se predique de la acción que produjo el resultado típico y no del propósito de producirlo.

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, lo que quería sostener el Ad quem era que el riesgo jurídicamente desaprobado fue administrado por más de una persona en el presente asunto y, por lo tanto, este les competía a los procesados. Es decir, que cada una de las acciones emprendidas por los doctores FRANKLIN ALFREDO GUEVARA TAPIA y FERNANDO BARÓN BARRERA no fue suficiente para la producción del resultado típico **sino que el mismo se concretó debido a la concurrencia de ambas.**

Sin embargo, dado que en el delito imprudente la ley no distingue las clases de participación ni las formas de causación del resultado típico, como también se acabó de analizar, cada uno de los procesados recibió un tratamiento uniforme a título de autor.

En este orden de ideas, no es cierto, como al parecer lo entendió el demandante, que el Tribunal construyó una coautoría impropia o funcional para el delito imprudente cometido por los procesados, e incluso, en el caso de que así lo hubiera hecho, el defensor tenía que haber sustentado las razones por las cuales esta figura no podía ser de recibo en nuestro ordenamiento jurídico, comoquiera que la misma ni siquiera corresponde a un imposible dogmático según un creciente sector de la doctrina.

"De acuerdo con lo hasta ahora analizado, los cargos que por violación indirecta a la ley sustancial propuso el demandante carecen de vocación de éxito alguna..." (Rad. 14197, 27 de julio de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

## Colisión de competencia

### No admite recurso de apelación

“Abordado el recurso de apelación, el Despacho considera que debe abstenerse de resolver el recurso de apelación que cuestiona la decisión de la Fiscal A quo de remitir a la jurisdicción ordinaria el proceso seguido en contra del Mayor QUIJANO BECERRA ÁLVARO ANDRÉS y otros, por el delito de HOMICIDIO, provocando colisión negativa de competencias. Al respecto es pertinente decir que tal decisión hace parte de un incidente de colisión de competencias el cual se encuentra reglado en el Código Penal Militar en su Título Cuarto, Capítulo Primero, artículos 273 a 276.

Y, como es claro, tal incidente procesal se regula por un procedimiento especial que no contempla el cuestionamiento vertical ante el superior funcional, así:

Artículo 274: "Procedimiento. La colisión puede ser provocada **de oficio** o a solicitud de parte. Quien la suscite se dirigirá al otro juez o fiscal, exponiendo los motivos que tiene para conocer o no. Si este acepta, asumirá el conocimiento, en caso contrario, enviará el proceso al Tribunal Superior Militar, o al fiscal ante esta Corporación o a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para que allí se decida de plano, según el caso."

El 275: "Solicitud y trámite. Cualquiera de las partes puede solicitar que se suscite colisión, por medio de memorial dirigido al juez o al fiscal que esté conociendo o tramitando, o al que considere competente para conocer o tramitar. Si el que recibe la solicitud la encuentra fundada, debe provocar la colisión."

De esta normatividad se infiere con toda claridad que la decisión de provocar colisión o no de competencias ya de oficio o a petición de parte, no es susceptible del recurso de apelación. Esta providencia no puede ser cuestionada verticalmente ya que la ley difiere otros mecanismos a los sujetos procesales para obtener la resolución del incidente de colisión. Por ejemplo, acudiendo al funcionario de la jurisdicción ordinaria que considera competente en este caso nuestro Fiscal A quo para expresarle las razones por las

cuales no debe aceptar la colisión o, alegar posteriormente en la segunda instancia nulidad por incompetencia jurisdiccional.

(...)

Es esta la razón por la cual este tipo de decisiones no se pueden cuestionar verticalmente por cuanto la ley estableció un procedimiento especial que no involucra la intervención del superior por vía vertical, sino que una vez trabado el conflicto jurisdiccional de competencias debemos tramitarlo de conformidad con el artículo 256.6 de la Carta Política.

Entonces los sujetos procesales podrían dirigirse al fiscal de la justicia ordinaria presentando sus argumentos para que este funcionario acepte o no la competencia según su interés en el asunto, lo mismo que podrían hacerlo ante el Consejo Superior de la Judicatura. **(Rad. 13072, 14 de julio de 2.010, Fiscal TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscalía Primera).**

### **Colisión de competencia**

**Negativa entre fiscalías actuantes ante los juzgados de la Inspección General de la Policía Nacional y departamentos y metropolitanas de policía.**

“Lo primero que habrá de advertirse es la extrañeza que causa al Despacho la desatención que se observa por parte de algunos de los funcionarios de la instancia primaria frente a las determinaciones del superior funcional, máxime cuando a partir de una de nuestras iniciales decisiones en temas de competencia entre las fiscalías acantonadas en la Inspección General de la Policía Nacional y las actuantes ante los juzgados de los departamentos y las metropolitanas de policía, pronunciamiento de diciembre siete de 2007 dentro del expediente 10931, han trascurrido ya casi cuatro años y se ha cimentado la inconformidad de aquellos respecto a un asunto que se definió prácticamente dentro de la misma estructura que hoy existe, de manera tal, que el ordenamiento jurídico del Estado no puede en esas condiciones funcionar a la inversa, es decir, que un contenido que ha sido unánimemente definido entre el grupo de Fiscales actuantes ante el Tribunal Superior Militar y gran parte de los Magistrados de dicha Corporación bajo idéntico contexto normativo, con el que deprecia la Fiscalía Penal Militar 144 la emisión

de decisión en contrario, vuelva a ponerse sobre la mesa, empero en esta ocasión formulando puntuales críticas a la providencia que de aquí emanó en donde se analizaron para el particular evento los temas que originaron los derroteros que se constituyen de obligatorio cumplimiento y que hoy, sin otro soporte jurídico, se pretende nuevamente sean debatidos. **(Rad. 14215 del 24 de enero de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORARES, Fiscal Tercero Penal Militar).**

### **Colisión de competencias**

Los conflictos de competencia jurisdiccional que se susciten en el decurso de un proceso penal, no son susceptibles de dirimirse a través del recurso de apelación.

“...Para mayor claridad, las colisiones de competencia entre jurisdicciones, penal militar y la ordinaria, debe resolverlas de plano el Consejo Superior de la Judicatura, a través de un procedimiento incidental. El Fiscal Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar sólo puede resolver los incidentes de conflictos de competencia funcional, al interior de la Justicia Castrense, que se susciten entre Fiscales penales militares de primera instancia, y no podría, en consecuencia, bajo ninguna circunstancia, y menos por vía de APELACIÓN, entrar a revocar la decisión de un Fiscal de primera instancia, que en el marco del procedimiento establecido en el Artículo 274 ya citado, aceptó los planteamientos de la Fiscalía 26 de derechos humanos para desprenderse de la competencia, lo cual indica de paso la imposibilidad de que se trabase un conflicto positivo de competencias entre esos dos despachos, para que lo dirimiera la Sala disciplinaria del consejo superior de la judicatura.

Al efecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente: DR. DÍDIMO PÁEZ VELANDIA, en auto de fecha 22 de mayo de 1995, radicado 10492, consignó:

“COLISIÓN DE COMPETENCIA/ APELACIÓN: El Código de Procedimiento Penal consagra en su Libro I, Título I, Capítulo VIII, el incidente de colisión de competencias, con regulación autónoma de su presentación, trámite y decisión, de manera tal que inhibe a los funcionarios y sujetos procesales in-

volucrados en él para acudir al procedimiento ordinario so pretexto de algún vacío en su reglamentación. **Por manera que tanto las determinaciones de los funcionarios que proponen y aceptan o rechazan el conflicto como la que dicte el superior llamado a desatar el incidente no son susceptibles del recurso de apelación**, pues una vez propuesta la colisión el Código indica perentoriamente el procedimiento a seguir, luego si se llegase a admitir interrupción alguna en dicho trámite sería tanto como aceptar la terminación del incidente por vía diferente a la señalada por el legislador, lo cual, además de absurdo e inconveniente, es abiertamente ilegal. (...).

“En este orden de ideas cabe destacar que cuando el artículo 100 del C. de P. P. -275 del Código Penal Militar-, faculta a cualquiera de los sujetos procesales para suscitar la colisión de competencias ante el funcionario que esté conociendo de la actuación procesal o ante el que considere competente para dicho conocimiento, **su solicitud no es determinante ya que el funcionario ante quien se formuló está obligado a examinarla sí, pero sólo la acogerá ‘si la hallare fundada’, en cuyo caso ‘provocará la colisión’**. Contrario sensu, si no la encuentra fundada no tiene por qué provocar incidente alguno, **ni les es dado a las partes cuestionar tal determinación verticalmente**. Si considera errada la determinación del funcionario, **el legislador le brinda la oportunidad de acudir al otro funcionario para que este sea el que en definitiva examine las razones y proceda a proponer o no el incidente, según que las considere o no fundadas. ...**” (Rad. 14195, 07 de diciembre de 2011, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### **Colisión de competencias**

Se dirime asignando la competencia a una tercera Fiscalía Penal Militar, aunque no haya participado en el procedimiento de colisión en aplicación de la denominada Competencia Residual.

“...Dicho lo anterior, y analizando todos y cada uno de los argumentos que plantean las Fiscalías en cita para negarse a conocer de estas sumarias en sede de Calificación, consideramos de plano que a quien le asiste la razón para desprenderse del conocimiento de este proceso, es a la Fiscalía 164 Penal Militar ante el Juzgado de Primera Instancia del Departamento

de Policía Tolima, aunque no precisamente para atribuirle la misma a la Fiscalía 149 Penal Militar ante el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Cali, **sino a la Fiscalía Penal Militar (Reparto) que actúa ante el Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional, y ello por competencia residual**, pues como bien lo expone el primer Despacho en cita, y de acuerdo **al principio rector del Juez Natural** contemplado en el Artículo 16 de la ley 522 de 1.999, “... los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, cuando cometan delitos contemplados en este Código u otros en relación con el servicio, sólo podrán ser juzgados por los jueces y Tribunales establecidos en este Código, **e instituidos con anterioridad a la comisión del hecho punible...**”.

(...)

En ese orden de ideas, y analizando el contenido de los argumentos expuestos por el señor Fiscal 164 ante el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Tolima, efectivamente para la fecha de autos, la aquí sumariada se desempeñaba como Comandante de Guardia del C.A.I. “Plaza 21” de la ciudad de Ibagué, y en tal condición se desplazó hasta el establecimiento “LIRA MOTORS”, para que en su condición de policial femenina llevara a cabo la requisita de la señora DIANA OLIVEROS, estando demostrado como bien lo dice el citado Despacho, no sólo que se encontraba en actos del servicio, sino que además esta uniformada **era orgánica de la Policía Metropolitana de Ibagué**, la cual fue creada por el señor Director General de la Policía Nacional mediante la Resolución No. 04378 del 28 de Noviembre de 2.011, en ejercicio de las facultades que le fueron conferidas en el Decreto 4222 del 23 de Noviembre de 2.006, disponiéndose en efecto en el Artículo 89 de la aludida Resolución, que la misma empezaría a regir a partir del día 15 de diciembre de 2.011, como en efecto sucedió, asistiéndole nuevamente razón al señor Fiscal 164, cuando aduce que al condicionarse por parte de la Dirección General de la Policía la entrada en vigencia del mencionado acto administrativo, concedió un término de diecisiete (17) días, no sólo para que por parte de esa Institución se realizaran los ajustes propios que implica la creación de una nueva Unidad Policial, sino también para que la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, máximo ente en materia administrativa de la Justicia Castrense, estatuyera los Despachos de conocimiento y la Fiscalía que actuaría ante el mismo, o encargara de dichas funciones a

algunos de los ya existentes, para conocer de los procesos penales que se originaran en los presuntos hechos punibles en los que fueran autores o partícipes los integrantes de la nueva Unidad Policial, y ello en efecto, para no entorpecer la buena marcha de la administración de Justicia.

Estamos igualmente de acuerdo en que a partir del día 15 de diciembre de 2.011, cuando entró en vigencia la aludida Resolución por medio de la cual se creó la Policía Metropolitana de Ibagué, los operadores Judiciales con categoría de Departamento de Policía (Juez de primera Instancia del Departamento de Policía Tolima y el Fiscal Penal Militar que actúa ante ese Despacho), perdieron la competencia a ellos atribuida en los Artículos 258 y 262 del C.P.M., respectivamente, esto es, para conocer de los procesos penales que se adelanten contra Suboficiales, personal del nivel ejecutivo, agentes de la Policía Nacional y personal que preste el servicio militar en las diversas unidades policiales.

Del mismo modo acierta al señor Fiscal 164 Penal Militar ante el Juez de Primera Instancia del Departamento de Policía Tolima, que ante la señalada circunstancia no podía su Despacho avocar el conocimiento de estas sumarias en sede de calificación, puesto que la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, ha debido disponer entre el 29 de Noviembre y el 15 de diciembre de 2.011, cuáles serían los Despachos que debían asumir los procesos de competencia de los denominados Juzgados de Policías Metropolitanas, la cual como se sabe, se encuentra establecida en el Artículo 257 de la ley 522 de 1.999, y se circunscribe al conocimiento de los procesos penales contra suboficiales, personal del nivel ejecutivo, agentes de la policía nacional y personal que preste el servicio militar **en la respectiva Unidad Metropolitana**, siendo en consecuencia evidente, que para el 27 de diciembre de 2.011, en que la aquí sindicada presuntamente incurrió en la conducta por la cual se le vinculara a estas sumarias, no se conocía quién era el Juez de conocimiento, ni la Fiscalía que debían conocer de estas sumarias en las etapas de calificación y de juicio.

Acierta nuevamente el señor Fiscal 164, cuando aduce que ese vacío sólo vino a subsanarse por parte de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, hasta el día 16 de abril de 2.012, fecha en la cual expidió la Resolución No. 000219, lo cual se traduce en que entre el 15 de diciembre de 2.011 en que entró a regir la Resolución No. 04378 del 28 de Noviembre de ese

mismo año, por medio de la cual se creó la Policía Metropolitana de Ibagué, y el 16 de abril del año en curso, no existían un operador judicial concreto y definido para conocer de la conducta en que presuntamente incurrió la aquí sumariada en sus fases de acusación y eventual juzgamiento, y en esa medida, y de conformidad con el ya citado principio de Juez natural, que como se dijo encuentra fundamento en el Artículo 29 de nuestra Constitución Política, ante el mencionado vacío que se generó en el lapso ya indicado, entra a operar la denominada **competencia residual**, atribuida en el Artículo 256 de la ley 522 de 1.999, al Juzgado de Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional, y a las Fiscalías que ante dicho despacho actúan, norma según la cual, al señalado Despacho le corresponde conocer en primera instancia de **los procesos contra el personal policial cuyo conocimiento no esté atribuido a otro juzgado**, siendo precisamente esa situación la que se produjo en el caso de auto, por cuenta de la ya mencionada omisión por parte de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, suficientemente explicada líneas atrás...” (Rad. 14290, 03 de septiembre de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### **Colisión negativa de competencias**

Conflicto de competencias entre dos Fiscalías actuantes ante juzgado de brigada.

“El primer interrogante que subyace es, entonces, si lo determinado respecto de los Despachos en conflicto como consecuencia de la expedición de la Resolución 00187 se encontraba dentro de las facultades de quien expidió el acto administrativo, y de la respuesta que a ello se dé dependerá el pronunciamiento atinente al alcance de su decisión dentro de la tramitación propia de los procesos que venían adelantándose antes y después de su entrada en vigencia.” (Rad. 11087 del 26 de noviembre de 2007, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Concurrencia de conductas**

La responsabilidad recae sobre quien hace el aporte definitivo.

“...Frente a este punto en particular, tampoco le asiste razón a la señora Procuradora judicial apelante, pues se olvida de que en casos como

el que aquí nos ocupa, en los que se presenta una eventual concurrencia de conductas (la del patrullero procesado y la de la imprudente víctima), ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia que **la responsabilidad recae sobre quien hace el aporte definitivo**, aporte que en el caso de autos, y a juicio de este Despacho Ad quem, debe acreditársele a la multicitada ciudadana, pues aceptando que el policial de marras estaba conduciendo la motocicleta de dotación de la policía Nacional por el carril de transmilenio sin contar para ello con la correspondiente autorización, no debe perderse de vista que lo estaba haciendo no porque sencillamente así lo hubiera querido, sino que actuó de esa manera en procura de capturar a unos indeseables sujetos que en instantes anteriores acababan de atracar a otro ciudadano que requirió el concurso de los policiales que iban en dicha motocicleta, a efectos de recuperar el fruto de su trabajo, y que por ende, el atropellamiento de la señora **MARÍA CRISTINA BERMÚDEZ MOYANO**, no se hubiera producido si esta no se hubiese lanzado abruptamente sobre dicho carril, inobservando todas las normas de seguridad a las que arriba se hizo referencia, y que son de obligatorio cumplimiento para cualquier peatón, desplegando así el comportamiento determinante del lamentable suceso del que dan cuenta los autos, emergiendo así en cabeza del aquí procesado el denominado “principio de confianza”, pues no obstante que en principio pudiera reprochársele el estar transitando por el carril exclusivo de transmilenio, a 20 o a más kilómetros por hora como lo aduce la apelante, el atropellamiento de la víctima no se hubiera producido si esta no se hubiese lanzado irracionalmente al carril exclusivo de transmilenio a pesar de tener a escasos 20 metros un cruce peatonal debidamente habilitado con una cebrá y con un semáforo que le hubiera permitido acceder a la Estación de transmilenio sin ningún contratiempo, siendo dicha ciudadana, en consecuencia, quien desplegó el comportamiento determinante del lamentable suceso que aquí se investiga...”. **(Rad. 14177, 15 de mayo de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar)**.

### **Conclusión.**

La derivada por razón del cargo es competencia de la jurisdicción ordinaria.

“Abrigado el precedente fundamento jurisprudencial y habiendo asumido de antaño la postura jurídica que supone que solamente las concu-

siones que se deriven del ejercicio de la función, no del cargo, y con otras específicas connotaciones que marca cada caso en particular pueden pertenecer al procesamiento de los canales de esta especial jurisdicción, pues la definición de la competencia entre la jurisdicción ordinaria y la castrense no la delimita propiamente el nomen juris, salvo las taxativas excepciones contempladas en el artículo 3 del Código Penal Militar, sino el establecimiento de aquel intangible entre el servicio desempeñado por el miembro de la Fuerza Pública y el delito presuntamente cometido; los inmediatos interrogantes que subyacen en la apreciación sobre el factor de competencia en este tipo de estructuras típicas de cara al concreto caso son, (i) ¿podrá ese ineluctable nexos funcional establecerse cuando, incluso, tomado como parámetro de discernimiento las circunstancias modales y temporales en que mencionan los indagados el hecho que suscitó, dan cuenta estos de que en ese instante no prestaban ningún servicio?, o, (ii) ¿acogiendo la declarativa que brinda el propio TC. JUAN PABLO FORERO TASCÓN al manifestar que el denunciante les indicó que a través de retenes ilegales era que los soldados efectuaban los irregulares pedimentos, podrá acaso reconocerse, independientemente de la decisión de fondo que se asuma y el argumento jurídico que se acoja, que la imputación fáctica en aquel presunto punible concusionario de conformidad con estas circunstancias, guarda así sea una mínima relación con el servicio que le correspondía prestar a aquellos?, o, por último, (iii) ¿procederá viable argumentar que tal vulneración, en caso de comprobarse, se desprende de ese ineluctable presupuesto cuando por ninguna parte de la actuación se indica que estaban los soldados SUÁREZ ARBELÁEZ y ZAPATA MONTOYA facultados para realizar retenes o practicar requisas a transeúntes propugnando la incautación de estupefacientes, sino simplemente prestaban el servicio de misión de apoyo y reserva, enlace de las comunicaciones y monitoreo al personal?, claro que no, de manera tal, que estimamos definitivamente que en las anotadas circunstancias está pero bien distante poderse albergar la continuidad de un procedimiento por esta especial jurisdicción, tal cual lo plantea la agencia del Ministerio Público, y en esas condiciones, incluso de antaño, se debió de inmediata forma efectuar la remisión frente a esta específica situación a la jurisdicción ordinaria, pues ninguna competencia le asiste a la castrense.” **(Rad. 13408 del 16 de marzo de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).**

## Concusión y encubrimiento

Coautoría impropia.

“Efectuada la anterior precisión que se pone en el plano del discernimiento, nos cuestionamos ahora, de dónde se suscita un tal juicio de desvalor, (i) *¿al haber los institucionales penetrado al inmueble supuestamente de manera ilegal y por ello lo que de allí en adelante ocurrió se torna contaminado de esa misma ilegalidad?*, teoría del fruto del árbol envenenado, o, (ii) aceptando la legalidad del ingreso por aquiescencia de MARÍA YANETH VÉLEZ VÉLEZ, *¿se soporta el reproche en no haber puesto a disposición a la persona que a la postre se demostró era la dueña del material fonográfico y no a esta?*, es claro, frente al fundamento que hilvana el criterio de la Instancia, que el haber terciado la autorización para el ingreso de las autoridades ello hace legal pregonar un tal estado de flagrancia de cara a lo que de esa permisión se derivó, de allí que deba reconocerse ese instituto hasta el punto de que la incautación del material fue declarado legal por parte del mismo funcionario con función de garantías de la jurisdicción ordinaria.”

“Subyace, además, el comprometimiento conjunto de las dos unidades policiales, entre otras cosas, cuando no tendrían por qué indicar al IT. RUBIEL ANTONIO MARÍN ZAPATA que no habían tenido novedad alguna durante el procedimiento a sabiendas de que han debido proceder a la incautación y puesta a disposición unos CD presuntamente ilegales, pues si eso no fuese de esta manera no se explica el Despacho por qué la misma URREGO BARÓN literalmente afirma que por las manifestaciones de convalecencia de PORFIRIO NÚÑEZ CASTRO actuó por compasión, consiguiendo ello, amén de las demás probanzas analizadas, estructurar aquel indicio de mala justificación que respalda lo que las reglas de la experiencia nos enseñan suele suceder en la mayoría de estas eventualidades en donde la solicitud, inducción o constreñimiento lo efectúa uno solo pero el designio criminal es compartido, pues se busca un concreto objetivo bajo un acuerdo tácito y concomitante al hecho, pero que se constituye como un claro ejemplo de participación bajo la institución de la coautoría impropia, en donde cada uno *per se* mantiene de todas maneras aquel enunciado dominio del hecho, razón por la cual no pueden ser de recibo las manifestaciones de la defensa de LÓPEZ CADENA cuando aduce que nunca su cliente adecuó su comportamiento en alguno de los alternativos

verbos rectores que incluye el tipo penal de la *concusión*, ni recibió dinero alguno, pues en las condiciones que nos muestra el paginario, en cuanto a su posición y desempeño dentro de la escena, definitivamente sí tenía ese dominio del hecho.” (**Rad. 12865 del 30 de marzo de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar**).

### **Consulta**

Su no procedencia en la Ley 1407 de 2010. Principio de favorabilidad. El tema y lo consagrado en la sentencia 34872 de 2010 se constituye en un verdadero precedente jurisprudencial.

“Ahora bien, superado el precedente capítulo y ahondando en el específico tema que aquí se plantea, muy a pesar de tener que recurrir a la edificación conceptual que hemos intentado tratando de aliviar los reseñados aspectos, pues sin superarlos no resulta tan fácil la aplicabilidad de un tal principio de favorabilidad frente al tránsito de dos sistemas procesales penales de diversa estirpe, es claro que debe necesariamente hablarse de un precedente jurisprudencial en la materia comoquiera que, aunque entrándose de pronunciamientos sobre procedimientos de similar estructuración, no es la decisión asumida recientemente la única que sobre el tema de la consulta se ha emitido...” (**Rad. 13925 del 24 de noviembre de 2010, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar**).

### **Contrato sin cumplimiento de requisitos legales**

Violar principio de selección objetiva lo configura.

“Así, reiteramos, que la diferencia entre un tipo penal y otro radica en la eliminación del ingrediente subjetivo de poca utilidad práctica, debiendo atenderse que para el caso que nos ocupa si se celebra o liquida un contrato violando los requisitos legales esenciales se entiende que hay un provecho que no está encaminado al bien común y si el titular de la contratación por ausencia de control obra como si no lo fuese, tal cual ocurrió en el caso que se analiza, omitiendo cerciorarse del cumplimiento de requisitos legales esenciales y contrata a una empresa privada desatendiendo, *verbi gracia*, la selección objetiva, es obvio que su obrar está encaminado a beneficiar al

contratista electo...” (Rad. 12992 (1115) del 28 de septiembre de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Contrato sin cumplimiento de requisitos legales**

Gastos reservados no sometidos para la época a procedimientos de la ley 80 de 1993.

“Así las cosas, uno de los primigenios interrogantes que emerge plausible agotar en aras de edificar la solución jurídica de cara al soporte fáctico que alimenta las probanzas y atendiendo la razones que fundamentan el disenso, es si de ineluctable manera en la época a la que se contrae el escenario para todos los procesos de contratación que surtía el rublo de gastos reservados tenía imprescindible que aplicarse el marco genérico que orienta los procesos de contratación estatal enmarcados en la Ley 80 de 1993, sus normas reglamentarias y modificatorias o de adición...”.

“Démonos cuenta, cómo las supracitadas resoluciones y directivas que sobre el asunto se elaboraron en su oportunidad se detienen en identificar cuáles son los ítems que contiene ese rublo de gastos reservados, desprendiéndose de allí mismo que definitivamente la mentada normatividad también prevé la manera en que habrán de soportarse contablemente tales gastos; de manera tal, que a la inicial conclusión que ha de arribarse es que definitivamente sí se marca una notable diferenciación entre el curso normal de la destinación presupuestal, procedimientos y soporte del gasto público ordinario y lo que tiene que ver con los gastos reservados.” (Rad. 13394 del 12 de agosto de 2011, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Delito provocado**

Su estructuración genera jurídicamente una situación de inidoneidad de la conducta debido a que no hay injusto típico por la total ausencia de antijuridicidad material.

“...De antemano y como ya lo habíamos anticipado, y como igualmente lo estima la señora Procuradora en concepto que antecede, diremos que

este argumento es completamente válido para concluir que aunque el aquí procesado efectivamente sacó del depósito de armamento de su Unidad los lentes de visión nocturna (AVN No. 5027 de la Compañía Coraza), que como bien lo dice el A quo, hacía parte de los ocho equipos que estaban en custodia del depósito de armamento, puesto que los demás elementos encontrados en su poder al momento de su captura no aparecen a cargo de dicho depósito, como tampoco los repuestos usados que fueron hallados en registro voluntario cumplido en la casa de habitación del procesado, con el propósito de negociarlos con el supuesto comprador, que no era otro que un agente de inteligencia, no menos cierto es, como claramente se desprende del testimonio del señor **CT. VARGAS GIRALDO DIEGO**, que fueron los integrantes de la Regional de Contrainteligencia No. 1, quienes lograron incitar al suboficial de autos, para que este les hiciera el ofrecimiento de esa clase de material, estructurándose como acertadamente lo plantea la defensa, el denominado **delito provocado**, que como ya lo dijimos genera jurídicamente una situación de inidoneidad de la conducta del procesado para la efectiva configuración del ilícito por el cual fue llamado a responder en juicio, y ello debido a que no hay injusto típico por la total ausencia de antijuridicidad material o lesión siquiera potencial al bien jurídicamente tutelado de la administración pública, en el entendido de que como lo ha reiterado nuestra Corte Suprema de Justicia, no basta la simple contrariedad de la conducta con lo dispuesto en el tipo penal...” (Rad. 14163 del 09 de febrero de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### **Destrucción, supresión u ocultamiento de documento público y prevaricato por omisión.**

No hay lugar a decretar la nulidad por la no imputación jurídica y no resolver situación jurídica por uno de los delitos.

“Efectuada la precedente e ineluctable precisión, en imperante emerge resaltar que nos encontramos en total acuerdo con lo que responde el A quo frente al recurso horizontal que plantea la defensa, pues es claro que la normativa punitiva militar que corresponde aplicar en el presente caso incumbe a la consagrada en la Ley 522 de 1999, en la que a diferencia de la que estipula la Ley 600 de 2000, no se exige en la indagatoria una tal imputación jurídica sino fáctica de los acontecimientos que se enrostran al vinculado,

como sucedía, también, en el Decreto 2700 de 1991, artículo 360, siendo evidente que en el caso de marras tales sucesos se concretaron, tanto en la primigenia injurada recepcionada al uniformado CARVAJAL HERNÁNDEZ, como en la ampliación que ordenara la misma fiscalía en proveído del cuatro de septiembre de 2008.” (Rad. 13640 del 27 de julio de 2011, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Error de hecho por falso juicio de raciocinio**

En qué eventos se estructura frente al análisis de las pruebas que obran en el plenario.

“...Insistimos entonces, en que estamos en efecto ante un **error de hecho por falso raciocinio**, pues pese a que la Fiscalía A quo aceptó que con fundamento en las pruebas a que se acaba de hacer mención, las mismas resultaban convincentes para adosarle al **SI. RIVAS IBARGÜEN** la responsabilidad de las lesiones causadas al señor **ALEJANDRO SUÁREZ VALENCIA**, y que por ende también había resultado adecuada la medida de aseguramiento que se le impusiera por parte del Instructor al momento de definirle su situación jurídica, inexplicablemente y sin indicar claramente las razones por las cuales esas pruebas ya no tenían ese poder suasorio que inicialmente les reconociera, cambia de postura al decir que otro de los aspectos trascendentes para efectos de atribuir responsabilidad fue el hecho de establecer cuál de los dos uniformados portaba fusil para la fecha de autos, “... porque a pesar de que en la minuta de servicio a ambos investigados les figuraba fusil, de acuerdo a los testimonios, pero primordialmente conforme a las dos indagatorias, sólo el Patrullero RENTERÍA RENTERÍA portaba fusil, pero es aún más diciente que este en su Injurada no solo afirma que portaba fusil, sino que en ningún momento se despojó de él o se lo entregó al Subintendente RIVAS IBARGUEN o mucho menos que este se lo arrebató...”.

Sobre la existencia del error de hecho por falso raciocinio, ha dicho nuestra Corte Suprema lo siguiente:

“... Olvida que cuando se opta por esta senda (falso raciocinio), el error, como lo ha dicho la Sala, **surge de la comprobada y grotesca contradicción entre la valoración realizada por los falladores y los principios de la lógica,**

**las leyes de la ciencia o las reglas de la experiencia común** y no de la disparidad entre la estimación judicial y la pretendida por el impugnante, pues no se trata de establecer quién maneja mejor la lógica en el análisis probatorio, sino de evidenciar que los funcionarios judiciales transgredieron abiertamente aquellos postulados, y que este desatino los llevó a declarar una verdad distinta de la que revela el proceso, por lo que la sentencia es ilegal...”<sup>21</sup>.

(...)

Y de esa tarea fue de la que justamente no se ocupó cabalmente la Fiscalía A quo, pues salta a la vista que no señaló ni expuso las razones para concluir sin duda alguna, que la verdad estaba de parte de quienes señalaban al PT. RENTERÍA RENTERÍA como el verdadero autor del hecho investigado, palpitando nuevamente en el plenario la existencia de ese error de hecho por falso raciocinio al que venimos haciendo mención, pues solo se limitó a decir que les daba credibilidad a los cargos que URIBE RIVAS le hacía a RENTERÍA RENTERÍA, pero sin decir por qué la prueba que respaldaba esta última tesis le merecía mayor credibilidad, pese a reconocer que obran en autos tres versiones contrapuestas sobre las verdaderas circunstancias en que se presentaron los hechos, asistiéndole por ello plena razón al togado apelante, cuando aduce con fundamento en decisión adoptada por la Corte Constitucional, que resulta evidente que nos encontramos ante un defecto fáctico por falso juicio de raciocinio, en el entendido de que en el caso de autos, se presentó una indebida valoración de las pruebas por falso juicio contraevidente.<sup>22</sup>...” (Rad. 14135 del 17 de septiembre de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### **Error de prohibición invencible**

El error sobre la existencia de condiciones para la defensa, no es una legítima defensa, pero quien en tales condiciones actúa, lo hace sin tener conciencia de la ilicitud de su comportamiento.

“...Así las cosas, y a juicio de este Despacho Ad quem, el análisis sereno y ponderado de los medios de prueba ensilados en autos, nos llevan

21 Sentencia del 25 de octubre de 2.001, radicado 15.149. M.P, Jorge Enrique Córdoba Poveda.

22 Sentencia C-590 de 2.005.

a colegir que la reacción defensiva del Institucional **ESTIVENSON MINA LANDÁZURI**, fue consecuente ante la convicción errónea e invencible de defender el derecho esencial de la vida tanto propia como la de sus compañeros, al pensar que quien se encontraba en frente suyo era un guerrillero, y surgió de una serie de circunstancias ajenas al aquí procesado, pues como él lo dice en su injurada, quien le antecedió en la prestación del servicio, le dijo que ese era el sitio para la prestación del mismo, y que de ahí hacia arriba, ninguno de los integrantes de la tropa estaba autorizado para transitar por allí, y a ello aunado, como acabamos de reseñarlo, que el Comandante del pelotón omitió esa serie de medidas de seguridad a las que ya se hizo alusión, siendo una de las más importantes por tratarse de soldados con escasa experiencia en el patrullaje, la designación de un Cabo relevante que se encargara de despertar y ubicar a los diferentes centinelas de las escuadras, con lo cual se hubiera seguramente evitado el insuceso de autos, teniendo en cuenta que se encontraban en una zona de alta peligrosidad y que debían estar pendientes de cualquier suceso, de manera que la actuación desplegada por el aquí sumariado al haber accionado su arma de dotación, se reputa jurídicamente, a juicio de este Despacho Ad quem, como ejercitada con carácter subjetivo, porque en la psiquis del procesado el peligro era manifiesto –inminente- y no solo proveniente de la creencia inserta en su intelecto de que el **SLR. ZAMORA CARABALÍ**, lo colocaba a él y a los demás integrantes de la tropa que a esa hora descansaban, en una situación de peligro que en la realidad no existía –antiguamente defensa subjetiva o putativa, hoy, error de prohibición invencible...”. (**Rad. 14112, 20 de enero de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar**).

### **Error de tipo y error de prohibición**

En qué consiste cada uno de ellos y cuáles son sus diferencias.

“...Así las cosas, y para que se entienda a cabalidad la diferencia que existe entre el **error de tipo** y el **error de prohibición, en éste caso vencible**, y sus consecuencias, conviene traer a colación los apartes esenciales del Auto de fecha 19 de Mayo de 2.008, proferido por nuestra Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 28.948, con ponencia del Magistrado Julio Enrique Socha Salamanca, en la cual se dijo lo siguiente:

“...5.1. La Sala ha venido considerando que la Constitución Política establece el derecho penal de acto como principio rector, por lo que el delito es, ante todo, conducta o comportamiento humano, como lo determina el artículo 9 de la ley 599 de 2000. De modo que es un hacer humano cualificado, reglado y descrito con elementos normativos exclusivos del orden jurídico que incluyen desvalor de la acción y del resultado<sup>23</sup>.”

De este modo, la conducta y la afectación del bien jurídico constituyen los elementos básicos del injusto, estando la primera inserta en la estructura del arquetipo legal que la prohíbe, y conformada por unas partes subjetiva y objetiva, que integran el tipo penal.

La subjetiva se refiere al proceso ideativo de la acción, representación o motivación, que constituye el proceso de selección de los mecanismos o medios y la voluntad que mueve al acto. La objetiva es la exteriorización del comportamiento que se proyecta en relación con los bienes jurídicos que son objeto de tutela penal, lesionándolos o colocándolos en peligro efectivo.

Así, cuando el legislador en ejercicio del poder punitivo del Estado, para salvaguardar bienes jurídicos, tipifica una conducta humana como delito, se dirige a los asociados a fin de que conozcan anticipadamente el desvalor jurídico que le asigna a la misma y, por lo tanto, se abstengan de ejecutarla y sus actuaciones en el mundo de relación se ajusten a las exigencias normativas, de suerte que el legislador en ese proceso de criminalización sugiere los aspectos relacionados con la motivación – procesos internos– de las personas para que a partir de ese conocimiento encasillen su actuación<sup>24</sup>.

23 Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. Estructura de la Teoría del Delito, Civitas, 1997. § 10, num. 88, págs. 319 - 320 “Según la concepción actual, la realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de la acción como un desvalor del resultado. Es verdad que la configuración del desvalor de la acción puede ser diferente según la forma, requerida en cada caso concreto, de dolo o de imprudencia, de tendencia y de cualidad de la acción, y que también el desvalor del resultado se configura de modo distinto en la consumación o en la tentativa, en la lesión o en la puesta en peligro; pero el injusto consiste siempre en una unión de ambos, pues incluso en los llamados delitos de mera actividad (cfr. nm. 103 ss.), como el allanamiento de morada (§ 123), existe un resultado externo, aunque el mismo es inseparable de la acción”.

24 Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal, Parte General, 2ª. ediciones Tirant lo blanch, Valencia 1996, Págs. 31 - 32 “En cualquier tipo de sociedad, por primitiva que esta sea, se dan una serie de reglas, las normas sociales, que sancionan de algún modo –segregación, aislamiento, pérdida de prestigio social, etc.– los ataques a la convivencia. Estas normas sociales forman el orden social. Históricamente este orden social se ha mostrado por sí solo como insuficiente

De este modo, el desconocimiento o error, de los elementos descriptivos o normativos –aspectos objetivos del tipo de injusto– por parte de quien realiza la conducta prohibida excluye el dolo. No obstante si ese error, atendido el entorno y las condiciones de orden personal en las que se desenvuelve, es de naturaleza vencible, transmuta el tipo objetivo de injusto en delito imprudente si así lo ha previsto el legislador. Sin embargo, útil es aclarar que si el error recae estrictamente en el elemento normativo, suficiente es que el autor haya realizado una valoración paralela del mismo, incluso desde la perspectiva del lego, para imputarle su conocimiento a título de dolo.

El error acerca de los elementos concernientes a categorías disímiles al tipo, no posee relevancia jurídica alguna en sede de tipicidad, pues, solamente el relacionado con los elementos del tipo elimina el dolo.

**5.2. El error de prohibición difiere del error de tipo en que el agente conoce la ilicitud de su comportamiento pero erradamente asume que el mismo le está permitido y que, por lo tanto, lo excluye de responsabilidad penal.** En otras palabras, supone que hay unas condiciones mínimas pero serias que en alguna medida hagan razonable la inferencia subjetiva que equivocadamente se valora.

Luego aquí –en el error de prohibición– la falla en el conocimiento del agente no reside en los elementos estructurales del modelo de conducta prohibida por la ley, las cuales conoce, sino en la asunción que tiene acerca de su permisibilidad<sup>25</sup>.

---

para garantizar la convivencia. En algún momento histórico se hizo necesario un grado de organización y regulación de conductas humanas más preciso y vigoroso. Nace así, secundariamente, la norma jurídica que a través de la sanción jurídica se propone, conforme a un determinado plan, dirigir, desarrollar o modificar el orden social. El conjunto de estas normas constituye el orden jurídico. Titular de este orden jurídico es el Estado, titular del orden social de la sociedad. Tanto el orden social, como el jurídico se presentan como un medio de represión del individuo y, por tanto, como un medio violento, justificado sólo en tanto sea un medio necesario para posibilitar la convivencia...”

“...La norma jurídica penal constituye también un sistema de expectativas: se espera que no se realice la conducta en ella prohibida y se espera igualmente que, si se realiza, se reaccione con la pena en ella prevista...”

25 Roxin, Claus, Ob. Cit. § 21, Pág. 861. “Concorre un error de prohibición cuando el sujeto pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida”.

Para que el mismo tenga relevancia jurídica, es decir, excluya al sujeto de responsabilidad penal, debe ser invencible, pues, si fuere superable, deberá responder por el delito ejecutado de manera atenuada, como lo prevé el numeral 11 del artículo 32 de la ley 599 de 2000.

### **5.3. La Sala, acerca de la forma como el error de tipo y el de prohibición son tratados en la ley 599 de 2000, ha precisado:<sup>26</sup>**

“Una enorme discusión se ha dado en la doctrina y la dogmática, que aún no culmina en torno de este concepto, que nuestro ordenamiento jurídico superó con la definición trascrita (artículo 32, numeral 11), incorporada al ordenamiento jurídico, sobre lo cual la sala (sic) ha de pronunciarse porque en ello se introdujo una modificación de índole “copernicana” en nuestra legislación penal.

**En efecto, en el estatuto penal anterior, tanto el error de prohibición como el de tipo excluían la culpabilidad con la misma metodología, consecuente con el causalismo natural que lo caracterizó: si el error, uno u otro, provenía de la culpa, el hecho se convertiría en culposo y como tal se sancionaría si la ley lo tuviere previsto como culposo.** Se trata de la denominada teoría estricta del dolo, también conocida como teoría del dolo malo, en la que el dolo y la culpa conforman especies de la culpabilidad y, por consiguiente, tanto el conocimiento de la tipicidad como el de la antijuridicidad obran en condiciones de igualdad.

**En el Código Penal de 2000, el sistema adopta el concepto de injusto<sup>27</sup>, en el cual se engloban tres elementos sustanciales del delito: la conducta, típica y antijurídica, entendiéndose este último como primario, puesto que la razón de la tipicidad radica en la contradicción de una conducta con lo justo (contra-ius), por lo tanto, el legislador no podría tipificar como punible una conducta conforme al derecho (secundum ius).**

En este orden de ideas, la tipicidad implica la prohibición que el legislador describe de una conducta que quiere evitar por ser contraria al dere-

26 Sentencia de segunda instancia, Radicado 20.929, 13 de julio de 2005.

27 **Art. 7º. CP. Igualdad. ...” el funcionario tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto...**”

cho y en tal epistemología, es comprensible que el dolo y la culpa formen parte de la conducta y ya no de la culpabilidad. **De ahí la razón del artículo 21, según el cual el dolo, la culpa y la preterintención son modalidades de la conducta punible, como antes lo fueron especies de la culpabilidad.**

Podría entonces colegirse dentro de este orden sistémico que si dentro de la noción de injusto se incluye la conducta típica, el dolo y la culpa formarán parte del llamado tipo subjetivo y la conciencia de la antijuridicidad formaría parte del aspecto subjetivo de la misma (de la antijuridicidad) todo ello, se repite, enmarcado en un solo concepto de tipo de **injusto**.<sup>28</sup>

Sin embargo, la dogmática sobre el injusto también ha distinguido dos teorías de la culpabilidad, a saber, la teoría **limitada** y la teoría **estricta**. **En la primera, el error sobre los presupuestos de las causas de justificación o sobre la ilicitud influyen en el dolo y por consiguiente, han de tratarse como si fuera error de tipo, puesto que si la tipicidad es prohibición y la justificación es permisión, el efecto de la permisibilidad anula el de la prohibición.**<sup>29</sup>

En la comprensión de la **teoría estricta** de la culpabilidad, el dolo, que sistemáticamente obra en la tipicidad, es un dolo natural y, por consiguiente, la conciencia del injusto es un estado subjetivo diferente que opera en el proceso de la formación de la voluntad del sujeto que puede ser posterior al conocimiento propio del dolo.<sup>30</sup> Por ello, es que, dentro de esta teoría, cuando se alude a la conciencia del injusto se refiere al conocimiento potencial, como posibilidad de conocimiento.<sup>31</sup>

28 "El dolo en el tipo de injusto y la malicia en la antijuridicidad". JAIME CÓRDOBA RODA. P. 62 ss. COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. 1.972.

29 Concepto de la culpabilidad fácil de asumir para los autores de la teoría de los elementos negativos del tipo.

30 "Conforme a esta teoría, entonces, el error de prohibición invencible elimina la culpabilidad, no el dolo ni la culpa (el injusto permanece intacto) y el error vencible sólo atenúa la culpabilidad, ya sea en relación al injusto doloso o bien al culposo". J. BUSTOS R. Y HORMAZÁBAL MALERÉE. Vol II. p. 371.

31 El dolo significa conocimiento de la realización del tipo y la culpa falta de cuidado respecto de esa realización. Por tanto, la conciencia del injusto ha de tener un contenido completamente diferente al conocimiento del dolo, ya que no hay punto de relación entre sus estructuras y objeto de referencia. Pues, si bien obedecen a situaciones psicológicas similares, se diferencian en el plano normativo. La conciencia se forja en el plano social, es de índole compleja por su carácter sociológico, filosófico y normativo. A la conciencia del injusto se parte de la situación concreta producida (el injusto realizado) y sobre la base del sujeto concreto, se le puede exigir una determinada comprensión del injusto." Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. Ariel Derecho. Barcelona. 1989. p. 335.

Así las cosas, esa conciencia de antijuridicidad no opera en el campo del tipo sino en el espacio de la culpabilidad.<sup>32</sup>.

Es por esta razón que en el tratamiento del error vencible hay una diferencia con el tratamiento que se le da al de error de tipo, porque allí, lo convierte en conducta culposa, pero cuando es error vencible en la ilicitud, la pena se reducirá en la mitad, porque el dolo del tipo subsiste (artículo 32.11 del Código Penal vigente).”.

Más recientemente y en punto a esclarecer en qué consiste el error de tipo, dijo la misma Corporación lo siguiente:

“... El **error de tipo** se presenta cuando se obra con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica (error de tipo invencible) **o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad (error de tipo indirecto invencible o permisivo, también llamado “error sobre los presupuestos básicos de una causal de Justificación”). Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.**

De ello se desprende que el error invencible entendido como la errada interpretación que no es posible superar, ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa, **y el error vencible, aquella falsa representación que el agente puede superar, no han tenido ocurrencia en el caso examinado.**

El Oficio, la preparación académica, el cargo que desempeñaba, la continua contratación de la empresa en la que laboraba, le imponían conocer de cerca el proceso de contratación estatal. Tanto así que fraccionó el contrato con la clara intención de que la cuantía de cada uno de ellos no superara los límites permitidos y eludir de esa manera la licitación pública...”<sup>33</sup>. **(Rad. 14137 del 20 de octubre de 2011, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).**

32 J. BUSTOS R. Y HORMAZÁBAL M. Lecciones de D. Penal. ob.cit. Vol, II. p. 371

33 Sentencia del 11 de Marzo de 2.009, radicado 25.355, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán

### **Falsedad ideológica en documento público**

Se declara desierto recurso de hecho, se ordena conocer recurso de reposición presentando dentro del término de ejecutoria y enviado por mensajería no encontrándose extemporáneo.

“Encuentra este Despacho que se envía a esta Instancia **un recurso de hecho, contra decisión que profiere Resolución de Acusación calendada el 16 de diciembre de 2010** en contra de los agentes DAIRO JESÚS TOVAR NAVAS y LUIS CARLOS MENDOZA BACA, por el delito de FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO.

(...)

El texto legal es claro cuando señala que opera este recurso **cuando se deniega la apelación**, aspecto que no ocurrió en este evento, pues el escrito elevado por la defensa y dirigido a la señora Fiscal 148 Penal Militar, **es de reposición en ningún momento, se manifiesta acerca de la apelación. Al consultar el auto que denegó el recurso se observa que fue proferido el 21 de enero de 2011 en el que se expresa:** "y comoquiera que la Resolución de Acusación de fecha 16-12-10 proferida dentro de la presente actuación sumarial quedó ejecutoriada el día 19-01-11 a las 17:00 horas y el Recurso de Reposición fue recibido en esta Fiscalía el día 20-01-11 a las 14:45 horas, es decir fuera del término de ejecutoria de la providencia impugnada, esta agencia declara extemporáneo el recurso interpuesto.”.

Si bien este despacho no tiene competencia para desatar el recurso de Hecho porque no se denegó apelación alguna, pero dentro de la labor de control que también hace el fiscal como garante, sí encuentra que el defensor tiene razón en la petición, **en cuanto que el recurso no fue presentado de manera extemporánea**, veamos por qué: **El auto que profiere la Resolución de Acusación es de fecha 16-12-10**, las **notificaciones** se efectuaron al representante del Ministerio Público **el 17-12-10**, al Doctor Carlos Maldonado **el 7 de enero de 2011**, al Agente Tovar Dairo el **11 de Enero de 2011**, al Agente Mendoza Bacca **el 11 de enero de 2011**, teniendo en cuenta que la última notificación fue el 11 de enero, entonces **contamos el término de ejecutoria** de tres días, **lo que significa que**

el día 14 de enero de 2011 cobró ejecutoria la resolución de acusación, y es justamente dentro de este tiempo de ejecutoria que la defensa más precisamente el 13 de enero del año en curso, efectuó la presentación personal del recurso ante el Consejo Superior de la Judicatura, tal como consta en folio 1686, así mismo el defensor envía por correo tal como consta en la guía No. 12649381 folio 1680 de la empresa de mensajería SAFERBO, de la Ciudad de Barranquilla el recurso el día 14 de enero de 2011, encontrándose dentro de los términos, aspecto distinto es el término de la distancia, es decir lo que tarda en llegar el documento tratándose de ciudades distintas, que para el caso fue el 20 de enero cuando se recepcionó en el despacho, y no por ello se debe descartar y señalar que el recurso fue presentado de manera extemporánea, es preciso señalar que este Despacho en decisión anterior ante un caso similar se pronunció, pero el meollo del asunto hacía referencia a que el defensor hizo la presentación personal el último día de ejecutoria, pero no envió el recurso al despacho el mismo día, luego en este específico caso, si se encontraba fuera de término, pero en este caso no es procedente tal declaratoria de extemporaneidad por lo ya señalado, por lo tanto corresponde a la Fiscalía A quo desatar el recurso impetrado, para garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa, en tal sentido comuníquese con el fin de que se tome la acción que en derecho corresponde, no puede este Despacho dejar pasar esta específica circunstancia en aras de una buena administración de justicia por parte de todos sus funcionarios". (Rad. 13690 del 16 de mayo de 2011, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).

### **Falsedad ideológica en documento público y violación de habitación ajena.**

No flagrancia. Valor de los informes de policía y valoración de testimonios contradictorios.

“Y es que, no se perfila admisible concluir que no se blindan de mérito crediticio las declaraciones de las particulares por el hecho de haberse ido amoldando de manera progresiva a sus intereses, pues, amén de las ya aludidas razones para que hubieran actuado en dicho sentido, obran en el investigativo sólidos pilares probatorios que permiten ultimar que en realidad

el verdadero acontecer fáctico concebido durante aquel 26 de septiembre de 2005 sí se precipitó de la forma relatada por las particulares en su última versión, resplandeciendo de esta forma la mendacidad del contenido del informe presentado por el procesado ante la Fiscalía 33 Seccional, en el que mencionaba el hallazgo de la sustancia ilícita en poder de RODRÍGUEZ SOTO y omite relatar incursión efectuada en la morada de LUCÍA FERREIRA.” **(Rad. 13040 del 4 de mayo de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).**

### **Favorecimiento de la fuga. Atipicidad de la conducta.**

“No obstante, previo el abordaje de este estudio y demás aspectos que refiere el apelante, un sano criterio deberá detenerse en establecer si en realidad en el fugado aparece diáfana esa condición exigida por el ingrediente normativo del tipo que supone la calidad de detenido o condenado, erigiéndose imperante para ello un doble análisis, por un lado, el de las probanzas que al respecto se allegan, por el otro, el nítido examen de la acepción que el léxico judicial permite darles a esas dos categorías, lo que nos lleva a concluir que para el momento en que se suscitó el desafortunado acontecer HUGO TORRES ACERO se encontraba capturado para efectos de rendir indagatoria.”.

“Repárese cómo, precisamente una de las varias finalidades de la detención preventiva es evitar que el sindicado se fugue, por ello los alcances de ese propósito no se pueden prolongar a otro cualquier estado de privación de la libertad para suponer que siempre la abstracción a este conlleve de ineluctable manera un atentado contra el tan mencionado bien jurídico de la eficaz y recta impartición de justicia que con insistencia hemos referido, pues existirán multiplicidad de casos en los que muchas veces el inicial acto de retención no es auspiciado o avalado a través del auto o resolución que resuelva la situación jurídica con la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, institución procesal cuya naturaleza germina para garantizar o buscar los específicos cometidos que taxativamente señala.” **(Rad. 13533 del 31 de octubre de 2011, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).**

## **Favorecimiento de la fuga modalidad culposa**

Se hace la imputación de esta conducta al procesado, no por vía de la mera causalidad que ahora se considera como presupuesto mínimo de imputación, sino por vía de Imputación objetiva.

“...Significa lo anterior, a diferencia de lo que plantea el apelante y de lo que manifiesta el ilustre representante de la sociedad, que fue a consecuencia de esa vulneración al deber objetivo de cuidado que les era exigible a los aquí procesados, que se concretó el resultado de autos, pues debieron haber previsto que si bien esas dependencias contaban con una sola puerta de acceso, las mismas eran lo suficientemente grandes y con múltiples cubículos y otras oficinas dotadas con ventanas que daban al otro lado del edificio, y que por una de ellas podría producirse la fuga de su custodiado, como en efecto ocurrió, máxime que todos sabían que a esa hora la mayoría del personal de la DIJÍN, incluyendo a la oficial que ocupaba esa oficina de dirección, se encontraban en formación, y que por ello, a nada tendría que haber entrado ARDILA a la misma, luego resulta evidente que los aquí sindicados no observaron en realidad las medidas de precaución para impedir el resultado, debiéndose reiterar por parte de este Despacho, que era **bajo su órbita de competencia que se encontraban la custodia y la vigilancia del evadido**, y no de las demás personas a las que alude el apelante, tratando de trasladarles la responsabilidad que sólo a ellos les competía, de manera que tampoco resulta cierto que no existe ese principio de causalidad entre esa infracción al deber objetivo de cuidado que les era exigible a los sumariados, y el resultado, es decir, la fuga de su custodiado, si que en este aspecto puntual deba perder de vista el apelante, que en la moderna estructura del delito culposos o imprudente, como lo ha señalado nuestra Corte Suprema de Justicia, la atribución del resultado no se hace simplemente por vía de la causalidad, que ahora se considera un presupuesto mínimo de imputación, sino por vía de la imputación objetiva. Veamos:

“... Se ha tenido la **teoría de la imputación objetiva del resultado**, como el instrumento teórico idóneo para explicar la relación que debe mediar entre la acción y el resultado, entre otros, en los delitos culposos. **Reemplaza una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales, introduciendo consideraciones jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la teoría de la relevancia.** En ese marco, la verificación de la causalidad

natural **será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado**. Conforme a estos postulados, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar si la acción del autor ha creado o incrementado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado y si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro – jurídicamente desaprobado- creado por la acción. En caso de faltar alguno de estos dos condicionantes complementarios de la causalidad natural, se eliminaría la tipicidad de la conducta y, por consiguiente, su relevancia para el derecho penal<sup>34</sup>. Recuérdese que el causalismo se preguntaba si la acción era la causa de un resultado, **en cambio la imputación objetiva se pregunta si una relación de causalidad concreta es la que quiere ser evitada por el ordenamiento jurídico**. Por ello la cuestión jurídica principal no es averiguar si se presentan determinadas circunstancias sino establecer los criterios conforme a los cuales se quiere imputar determinados resultados a una persona...”<sup>35</sup>.

Abundando en consideraciones en torno a la imputación al tipo objetivo y la creación del riesgo no permitido en el delito imprudente, ha dicho igualmente la Corte lo siguiente:

“... Hay que aclarar que la utilización del legislador de la expresión 'infracción al deber objetivo de cuidado', no significa que ese elemento de la culpa solo pueda concebirse objetivamente con prescindencia de lo subjetivo, pues la misma norma legal recalca la previsibilidad del agente respecto del resultado, lo cual va ligado a consideraciones eminentemente subjetivas.

Ahora bien, como no hay un catálogo de deberes para cada una de las actividades de interacción social, el operador jurídico está obligado, en cada caso particular, a remitirse a las fuentes que sirven de directrices para establecer si se configura o no el elemento en examen, desarrolladas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y que se resumen en las siguientes:

(...)

34 La doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, adhieren mayoritariamente a la **teoría de la imputación objetiva de resultados** propuesta por Roxin.

35 Sentencia del 30 de Mayo de 2.007, radicado 23.157, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

“...**El criterio del hombre medio**, en razón del cual, el funcionario judicial puede valorar la conducta comparándola con la que hubiese observado un hombre prudente y diligente situado en la posición del autor. Si el proceder del sujeto agente permanece dentro de esos parámetros no habrá violación al deber de cuidado, pero si los rebasa procederá la imprudencia siempre que converjan los demás presupuestos típicos...”.

Y esa es la fuente en la que estimamos se ubica la actuación del aquí procesado, y frente a la cual concluye este Despacho Ad quem que infringió el deber objetivo de cuidado que le era exigible en su tarea de custodio del **PT. ARDILA**, pues de haberse comportado para la fecha de autos de manera prudente y diligente, no se habría limitado simplemente a sentarse junto con el Auxiliar **BARÓN AGUILAR** en el primer módulo, ubicado dentro de las oficinas administrativas de la DIJÍN, sino que ha debido disponer, como superior al mando de esa tarea, que él o su subalterno se ubicara al otro lado de la oficina o acompañara al PT. ARDILA en sus diversos movimientos por todas esas dependencias y en especial cuando se les perdía de vista al ingresar a las oficinas internas, como la de la jefe de esas dependencias, desconociendo así el deber objetivo de cuidado que se concretó en el resultado típico, es decir, en el desvalor de resultado, que estuvo en condiciones de conocer y de prever el señor **PT. CASTILLO TACHA**, pues fue con su comportamiento descuidado y poco activo frente a la función que se le encomendó que creó un peligro para el objeto de la acción, no abarcado por el riesgo permitido...”. (**Rad. 14194 del 10 de agosto de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar**).

## **Homicidio**

Se declara desierto recurso por falta de motivación.

“En efecto, al estudiar con detenimiento el contenido del memorial extendido por el profesional del derecho que representa los intereses de la parte civil, en el que pretende 'sustentar' su discrepancia con la resolución calificatoria de Cesación de procedimiento, salta a la vista, que **no apunta a controvertir las razones de hecho o de derecho expuestas por el fiscal primario que soportan la cesación de procedimiento a favor de los procesados**, ni hace referencia a las razones o motivos concretos para interponer el recurso, **sino**

que por el contrario se limita a pregonar, en términos muy generales, que no se encuentra de acuerdo con la decisión adoptada por el A quo, arguyendo una supuesta indebida valoración probatoria, aunque sin argumentar el porqué de su conclusión, catalogando la decisión de equivocada, sin que por parte alguna entre a manifestar la existencia de errores de hecho o de derecho en la decisión apelada, o entre a demostrar una equivocada valoración de las pruebas por parte del A quo, sin que dedique algunos de los apartes de su escrito a **contradecir los aspectos fundamentales de la Cesación de Procedimiento**, muy bien apuntalados por la Fiscalía de Primera Instancia, con indudable apego a los postulados y a los requisitos sustanciales y formales que para esa clase de decisiones se encuentran consagrados en el Artículo 558 del C.P.M., pues en efecto, además de haber hecho mención de los medios de convicción allegados al plenario, hizo una evaluación de los mismos, indicando con claridad las razones por las cuales algunos de ellos le merecieron más credibilidad que los otros, dejando en claro así mismo, el análisis completo de las causales que originan la cesación, que en el caso del **PT. RESTREPO SÁNCHEZ DIEGO FERNANDO**, fue por **Atipicidad** de su conducta al demostrarse que si bien hizo uso de su arma de dotación, ninguno de los disparos por él efectuados produjo el resultado muerte investigado, al paso que en cuanto al corte procedimental con que se favoreciera al **PT. TORRES TINTINAGO FÉLIX**, se adujo que su actuar estuvo cobijado por la causal de justificación de la **legítima defensa**, presupuestos todos estos que no fueron controvertidos de manera concreta, adecuada y con fundamentos válidos por parte del togado apelante, lo que denota la ausencia de una debida sustentación del recurso, y por ende, nos impone la declaratoria de desierto del mismo, como en efecto se hará en la parte resolutive.

Al determinar el artículo 363 del Código Penal Militar que 'quien interponga el recurso de apelación deberá exponer por escrito las razones de la impugnación ante quien la profirió en primera instancia. **En caso contrario no se concederá.**'; ello significa que, como lo sostiene la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, **no es suficiente con que el recurrente exteriorice inconformidad general con la providencia que impugna sino que le es imperativo, además, concretar el tema o aspectos de los que disiente**, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que lo conducen a cuestionar la determinación impugnada, al punto que si no se sustenta debidamente el disentimiento se declara desierto, pues no podría conocer el juzgador –Se-

gunda Instancia– sobre qué aspectos del pronunciamiento se predica el agravio”. Y esos argumentos fácticos y jurídicos que permitan establecer vacíos protuberantes o errores de apreciación de las pruebas en la calificación de primer grado no aparecen concretizados en el memorial del recurso, en el que solo aparece una simple voluntad de controvertir con base en fundamentos inciertos, y no es labor oficiosa del Ad quem perfeccionar el libelo agregando lo que su autora omitió según las exigencias técnicas que imponen el recurso de apelación, máxime cuando como no se advierte en la pretendida aparente motivación del recurso, fundamento o causa grave y seria que implique error iudicando en la valoración probatoria que compete al A quo y las controversias que quiere plantear el Representante de la parte Civil fueron plenamente respondidas y resueltas en el acto de calificación, cuyos análisis se avienen a las exigencias que imponen las reglas de la sana crítica sobre valoración probatoria, toda vez, que como lo ha venido sosteniendo la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, **no es suficiente con que el recurrente exteriorice inconformidad general con la providencia que impugna** sino que le es imperativo al accionante, concretar el tema o aspectos de los que disiente, presentando los argumentos fácticos y jurídicos que lo conducen a cuestionar la determinación impugnada, al punto que si no se sustenta debidamente el disentimiento se declara desierto”. (Rad. 12402 del 30 de septiembre de 2011, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).

## **Homicidio**

Se envía proceso Justicia Ordinaria, por cuanto existen dudas respecto de la competencia, de conformidad con pruebas técnicas.

“Es preciso señalar, que luego de un cuidadoso, detallado estudio de todas las pruebas arraigadas en este plenario, razón le asiste a la representación del Ministerio Público quien fungió ante la primera instancia, para considerar que la Justicia Penal Militar debe desprenderse del conocimiento de estos hechos, puesto que en contravía de lo planteado por la Fiscalía A quo, la competencia de la Justicia Penal Militar no resulta clara de conformidad a lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-358 de 1.997, la competencia se evidencia en la Fiscalía General de la Nación, a la que le compete seguir conociendo de estos hechos, de conformidad con lo preceptuado en el Artículo 250 de la Carta Política.

Son diversos los pronunciamientos de la Honorable Corte Suprema de Justicia, que ha señalado, que en aquellas situaciones en las que como aquí sucede, exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer de un proceso en particular, la decisión **deberá recaer en la jurisdicción ordinaria**, y ello precisamente ante la imposibilidad de demostrar de manera plena, que se configuraba la excepción, esto es, la posibilidad de aplicar el fuero penal Militar”. (Rad. 13237 del 20 de febrero de 2012, Fiscal TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).

### Homicidio

El Despacho se abstiene de conocer el recurso de apelación por ser presentado extemporáneamente.

“En efecto. Revisada la actuación se advierte que la notificación de la resolución de acusación fue agotada en forma personal para todos los sujetos procesales. **La última y única notificación se surtió el día primero (01) de abril de 2011 a la Doctora GLADYS ROMERO ÁNGEL Representante del Ministerio Público, a la abogada defensora Doctora YAHJAIRA OROZCO MUÑOZ y al procesado Patrullero JAIME ANDRÉS PEÑA GARCÍA (Fol. 446 vuelto)**, luego, a partir del día siguiente comenzaron a correr los tres días de ejecutoria, término dentro del cual no solo podía interponerse el recurso sino debió producirse la sustentación.

El artículo 362 de la Ley 522 de 1.999 sobre la oportunidad para interponer la apelación señala:

'...Las apelaciones se interpondrán así:.....contra los **autos interlocutorios, de palabra en el momento de la notificación, o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes**. Contra las sentencias y autos de cesación de procedimiento, de palabra en el momento de la notificación o por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes...'

Sobre el término para presentar la sustentación del recurso de apelación el artículo 363 *Ibídem* señala:

'.....Antes del vencimiento del término de ejecutoria, quien interponga el recurso de apelación deberá exponer por escrito las razones de la im-

pugnación ante quien la profirió en primera instancia. **En caso contrario no se concederá...**'.

Entonces, si acorde con el artículo 333.2 *Ibidem* la resolución de acusación es una providencia interlocutoria, el término para interponer y sustentar el recurso de apelación **es de tres días** conforme a los artículos antes citados, en el caso de la sustentación del recurso por parte de la defensa del procesado Patrullero JAIME ANDRÉS PEÑA GARCÍA recibido el recurso el día siete (07) de abril de 2011, tal como consta a folio 448 y ss, igualmente figura a folio 454 constancia secretarial con fecha once (11) de abril de 2011 informando que en la fecha siendo las 08:00 horas venció el término para la presentación de recursos dentro del presente proceso, pero con fecha 070411 la DRA. YAHJAIRA OROZCO MUÑOZ Defensora del PT. PEÑA GARCÍA JAIME ANDRÉS presentó recurso de apelación contra la providencia del 300311, mediante la cual se profirió resolución de acusación contra su prohijado, el cual fue presentado dentro del término, no entendiendo este Despacho porque la constancia secretarial otorga un término de ejecutoria de cinco (5) días.

Por lo anterior, el término de ejecutoria para esta clase de providencias es de **tan solo tres días**". (Rad. 14124 del 30 de noviembre de 2011, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).

## **Homicidio**

Coautoría aditiva en los delitos imprudentes.

"...existe un comprometimiento del trío de vinculados a título de coautores en un delito imprudente que lesionó el bien jurídicamente tutelado de la vida, que se verifica por la violación conjunta de aquel deber objetivo de cuidado que les era exigible en el uso de sus armas, lo que se constituyó en clara consecuencia para la edificación de un resultado antijurídico que enfrenta seriamente un juicio de responsabilidad."

"... si para el evento de los delitos dolosos se admite la figura de la coautoría aditiva en el entendido de que plural número de individuos bajo un designio común realizan al mismo tiempo la acción ejecutiva, pero solo una

o alguna de las acciones desplegadas generan el resultado típico, y hoy en día la tendencia contemporánea abre paso para pregonar la posibilidad de la inclusión de la institución de la coautoría en los delitos imprudentes en la que como es obvio, a diferencia del mancomunado acuerdo criminal, se exige el 'deseo colectivo de llevar a cabo la acción que infringe el deber objetivo de cuidado' 49, podrá con posibilidad de acierto indicarse que así no exista en este tipo de coautoría, la aditiva, propiamente una división de trabajo con una aportación individual que se constituya solo en una parte de un todo, sí confluía en el trío de vinculados un concomitante y tácito acuerdo para ejercer acciones imprudentes autónomas en el manejo de su armamento, atribuible en su conjunto a todos, pues de haber sido solo en uno o algunos de ellos, aquellas máximas de la experiencia que con insistencia evocamos enseñarían que los demás no se irían a dejar involucrar en una imputación que generaría la consecuente desaprobación; y si arribamos a esa conclusión, el homicidio en la descrita modalidad imprudente sería de consuno atribuible a los tres vinculados que, dicho sea de paso, aceptan haber disparado sus armas en el desarrollo de la operación, independientemente de poder técnicamente llegar a determinar cuál fue finalmente el proyectil que la alcanzó..." (Rad. 9051 del 29 de agosto de 2008, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

## Homicidio

Delitos de omisión impropia.

"Es claro, que en una acertada concepción en el estudio de la propuesta teórica que encamina el *A quo*, no importará en definitiva si el reproche por vía de la posición de garante subyace por el sendero de una conducta omisiva o una conducta activa, aquí lo realmente importante es hasta qué punto se cierne pertinente efectuar el encuadramiento típico por el sendero de una imputación dolosa o culposa, pareciendo lo acertado enfilarla por la segunda de las hipótesis, si se tiene en cuenta que así para el concreto evento que nos ocupa se cimienta aquel deber jurídico exigible a RIVERA RODRÍGUEZ en sede de una posición de garante dentro del desarrollo de aquel lamentable procedimiento, lo que aquí se vislumbra es que si se trata de aceptar la infidelidad del procesado frente a los derroteros que le demarcaba ese específico rol, ello acaece no por razón diversa a la ausencia del deber obje-

tivo de cuidado que le era exigible en el cabal planeamiento de la operación militar, lo que *per se* hace que el enrutamiento de cualquier tipo de imputación que se intente deba efectuarse encausados bajo la estructura del delito imprudente” . (Rad. 10416 del 31 de marzo de 2008, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

## Homicidio

Error indirecto de prohibición vencible. Punibilidad por vía del delito imprudente.

“Así las cosas, dable resulta precisar en el presente evento que habrá sin lugar a dudas que confirmarse la final determinación que se plasma en el proveído apelado partiendo simplemente del acertado tratamiento que ha de ofrecerse a la dogmática que plantea la recurrente quien en su criterio estima que la calificación del mérito sumarial debió darse por vía de un delito preterintencional mas no culposo, porque si bien enuncia los requisitos que exige esta modalidad y los acopla al evento *sub examine*, yerra cuando sin asaz fundamento probatorio indica que la intención del militar procesado era causar un daño menor al finalmente fallecido, empero que desafortunadamente se dieron los resultados ampliamente conocidos en autos, pues si ello fuese la conclusiva que conlleva el examen de las probanzas recaudadas, tendríamos necesariamente que estar hablando de un delito doloso, atendiendo simplemente la letalidad que representa un arma como de la que estaba dotado el militar, pues a la distancia a la que se encontraba con relación a la víctima y el lugar de impacto no habría diversa conclusión a asumir”.

“...sin embargo, lo que ocurre es que se fincan circunstancias antecedentes y concomitantes al hecho que no permiten reconocer en el comportamiento del SL. OLAYA PARADA una legítima defensa o por lo menos una legítima defensa putativa, porque si en realidad hemos aceptado la lógica inquietud que ese comportamiento derivaba y que en realidad con razón podría suponer una situación de inminente peligro, creemos que si aquel hubiese agotado los pertinentes mecanismos que procuraran la superación de ese error, conseguiría finalmente determinar que no era un inminente ataque el que representaba SIGIFREDO HIGUERA RAMÍREZ, quedando en consecuencia ese error dentro de una categoría perfectamente vencible

en la que acudiendo a la utilización de una acertada dogmática, iteramos, ineluctablemente tiene que conducirlo a un reproche de autoría y presunta responsabilidad por vía de la residualidad del delito imprudente” (**Rad. 13601 del 28 de septiembre de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar**).

### **Homicidio**

Nulidad por falta de investigación integral.

Y es que, debemos precisar, una cosa es la imposibilidad de lograr el asaz recaudo probatorio para la adopción de cada una de las decisiones en las diferentes etapas del proceso y otra, bien diferente, es la injustificada omisión para que se hubiesen encaminado las conducentes tareas hacia ese imprescindible objetivo, porque de avistarse la opción de efectuar el correspondiente acopio, como en el caso *sub examine* acontece, a ello ha de procederse sin vacilación. (**Rad. 8491 del 23 de mayo de 2008, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar**).

### **Homicidio culposo**

El técnico antiexplosivos no violó el deber objetivo de cuidado al remover una granada.

“No obstante lo anterior, es de la desprevénida lectura del paginario y en especial de la misma diligencia de inquirir de OLAYA FRANO, a la que dicho sea paso nada se opone, que habrá de colegirse que la actividad final que este buscaba era retirar la granada con la utilización del equipo de gancho y cuerda, siendo en la realización de la destacada maniobra que la granada explotó, situación muy diversa a la que emana de una direccionada intencionalidad de hacer explotar allí el artefacto, hipótesis que por lo mismo demandan soluciones dogmáticas diversas, pues en la primera podría en realidad pregonarse una violación del deber objetivo de cuidado al omitir la anunciada verificación previa la detonación, mientras que en la segunda el ejercicio pareciera devenir acertado y coherente con las circunstancias que la situación demandaba, porque no podrá exigírsele al aquí indagado una actuación suicida para obligarlo actuar de diversa manera” (**Rad. 13997 del**

28 de septiembre de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Homicidio culposo por comisión por omisión**

Posición de Garante de la Policía, que surge de la denominada competencia Institucional.

“...No se remite en consecuencia a duda, que los aquí procesados, una vez que recibieron la orden de llevar a ese joven hasta su residencia, evidenciando como se viene anotando, que no se trataba de una persona con todas sus capacidades cognoscitivas, y que por ende, era una persona desvalida que merecía especial protección de la Policía Nacional, asumieron esa **posición de garante** que se les viene enrostrando, la cual surge de la denominada **competencia Institucional**, esto es, como lo señala la Corte Suprema de Justicia,

“... de las obligaciones normativas específicas, el deber jurídico emerge del mandato constitucional establecido en el artículo 2º de la Carta, según el cual, las autoridades de la República, están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, sin alguna discriminación, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

Al propio tiempo, el artículo 6º del texto superior establece que los servidores públicos son responsables no solo por infringir la Constitución y las leyes, sino por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, precepto que permite deducir la existencia de unos deberes positivos frente a la amenaza de los bienes jurídicos.

(...)

La Corte Constitucional interpretando los deberes y obligaciones constitucionales del texto superior de 1991...Resaltó además que en el moderno derecho penal de orientación normativista fundamenta el juicio de imputación en la delimitación de ámbitos de competencia, en el sentido de que: **"sólo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o**

**evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante.** Lo demás –salvo los deberes generales de solidaridad que sirven de sustento a la omisión de socorro– no le concierne al sujeto, no es de su incumbencia.

Lo anterior impone determinar previamente la competencia del sujeto, esto es, si le correspondía realizar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos en relación con ciertos riesgos, para de esta forma evidenciar si el resultado era evitable y cognoscible...”<sup>36</sup>.

Así las cosas y con fundamento en tales criterios jurisprudenciales, muy a pesar de lo planteado por los apelantes y por la Representante de la sociedad, al emprenderse ese examen a que se acaba de hacer referencia en el caso de los aquí procesados, innegable resulta que en su calidad de integrantes de la patrulla policial a la que se le encargó el traslado del menor **ANDRÉS FONSECA** hasta su residencia, y al evidenciar que se trataba de un discapacitado mental, necesariamente les correspondía haber realizado lo que la Corte llama, 'deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos', y en esa medida, como lo hemos venido señalando, al advertir que nadie respondió al supuesto llamado que hicieron a la puerta de la residencia que dicho joven les indicó que era su vivienda (afirmación a la que tampoco este Despacho le otorga credibilidad si nos atenemos al testimonio del vigilante del parqueadero en cuyo frente fue abandonado dicho menor de edad, en el sentido de que simplemente lo sentaron en un andén y se marcharon, sin haber hecho pesquisa alguna con los residentes del sector para tratar de establecer si en realidad conocían a ANDRÉS y si esa era en realidad su residencia), lo lógico y lo legal era que se hubieran comunicado con sus superiores para pedir instrucciones sobre el camino a seguir con este último, o por lo menos, haber regresado con él hasta las instalaciones del C.A.I del cual eran orgánicos a la espera de que alguien se interesara por su paradero, nada de lo cual hicieron, sino que indolentemente y como si se tratara de cualquier objeto, lo fueron dejando abandonado a su suerte, con el baladí argumento de que debían seguir con su turno de vigilancia, y que porque les estaban requiriendo para atender

36 Sentencia del 14 de Noviembre de 2007, radicado 28.017, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

otro caso de Policía, como si el que se les había confiado y que aún no habían llevado a buen término, hubiera dejado de tener importancia, olvidando lo consagrado en el Artículo 18 del Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional, en el que al referirse a la Policía como profesión, se aduce que los miembros de esa Institución, "...son profesionales en policía, preparados con un currículum íntegro, estructurado, sólido **y con una gran dimensión en el campo social, para desarrollar una abnegada labor en beneficio de la comunidad**, cuyo desempeño está regulado por reglamentos propios...". (Rad. 13767 del 30 de mayo de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### **Homicidio culposo y desobediencia**

Ruptura de la unidad procesal.

"Así las cosas, el perfecto deslinde que de la situación se efectúe debe abarcar dos aspectos bien relevantes, uno de índole procesal, otro de estirpe dogmático sustancial, el primero direccionado a definir si realmente la investigación de las plurales conductas podrían haberse surtido por una misma cuerda en el entendido de estar una de ellas contemplada en la ley 1058, tramitable al interior del procedimiento especial, el segundo para escindir si realmente en sede de tipicidad de satisfacerse todo el contenido de lo que implica una orden legítimamente emitida con las formalidades legales, pues según el memorialista es frente a este elemento propio de la edificación de la teoría del delito en donde se finca su inconformismo" (Rad. 13298 del 14 de diciembre de 2009, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Homicidio defensa putativa**

Error de prohibición indirecto.

"El aquí procesado, creyó erróneamente que se trataba del enemigo que los iba a atacar, por lo cual, el mismo procesado, se encuentra en una de las causales de inculpabilidad del Código Penal Militar, consagrada en el Artículo 35 de la Ley 522 de 1999 – Numeral 3° 'Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que su acción u omisión es lícita'.

El **ERROR DE PROHIBICIÓN** incide sobre la antijuridicidad de la acción, bien sea por ignorar la existencia de la prohibición o por suponer erradamente que concurre una norma justificativa, en ambos casos el error de prohibición impide la culpabilidad pues si por error invencible se ignora la ilicitud del acto no le es exigible la conducta adecuada a derecho.

**“...Quien ignora no tiene conocimiento alguno del hecho; Quien yerra posee un conocimiento equivocado sobre él...”** (Op. Cit., pág. 122).

En cuanto al **error de prohibición indirecto**, el agente cree equivocadamente que actuó bajo el amparo de una causal de justificación, cuando en realidad no existe esta, como cuando considera que se está defendiendo legítimamente de una agresión inminente, la que en realidad no existe (Defensa putativa).

De conformidad al acervo probatorio allegado al caso materia de discusión, se resalta el hecho de que dentro del contexto de este insuceso, existe prueba indicativa de que en el lugar donde se produce el lamentable hecho, había mucha maraña, aunado que es un sector de orden público, crítico con presencia activa de la guerrilla, campos minados, en donde predominaba la presión psicológica ante las amenazas de un posible ataque y el monitoreo técnico por parte de los subversivos, lo que hacia la situación tensa, esto se infiere de las diferentes declaraciones allegadas al proceso como la que encontramos a folio 53 del Sargento Pérez Amaya Ferney “El soldado estaba como detrás de un árbol no tan grueso, estaba como detrás del árbol y los tiros habían arrasado la mata de monte donde pegaron los disparos”. Frente a la situación de orden público señala: “Era un poquito tensa, se escuchaba por monitoreo técnico de la gran cantidad de bandidos que hablaban aproximadamente cada de hora de movimientos y utilizaban claves”.

(...)

Al analizar de manera conjunta las pruebas encontradas, vemos que la presencia militar de miembros de la fuerza pública obedece a una orden de operaciones, específicamente la número 08 “ESCORPIÓN”, en la que identifica la presencia de grupos al margen de la Ley, los cuales corresponde a los representantes legítimos del Estado neutralizar.

Es evidente que eso lo saben los hombres que allí hicieron presencia para el día de los hechos, tan es así que es reconocido por todos que la zona es una crítica.

(...)

Este Despacho encuentra de conformidad a la prueba testimonial que hubo una acción típica, y antijurídica, pero que dentro del estudio de la culpabilidad, se puede advertir la Defensa Putativa, como una de las modalidades de error indirecto de prohibición invencible. Tal como lo expresa el tratadista GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando, en su obra **Culpabilidad e Inculpabilidad**.

Es decir, la reacción del procesado fue instintiva producto de circunstancias anteriores a la presencia de la guerrilla, el mismo miedo genera estar en tales situaciones, lo que hizo obrar bajo la creencia de sentirse agredido.

Bajo tales premisas, este Despacho considera que se debe revocar la decisión del A quo toda vez que el **SLP. SANTIAGO ALONSO ARBOLEDA OSORNO** actuó bajo el convencimiento errado e invencible de la licitud en su conducta”. (**Rad. 14082 del 26 de junio de 2012, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar**).

### **Homicidio y lesiones personales**

Competencia de la justicia penal militar. Vinculados actuaron dentro del marco del DIH.

“Así las cosas, obsérvese cómo se extrae de la declaración de LILIANA MARGARITA ROJAS RIVERA que realmente los militares vinculados, quienes se encontraban en un operativo contraguerrilla, fueron injustamente agredidos con la utilización de armas de fuego por parte de ÁLEX MAURICIO GRACIANO GUERRA y JHON MAURICIO GRACIANO, esposo y hermano de esta, y que estos efectivamente fungían como militantes del quinto frente de las *Farc*, perfilándose con marcada nitidez que los militares siempre se mantuvieron dentro de los lineamientos que constitucional y legalmente les traza el ordenamiento jurídico interno y el emanado

de los tratados internacionales suscritos por Colombia en aplicación del bloque de constitucionalidad, muy a pesar de conocerse el lamentable resultado en carnadura de quienes ciertamente son considerados por el Derecho Internacional Humanitario como personas protegidas, de conformidad con lo tipificado en los artículos 135 y 136 del Código Penal común, entre otros ordenamientos; sin que pueda afirmarse que fueran ellos transgresores de las aludidas normas al establecerse que su función se limitó de forma rigurosa a cumplir los derroteros que el comandante les impuso al interior de aquella orden de operaciones 'Emperador', que precisamente estaba direccionada para que la tropa fuera en busca de los integrantes del quinto frente del irregular grupo, determinándose que efectivamente al interior de aquel inmueble se encontraban personas pertenecientes a dicha organización, quienes, iteramos, haciendo caso omiso a las proclamas del Ejército Nacional inician la agresión contra los militares obligándolos a reaccionar, tal como lo relatan los procesados y la misma LILIANA MARGARITA ROJAS RIVERA, manifestándose de patente manera que el accionar militar guarda clara relación con su específica misión y que en el particular caso que atendemos está íntimamente conexo con el servicio a ellos delegado, entendiéndose con tales elementos que la competencia en este caso no puede recaer en autoridad distinta que la especial, esto es, la jurisdicción penal militar” (**Rad. 12791 del 16 de septiembre de 2011, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar**).

### **Homicidio y lesiones personales**

Improcedencia de la apelación por ausencia de interés jurídico para recurrir.

“Bajo el cometido de dicha perspectiva nos correspondería en consecuencia entrar a desatar el requerimiento que en escrito que obra como recurso de apelación presenta el doctor FERMÍN RAMBAL HERRERA en su condición de defensor de los policiales SI. EDWIN MARTÍNEZ NISPERUZA, SI. EVERTH DE JESÚS CAMPO GARCÍA, PT. ALFREDO GUERRA NAVARRO y PT. JAIME SEGUNDO OROZCO TORRES, si no fuera porque luego de una reposada revisión del expediente se verifica que la providencia que suscita la activación de la facultad defensiva del letrado se cimienta a partir de dos pilares jurídicos fundamentales, (i) garantizar que se blinde el proceso de fisuras que lo tor-

nen insostenible en el mundo jurídico como lo son el derecho a la defensa del ST. CARLOS AUGUSTO GONZÁLEZ RUIZ y (ii) se dote de garantías procesales a los demás vinculados quienes son patrocinados legalmente por el profesional del derecho que recurre, observándose que al fin de cuentas lo que pretende la señora fiscal en su proveído es reivindicar que se haga efectivo el derecho a la defensa y el debido proceso, entorno en el cual vislumbra el Despacho que no se reviste el apelante de ninguna objetiva motivación que de contundente manera lo respalde para pretender evitar que la atacada decisión logre real efectividad, pues, entre otros aspectos, remembremos que para que se acredite de manera plena y satisfactoria un interés jurídico para recurrir se constituye en requisito de forzosa concurrencia que la decisión de que se trata, la que lo motiva para intentar que el superior la elimine del universo jurídico, hubiese producido un agravio o perjuicio a la parte inconforme, exigencia que en el *sub examine* no se encuentra patentizada” **(Rad. 13681 del 1º de febrero de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).**

### **Impedimento**

La compulsa de copias no se puede asimilar a una denuncia o querrela, por cuanto realizó una labor propia dentro de la órbita de sus funciones judiciales.

“Es claro que la señora Fiscal A quo, orienta la causal de su impedimento por los presupuestos del numeral 4º del artículo 277 del Código Penal Militar.

3º. Es necesario señalar que la naturaleza y funcionamiento propios de la institución de los impedimentos y recusaciones, apuntan al cumplimiento y efectividad del principio de imparcialidad que concierne a la función judicial y precisamente por ello, las causales de impedimento se hallan taxativamente previstas en la ley, por tanto, la posibilidad de declararse impedido como lo ha sostenido la Corte, 'no depende de los escrúpulos que puedan asistirle al funcionario para entrar a revisar de nuevo un asunto del que ya conoció funcionalmente, sino de la exacta adecuación del caso a las hipótesis que se consagran en las diversas causales...'.

Es así que esta causal incoada, no es válida y aplicable al caso en concreto, teniendo en cuenta que la compulsa de copias que se realizó fue para

que se investigara a la(s) persona(s), por la presunta vulneración flagrante del derecho a la libertad, tal como lo refiere la misma funcionaria en su auto de fecha 27 junio de 2008 folio 3 del cuaderno No. 1, que en este caso le fue conculcado al soldado HOYOS ARANGO JOSÉ, al permanecer desde el 05 de junio de 2008 al 27 de junio de 2008, presuntamente detenido sin que mediara orden de detención por parte de autoridad judicial correspondiente. Pues este acto fue ejecutado dentro del ejercicio de sus funciones como Fiscal 20 Penal Militar y en ningún momento actuó extraprocesalmente, así como lo ha reiterado la jurisprudencia, **los actos ejecutados por los Magistrados, Jueces y Fiscales en cumplimiento de sus deberes oficiales, no pueden constituir al mismo tiempo motivo de impedimento para intervenir en posteriores actuaciones, salvo en el evento de haber dictado la providencia de cuya revisión se trata.**

Si bien el impedimento lo fundamenta en ser denunciante o querellante, este caso aquí no aplica, por cuanto realizó una labor propia dentro de la órbita de sus funciones judiciales, por ello no puede tener tal virtud el sustento del impedimento ser procedente, toda vez que si la ley ha deferido a un funcionario facultad para que adopte decisiones que derivan de una función propia, mal podría operar ello a la vez como circunstancia que le impidiera asumir en otro proceso su labor.

**El que se ordene la compulsión de copias, en nada compromete la imparcialidad de un funcionario que a futuro vaya a conocer del proceso.**

(...)

Por ello es razón más que suficiente para declarar infundado el impedimento planteado por la respetable Doctora MAGDA ELIANA TAMI MEZA, en su calidad de Fiscal 20 Penal Militar ante el Juzgado 10 de Brigada, pues su pronunciamiento respecto de la compulsión de copias para que se investigara al CT. BENÍTEZ NÚÑEZ LUIS DAVID y otros, por el delito de PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD, ocasionado al SL. JOSÉ HOYOS ARANGO, y ahora como consecuencia de este acto jurídico entra a conocer de la etapa de calificación del mérito del sumario en relación a la conducta del oficial BENÍTEZ y demás uniformados involucrados en este asunto, se originó dentro del ejercicio de sus funciones y atribuciones como tal, pues en ningún momento

actuó extraprocesalmente, entonces, la opinión emitida dentro del marco propio de las funciones judiciales, siempre estuvo encaminada como Fiscal, tal como lo reflejan los antecedentes procesales, lo que hace que no sea motivo de impedimento” (Rad. 14289 del 12 de septiembre de 2012, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).

### **Impedimento**

Se acepta impedimento causal 7ª Artículo 277 de la Ley 522 de 1999, por haber actuado el Fiscal como Juez de Instancia y Presidente de Corte Marcial dentro del mismo proceso.

“...La causal alegada (art. 277-7 del C. P. Mil.) por parte del señor Fiscal 149 Penal Militar que actúa ante el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Cali, para no intervenir en la Corte Marcial dentro del presente proceso, resulta en efecto procedente, pues nos basta con revisar el cuaderno No. 4 para darnos cuenta que a folios 668 y siguientes, aparecen sendas actuaciones suyas cuando fungía como Juez de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Cali, entre ellas y que atañen a la causal invocada, **el haber intervenido como Presidente de la Corte Marcial** llevada a cabo el día veinticinco (25) de marzo del año en curso, en donde ya se había juzgado la conducta de los aquí procesados, **emitiendo posteriormente con fecha abril ocho (8) de ese mismo año, sentencia condenatoria** en contra del AG. (r) LUIS MARIO RODRÍGUEZ PÉREZ, como autor del delito en mención, imponiéndole la pena principal de treinta y dos (32) meses de prisión y multa de catorce millones ciento dieciséis mil ochocientos pesos (14.116.800) y como accesorias, la separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso de 32 meses, mientras que en el caso del policial HERNÁN ADOLFO AHUMADA MODESTO, lo exoneró de toda responsabilidad frente a dicho reato, de manera que no se remite a duda que esas dos actuaciones procesales, dada la importancia y trascendencia de las mismas, tuvieron la entidad suficiente como para comprometer la imparcialidad y el criterio de quien ahora funge como Fiscal ante el mismo Juzgado en que en pretérita oportunidad fue su titular, estando por ello impedido para actuar en la Corte Marcial convocada por el nuevo Juez de conocimiento, participación que igualmente se estima esencial, comoquiera que deberá sustentar la Resolución de Acusación con la cual se llevó a juicio a los aquí procesados.

Abundando en consideraciones y en punto a la causal que se viene analizando, que corresponde a la signada con el Número 6 del Artículo 99 de la Ley 600 de 2000, siendo uno de los presupuestos que la agotan, el hecho de haber participado dentro del proceso, y que en nuestro sentir equivale al hecho de haber intervenido como integrante de corte marcial dentro de un mismo proceso, ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

'... Similar argumentación cabe exponer frente a la participación dentro del proceso de que trata la causal 6ª, máxime que en su respecto no pueden desligarse de la hipótesis alusiva a la actividad o intervención del funcionario que se declara impedido en el proferimiento de la decisión que se pretenda revisar obviamente en instancia diferente, pues es obvio que no se refiere a cualquier participación como parece entenderlo equivocadamente el funcionario que ahora pretende separarse del conocimiento del asunto, sino de aquella que habiendo tenido alguna incidencia en la decisión esta sea objeto de revisión, luego no se trata de que su facultad para intervenir dentro de una determinada instancia se convierta en óbice por sí misma para actuar en otra o en la misma, **a no ser que su participación en una de ellas haya sido de tal magnitud que en efecto incida en su imparcialidad** o que haya sido el que dictó la decisión que se pretende revisar en sede diferente...'37...' (Rad. 14298 del 17 de octubre de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### **Insuperable coacción ajena**

Se niega existencia de esta causal de inculpabilidad en un proceso por lesiones personales dolosas - Análisis dogmático de los presupuestos de la eximente.

"...Menos aún podría hablarse de la existencia de otra de las causas de inculpabilidad en la actuación del **AT. GONZÁLEZ TORRES**, esta sí mencionada directamente por el apelante (haber actuado bajo insuperable coacción ajena), aunque sin tomarse el más mínimo trabajo de explicar el porqué de la supuesta existencia de la misma, puesto que si se entiende, como lo hizo el A quo, que su estructuración se dio por lo apremiante de la situación y por la supuesta inminencia de un peligro, hemos de señalar en completo acuerdo con el A quo, que al hacer un análisis de los elementos

37 Auto del 16 de marzo de 2005, radicado 23.374, M.P. Alfredo Gómez Quintero.

constitutivos de la misma, no se vislumbra, siquiera de lejos, posibilidad alguna para su reconocimiento.

En efecto, para la configuración de dicha causal, ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

'... Como lo ha dicho la Jurisprudencia de la Corte, la **insuperable coacción ajena** como causal de ausencia de responsabilidad prevista por el artículo 32, numeral 8° de la Ley 599 de 2000 (antes causal de inculpabilidad de acuerdo con el artículo 40 del Decreto 100 de 1980), para que constituya circunstancia eximente de responsabilidad debe consistir en un acto de violencia moral verdaderamente irresistible **generada por un tercero, que tenga por causa un hecho absolutamente ajeno a la voluntad del agente, que lo obligue a ejecutar aquello que no quiere, sustentado en el miedo o en el temor y la voluntad de evitarse el daño amenazado.**

Dicho de otra manera, la insuperable coacción ajena supone la existencia de una 'vis compulsiva', es decir, que la persona no procede, porque es actuada, es perfectamente determinada por esa coacción de la que no puede liberarse y que domina totalmente su voluntad que podía llevarla a actuar de manera diversa a la que fuera fruto de su propia autodeterminación que ha perdido de manera total<sup>38</sup>.

En síntesis, para predicar la existencia de la insuperable coacción ajena, deben concurrir los siguientes presupuestos a saber:

- a. Que haya peligro inminente, es decir, que no sea futuro o incierto, pero sí serio o inevitable por otro medio.
- b. Que se advierta un mal que para el violentado sea de naturaleza más grave que el que puede ocasionar con la comisión del hecho ilícito propuesto.
- c. Que no pueda ser evitado sino realizando ese hecho prohibido por la ley, es decir, que la conducta ilícita no haya sido consentida previamente.

38 Sentencia del 23 de noviembre de 1990, radicado 949.

En esas condiciones, la coacción se erige como el empleo de la fuerza física o psíquica presente o futura sobre una persona para lograr de ella un comportamiento de acción o de omisión, que en otras circunstancias voluntariamente no realizaría...”<sup>39</sup> (Rad. 14110 del 18 de mayo de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### **Investigación integral**

No resulta congruente disponer el cierre de la investigación, para luego en el calificadorio hacer referencia a una serie de dudas que han podido esclarecerse con el concurso del Juez Instructor.

“...En este orden de ideas, y teniendo claro este Despacho Ad quem, que en el caso objeto de estudio se dejaron de practicar las pruebas a las que se acaba de hacer mención, y las que de ellas puedan surgir, resulta indudable que su acopio será de incalculable valor al momento de calificar nuevamente el mérito del sumario, siendo este el motivo principal para aceptar lo invocado por el Ministerio público en cuanto a la nulidad parcial de lo actuado se refiere, al ser evidente que en el caso de autos, no se realizó una verdadera investigación integral, y que esa serie de dudas han podido eliminarse de haberse procedido por el operador judicial con mayor acuciosidad, diligencia y cuidado, pues no resulta congruente disponer el cierre del ciclo instructivo, para luego en el calificadorio hacer referencia a la existencia de una serie de hesitaciones que bien han podido esclarecerse de haber devuelto la actuación en forma oportuna al Juzgado de Instrucción, disponiendo la práctica de las pruebas requeridas para tratar de eliminarlas, como lo consagra el Artículo 553 del C.P.M.

En torno al tema de la necesidad de una verdadera investigación integral, dijo la Corte Suprema de justicia lo siguiente:

“...es indiscutible el deber jurídico del funcionario judicial de garantizar una investigación integral tanto en lo favorable como en lo desfavorable a los intereses del sindicado... para determinar la trascendencia de la laguna dejada por la prueba no practicada, no basta ponerla de relieve, o señalarla. O, expresado en otros términos: no es suficiente advertir la ausencia de una

39 Sentencia del 24 de octubre de 2007, radicado 22.005, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

prueba para que, por esa única razón, se configure una violación al principio de investigación integral. La relevancia de esa omisión, su carácter necesario, se deriva, no del señalamiento objetivo de las pruebas echadas de menos, sino de la confrontación lógica de estas con el valor demostrativo que informa las que el funcionario estimó conducentes para la clarificación de lo acaecido, sus circunstancias y sus autores”<sup>40</sup> (**Rad. 14278 del 26 de septiembre de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar**).

### **Legítima defensa de un tercero**

Estudio dogmático de la Figura y sus similitudes con la legítima defensa propia.

“...Así las cosas, y apartándonos diametralmente de los planteamientos del A quo y del señor Procurador apelante, del estudio de las pruebas aportadas al plenario, se puede concluir que el **SI. SÁNCHEZ SANABRIA HILTON** en el momento culminante de los hechos, al haber causado las lesiones que aquí se investigan al sujeto JAIME CALDERÓN VALBUENA, actuó en circunstancias que permiten el reconocimiento en su favor de la causal de justificación conocida como **LEGÍTIMA DEFENSA EN FAVOR DE UN TERCERO**, y no constitutivas como erróneamente se adujera, de un inexistente error de prohibición indirecto, pues las pruebas aportadas al sumario son manifiestas en determinar que la actitud asumida por quien resultara lesionado, constituyó una inminente agresión contraria al ordenamiento jurídico, y en tales circunstancias el Agente del orden aquí vinculado, no estaba en la obligación de tolerar dicha acción y mucho menos se le podía exigir un comportamiento diferente, pues había surgido en él la 'necesidad de defender los bienes jurídicos en cabeza de un tercero', debiendo responder ineludiblemente con los mecanismos puestos a su disposición por el Estado, esto es, su arma de fuego como único medio idóneo a su alcance para anticiparse a la agresión, presentándose el correspondiente moderamen entre los medios empleados, y proporcionalidad entre los bienes jurídicos puestos en conflicto.

La amenaza ejercitada por quien resultara lesionado, al perseguir al señor ARTURO ARBOLEDA, era manifiesta, evidente, real e inminente. El peligro que creó el sujeto CALDERÓN VALBUENA injustamente, también era

40 Rad. 18.626, M.P. Álvaro Orlando Pérez, 06 de agosto de 2003.

apremiante si se tiene en cuenta que hizo caso omiso ante el llamado de alerta del policial, quien primero intentó detenerlo sin usar su arma, aunque sin resultados positivos, transformándose así fenomenológicamente el desarrollo normal de las cosas, debiéndose concluir entonces que al procesado se le impuso reaccionar en ejercicio del mecanismo instintivo de defensa de la sociedad ante la realidad objetiva que se le presentaba de disparar contra el agresor, porque si hubiese adoptado una actitud pasiva en ese momento, seguramente el señor ARTURO ARBOLEDA hubiera sido víctima en dichos hechos, pues su bien jurídico de la integridad personal, o muy posiblemente el de la vida hubieran sido vulnerados.

**En consecuencia, el análisis del recaudo probatorio es conclusivo al determinar que la conducta asumida por el policial SÁNCHEZ SANABRIA, encuadra en la causal de Justificación consagrada en el numeral 4° del artículo 34 del Código Penal Militar, lo cual se traduce en que en el presente caso han aparecido aspectos negativos de la antijuridicidad que hacen por consiguiente, que el delito desaparezca, tornándolo jurídico....” (Rad. 13490 del 25 de julio de 2011, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).**

### **Lesiones personales**

Se revoca Cesación de Procedimiento, se profiere Resolución de Acusación, por Violación Reglamentos Internos de la Policía Nacional y normas de tránsito.

“Así las cosas para ésta Fiscalía Ad Quem prospera el recurso de apelación presentado por la Representante del Ministerio Público Doctora **ELBA RUTH URIBE MARTÍNEZ**, Procuradora 293 Judicial Penal I, por cuanto el policial no observó los reglamentos internos, ni las directrices emanadas de la Policía Nacional, y por el contrario desarrolló una acción contraria a derecho, vulnerando la integridad de una persona, pues no puso en práctica conocimientos que ha recibido en su formación policial, es obvio que no debió agredir a un particular de manera directa sobre su humanidad, si consideraba que este ciudadano tenía un comportamiento anómalo o contrario a la Ley, los procedimientos para esta clase de eventualidades están definidos previamente para que la policía pueda actuar” **(Rad. 13179 del 20 de marzo de 2012, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).**

## **Lesiones personales**

### **Cambio de calificación de culposas a dolosas**

“Así las cosas observa este Despacho que el comportamiento asumido por el PT. TRIANA TRIANA FREDY, desde ningún punto de vista se puede permitir, y el mismo no se configura desde un ámbito culposo, sino doloso, no es posible admitir por parte de este Despacho que se toma el arma de dotación para con la culata propinar golpes a otra persona a un ciudadano con proceder culposo, el delito imprudente propiamente dicho es el que admite que se vulnera el deber objetivo de cuidado, en el presente caso lo que hay es un comportamiento eminentemente doloso, ya que el comportamiento asumido por el policial al ocasionar golpes no fue dirigido a neutralizar a los contendores de la riña, sino de ocasionar daños en el cuerpo del señor Lucum” **(Rad. 13549, 30 de septiembre de 2011, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).**

## **Lesiones personales**

### **Agravación de lesiones culposas a dolosas a pesar de ser apelante único.**

“Aclarado lo anterior, una vez analizados los elementos de juicio que tuvo el A quo para acusar al PT. GIOVANNY HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, por el punible de LESIONES PERSONALES CULPOSAS, este despacho de manera alguna puede acoger la tesis del calificador primario, pues como bien lo señalara el señor Procurador Judicial apelante, tales lesiones atribuibles a dicho procesado, desde ninguna óptica pueden estimarse como Culposas, sino eminentemente Dolosas, por las razones que pasamos a indicar a continuación:

Analizando las nociones de dolo y de culpa consagradas en los Artículos 41 y 42 del C.P.M., respectivamente, vemos que nuestro estatuto represor castrense, acogió la teoría unitaria o sincrética del dolo, integrado por un elemento de carácter intelectual o cognoscitivo, que se desprende de la expresión (el agente conoce el hecho punible) y otro de naturaleza volitiva (y quiere su realización), debiéndose entender además respecto al elemento cognoscitivo, que este demanda el conocimiento de la conducta típica en sus elementos estructurales, es decir que el sujeto activo de la conducta

debe saber que realiza un comportamiento legalmente prohibido por el ordenamiento penal, mientras que por aspecto volitivo debemos igualmente entender que el sujeto quiere realizar la conducta típica y antijurídica, o quiere ejecutar la conducta y el resultado hacia el cual orienta su actividad.

(...)

Así las cosas, y determinadas con claridad las concepciones del dolo y la culpa en nuestra legislación penal castrense, no podemos aceptar desde ninguna óptica el que se diga por parte de la Fiscalía A quo, que el comportamiento desplegado por el PT. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, frente a las lesiones que se le endilgan, pueda calificarse como culposo, pues pese a que el honorable Tribunal Superior Militar, al pronunciarse frente al recurso de apelación interpuesto por el Representante del Ministerio Público, contra el auto por medio del cual se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de lesiones personales culposas mas no así a título de dolo, consideró que no era posible tal variación hasta tanto no se recaudaran pruebas de balística para establecer la posible trayectoria del disparo y de esta forma determinar si se trató de una conducta culposa o dolosa, para con base a ello establecer si la herida que presenta el lesionado a la altura del cuello fue producto de un accidente o forcejeo, prueba que desafortunadamente no fue practicada, empero este despacho considera que ante la ausencia de esta prueba técnica se cuenta con una prueba de carácter testimonial que es precisamente la del AR. JAIRO CÉSAR CUBIDES BARBOSA (hoy patrullero), quien justamente era el Institucional que acompañaba al hoy procesado el día en que ocurrieron los hechos, y quien de manera alguna respalda y desmiente su dicho de que el arma se disparó accidentalmente durante un forcejeo que se suscitó con el ciudadano JHON ÁNDERSON BENÍTEZ CEDIEL, cuando este pretendía despojarlo de su arma de dotación en el momento cuando el PT. CUBIDES BARBOSA requisaba a sus acompañantes, sino que por el contrario y como bien lo señalara el Ministerio Público, la prueba es indicativa de que tales lesiones fueron ocasionadas en forma dolosa por el citado sumariado.

(...)

Con una versión de esta naturaleza, cómo sostener entonces la existencia de una conducta culposa, si del análisis de las pruebas arrimadas al

plenario, emerge a todas luces que aquí no se presentó una simple violación al deber objetivo de cuidado que es uno de los presupuestos de la culpa, sino un comportamiento eminente e indiscutiblemente doloso (*dolus directus*) por parte del actor, entendiéndose por tal aquel que se presenta cuando la realización del tipo, como aquí sucedió, ha sido perseguida de manera directa por la voluntad del agente, quien de acuerdo con la versión suministrada por el AR. JAIRO CÉSAR CUBIDES BARBOSA, cuando se encontraba requisando al hoy lesionado el PT. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ le propinó una 'patada', generando la obvia reacción de este quien al voltearse se escucha seguidamente el disparo que le causó las lesiones en el rostro, versión que sin lugar a dudas dan cuenta el procesado de autos sin mediar palabra disparó su arma de dotación contra el ciudadano JHON ÁNDERSON BENÍTEZ CEDIEL generándole las graves lesiones con la incapacidad y las secuelas de carácter permanente que le fueron dictaminadas por Medicina Legal.

(...)

Descartada entonces la existencia de un comportamiento culposo en cabeza del PT. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, y ratificada por el contrario una acción eminentemente dolosa como lo planteó el señor Procurador en el memorial contentivo del recurso de alzada, estimamos que se encuentran reunidos a cabalidad los requisitos sustanciales para llamarlo a responder en juicio por el reato de lesiones personales dolosas de las que hiciera víctima al señor JHON ÁNDERSON BENÍTEZ CEDIEL, pues además de estar demostrada la ocurrencia del hecho y su tipicidad, existen en el proceso varios testimonios que lo señalan como el directo responsable de dichas lesiones, y en particular nos merece completa credibilidad la versión de los hechos suministrada por el AR. (hoy Patrullero) JAIRO CÉSAR CUBIDES BARBOSA, comoquiera que presenció en forma directa la manera de cómo sucedieron los hechos, razones todas estas que estimamos más que suficientes para aceptar los planteamientos del apelante.

Se arriba a la anterior conclusión, pues como se viene anotando, el Fiscal A quo, excluyó de la valoración o apreciación de las pruebas en conjunto, que se exige en este tipo de decisiones, las pruebas arriba referidas, y particularmente la declaración del señor PT. JAIRO CÉSAR CUBIDES BARBOSA” **(Rad. 13618 del 27 de julio de 2011, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).**

## Lesiones personales

### Cesación de Procedimiento, culpa exclusiva de la víctima

“Para esta Fiscalía de Segunda Instancia, las pruebas allegadas en su valoración conjunta, demuestran a no dudarlo la flagrante violación por parte del propio lesionado de elementales normas de tránsito, poniendo en peligro su integridad física, pues al examinar el Código Nacional de Tránsito y Transportes, **y más concretamente las normas inherentes para los peatones**, vemos en primer término, que pese a la situación que se le presentó en ese momento **(la persecución de quien le había hurtado un elemento en su establecimiento público)**, ha debido comportarse dentro del tránsito, de tal forma que no pusiera en riesgo a los demás, y que debía conocer y cumplir la normatividad de tránsito. Veamos lo que dice al respecto el Artículo 55 de la Ley 769 de 2002:

'Artículo 55. Comportamiento del conductor, pasajero o **peatón**. Toda persona que tome parte en el tránsito como conductor, pasajero o peatón, debe comportarse en forma que no obstaculice, perjudique o ponga en riesgo a las demás y debe conocer y cumplir las normas y señales de tránsito que le sean aplicables, así como obedecer las indicaciones que les den las autoridades de tránsito'.

Como puede apreciarse, y de acuerdo con las pruebas obrantes en autos, estas fueron las normas que desconoció el ciudadano accidentado para el día de los hechos que aquí se investigan, por la manera en que imprudentemente se abalanzó sobre la Avenida, para tratar de cruzar dicha vía y así dar alcance de la persona que le había hurtado una caja de cerveza, se lanza sobre la vía lo cual se deduce de su propia declaración...

(...)

Incluso como bien lo expuso la Defensa Técnica del procesado así como la representación del Ministerio Público ante la segunda instancia, **de las declaraciones de quienes fueron testigos de los hechos dan cuenta de la manera imprudente como el hoy lesionado cruzó la vía...**

Como puede apreciarse, este ciudadano, de manera imprudente, decide abalanzarse sobre dicha vía, como se aprecia en las Fotografías tomadas du-

rante la diligencia de Inspección judicial con reconstrucción de los hechos<sup>41</sup>, así como del informe policial de accidente de tránsito No. 6800100A conculcando así, otras de las disposiciones del Código Nacional de Tránsito...

Por ende y concentrándonos en los planteamientos esbozados por la defensa del sindicado en el recurso de apelación que trajo el proceso a la segunda Instancia, debemos señalar de antemano, que razón le asiste al señalado profesional del derecho para aducir que fue **la culpa exclusiva de la víctima, la que anuló la capacidad de previsión por parte de su defendido**, pues con su comportamiento imprudente, se incrementó indebidamente un riesgo, pasando por alto los deberes de cuidado que le eran exigibles en esos momentos, al conculcar en su condición de peatón, todas esas normas de tránsito citadas de manera precedente, razones suficientes para considerar que nos encontramos frente a la asunción voluntaria de un riesgo, al realizar un comportamiento social y jurídicamente desaprobado, entrando la víctima en el campo de la autopuesta en peligro, ya que es del rol de todo peatón evitar actuar de manera tal que ponga en peligro su vida impidiendo de esta manera todo resultado lesivo para su integridad física, tal como lo prevé el nuevo Código Nacional de Tránsito” (Rad. 14077 del 14 de agosto de 2012, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).

## Lesiones personales

### Victimodogmática.

“Resulta imprescindible insistir, dentro de la construcción dogmática incluida en esta disertación, que todo acontecimiento exterior se encuentra precedido de una serie de procesos causales, revistiendo especial interés para la materialización de los fines del Derecho Penal establecer, entre otros puntuales aspectos, si uno o varios de aquellos derivados de un comportamiento humano se constituyen en esenciales para la consolidación de un resultado antijurídico, y así mismo determinar si su causamiento se verifica por una vulneración a ese deber objetivo de cuidado exigible en el autor o partícipe, pues una vez estructurados estos supuestos podremos acercarnos hacia la formulación del consecuente reproche por la generación de

---

41 Folios 15-18

una conducta desvalorada” (Rad. 10073 del 3 de febrero de 2011, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Lesiones personales**

Coautoría Aditiva.

“Para el evento *sub examine*, se desprende que cada uno de los procesados acusados tenía claro desde el principio el propósito de emplear las armas para combatir una presunta actitud beligerante por parte de los reportados ciudadanos y en ellos se fomentó ese concomitante acuerdo para emplearlas contra los jóvenes sin que antes se constatará la veracidad de la información suministrada” (Rad. 13252 del 19 de octubre de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Lesiones personales**

Intangibilidad de la cesación de procedimiento no apelada en los casos de coautoría.

“Así las cosas, lo primero que habrá categóricamente de advertirse en esta disertación, tal cual *a posteriori* lo decantaremos, es que ninguna injerencia puede tener en la actualidad esta instancia para el conocimiento de la determinación que sube para surtir el grado jurisdiccional de la consulta, por lo que el epicentro de la fundamentación girará, atendiendo el recurso vertical, únicamente en el entorno de la presunta responsabilidad que pueda serle imputada al PT. DORADO OSORIO DAVID como autor de las lesiones corporales acreditadas en GERMÁN EDUARDO MANQUILLO, razón por la cual nos abstendremos de esgrimir nuestro criterio en aras de determinar si a los demás policiales vinculados debió formularseles o no un reproche de responsabilidad en sede de una coautoría aditiva, si se quiere, obviamente si se consideraran satisfechos los demás requisitos para tal propósito, institución que finalmente tiene como esencia imputar el lesivo resultado a todos quienes de la maniobra criminal intervinieron, aunque sin reparto de trabajo, en acuerdo previo o concomitante a un plan común, independiente de la o las personas que en últimas, para el caso que nos ocupa, hubiesen causado los lesionamientos en la integridad de aquel” (Rad. 13035 del 30 de abril de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

## **Lesiones personales dolosas en concurso heterogéneo sucesivo con el de privación ilegal de libertad**

Calificación provisional del juez de instrucción no ata el acto de calificación del fiscal.

“Obsérvese cómo, diversos han sido los criterios de instructor y calificador casi que contando con la misma prueba en cada uno de los instantes procesales en los que les ha correspondido adoptar postura, el primero estimando que las lesiones en RIAÑO MAYORCA certificadas, fueron producto de los golpes que los similares del taxista le propinaron cuando al parecer le había pegado al institucional e intentar escapar y el calificador imputando el acaecimiento del resultado al desbordado proceder del uniformado; de igual manera, el instructor avalando el procedimiento de retención y el fiscal primario reprochándolo, y aunque es absolutamente claro que la pieza procesal de la que nos corresponde conocer es la de la calificación, es ese solo un referente para destacar que el tema de valoración probatoria no ha resultado tan pacífico ni puede, como lo estima el apelante, tal cual posteriormente lo enfatizaremos, tomarse lo plasmado en el auto que resuelve la situación jurídica provisional del encartado como el parámetro a seguir en la calificación” (Rad. 11024 del 17 de diciembre de 2010, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

## **Lesiones personales dolosas**

Coautoría aditiva.

De antemano debemos decir que tales argumentos no están llamados a prosperar, dado que en el presente asunto no existe duda frente a los autores de las lesiones proferidas a JHON ALEJANDRO OSPINA QUINTERO, **pues son los mismos procesados quienes en sus indagatorias aceptan que fueron ellos los que atendieron el caso de hurto que les fuera reportado por la central de radio y que fueron ellos quienes dispararon en contra del joven** y si bien en sus intervenciones señalaron que lo hicieron **porque fueron agredidos primigeniamente por “dos” individuos quienes les dispararon, sus atestaciones son descartadas por el testimonio del señor JESÚS WILLIAM GARCÍA LÓPEZ**<sup>42</sup> quien señaló que: “...Lo que pasó

42 Folios 74-76.

esa noche fue que nosotros vivimos en la parte de encima cuando sentimos que quebraron un vidrio en la tienda que queda en los bajos, entonces mi señora salió y me llamó y me dijo vea están robando esa tienda, cuando yo salí el muchacho salió corriendo, no le vi la cara, yo salí así sin camisa y a pie limpio el muchacho salió ahí pa' bajo corriendo y alguien, otro vecino ya había escuchado y llamó a la policía, cuando los agentes llegaron dijeron qué paso, y yo les dije, vea ese que va abajo corriendo se robó unas escobas y quebró ese vidrio, y al momento se escuchan más abajo por arrayanes, se escucharon dos disparos...”, y más adelante cuando el Instructor le pregunta cuántas personas observó realizando el hurto, manifestó que ...no estaba sino ese muchacho..., incluso cuando le preguntan qué elementos le observó que llevara el individuo este refirió ...Llevaba unas escobas...; atestación que es respaldada por su esposa señora MARÍA ESPERANZA MARÍN VIDAL<sup>43</sup>, por ende del análisis de esta declaración se puede inferir que esa madrugada tan solo se encontraba este joven, quien luego de hurtar unas escobas y al percatarse de la presencia policial sale corriendo, situación que originó que los Institucionales, y sin razón alguna, le disparan hiriéndolo por la espalda, como bien lo referenció tanto el A quo, como los representantes del Ministerio Público de primera y segunda instancia, pues si bien los gendarmes estaban persiguiendo al joven delincuente existían otros mecanismos diferentes para dar con su captura y no era necesario que hicieran uso de sus armas de dotación oficial, por cuanto no se probó que estuvieran siendo agredidos por los policiales.

Ahora bien si fuera cierto que este al parecer portaba un arma de fuego y que se enfrentó con los policiales, **¿como es posible que “disparara” llevando consigo ocho escobas** y que luego de caer herido a escasos metros de su vivienda, aún llevara consigo el producto de su hurto?; para este despacho es evidente que la actuación de los procesados **fue desmedida**, pues incluso dentro del plenario se encuentra el informe balístico elaborado por personal del Cuerpo Técnico de Investigación Balística de Campo – Seccional Manizales, quien al determinar la posible posición de Víctima y Victimario, conceptuó que “...Teniendo en cuenta que el orificio de entrada se encuentra situado en región lumbar paravertebral derecha a nivel de T12 necesariamente la víctima se encontraba de espalda a la

---

43 Folios 96-97.

ubicación de la boca de fuego del arma al momento del disparo; de acuerdo a los planos de trayectoria descritos en el informe técnico médico legal – izquierda a derecha, atrás – adelante y arriba abajo – el victimario se encontraba localizado hacia el costado izquierdo y en un plano superior respecto de la víctima...”.

Finalmente y frente a lo manifestado por la señora Defensora recurrente de que se les debe cesar procedimiento a favor de sus prohijados, por cuanto no se determinó cuál de las armas que portaban los procesados y que fuera disparada por ambos fue la que finalmente impactó en la humanidad del joven JHON ALEJANDRO OSPINA QUINTERO, dada la imposibilidad de recuperar el proyectil, como bien lo refirió el señor Procurador Judicial de Segunda Instancia, en esta situación se debe apreciar toda la fase que compone el iter críminis puesto que la acción delictiva con intención lesionadora se produjo en el instante en que los procesados dispararon sin justificación alguna, contraviniendo toda disposición impuesta sobre el manejo de las armas a los miembros de la Policía Nacional, contra el indefenso Ospina Quintero que si bien había cometido una fechoría al hurtarse unas escobas y luego huyó cuando fue interceptado por los policiales, estas circunstancias no legitimaban a los encartados de autos para dispararle con el firme propósito de impactar su humanidad, propinándole efectivamente un disparo por la espalda, puesto a que a los dos procesados que le dispararon a Jhon Alejandro Ospina Quintero les pertenece el resultado delictivo como el producto de una acción mancomunada que acordaron **tácitamente y de manera concurrente** desde el instante en que le dispararon en la calle al iniciar la persecución con disparos hacia el desarmado Ospina Quintero y que culminó con la causación de la herida en su espalda, por uno de los dos, configurándose así la coautoría aditiva” (**Rad. 14034 del 26 de julio de 2012, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar**).

### **Libertad probatoria**

La embriaguez también es posible demostrarla con prueba de carácter testimonial en virtud de este principio.

“...De otro lado, argumenta o pretende el apelante que se tenga en cuenta el hecho de que a su apadrinado no se le practicó prueba de alcohole-

mía, y que por ende, no resultan de recibo aquellos testimonios en los que se hace referencia al supuesto aliento alcohólico que presentaba cuando aquel día lunes en la mañana fue encontrado en el parque de la localidad en dichas circunstancias, es decir, con síntomas de haber ingerido bebidas embriagantes, planteamiento que tampoco se encuentra llamado a prosperar puesto que en completo acuerdo con lo manifestado por la señora Fiscal A quo, el artículo 402 del Código Penal Militar dispone en el ámbito de la **libertad probatoria**, que: '...los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad o inocencia del procesado podrán demostrarse **con cualquiera de los medios de prueba previstos en este Código**', siendo claro en consecuencia, que la legislación otorga al operador judicial autonomía en dicho aspecto, siendo por ello pertinente traer a colación lo dicho a ese respecto por la Corte Suprema de Justicia.

“No se discute ahora que en Colombia prima desde antaño, por contraposición a la llamada 'tarifa legal', **el principio de libertad probatoria**, por cuya consecuencia, como lo consagra el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, regulatoria del asunto: 'Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos'.

Bajo esta concepción legal, que desde luego sigue las pautas acogidas en nuestro sistema penal desde años atrás, es claro que ni los sujetos procesales están atados por determinado medio para hacer valer sus pretensiones, ni el funcionario judicial puede exigir de una específica actividad probatoria para fundar su decisión, en el entendido, huelga resaltar, **que al conocimiento necesario para llegar al convencimiento de lo ocurrido y consecuente participación del acusado, se puede llegar por múltiples caminos, siempre que ellos se traduzcan, como exige la ley, en prueba legal, regular y oportunamente aportada al proceso.**

Así mismo, si la parte ha presentado prueba pertinente y conducente encaminada a verificar el objeto central del debate o uno de los accesorios interesantes al mismo, es obligación del funcionario judicial examinarlos para verificar la credibilidad que comportan, sin que sea de su resorte, porque la ley no lo permite dada la consagración del sistema de libertad probatoria

por contraposición al de tarifa legal, omitir su examen o dotarlos de una especie de 'capitis diminutio' solo porque no se compadecen con el tipo de prueba que él estima única o necesaria para el caso concreto.

Al efecto, cuando el funcionario judicial exige que determinado hecho o circunstancia, únicamente pueda ser probado, valga el ejemplo, con medios científicos o técnicos, sin que la ley expresamente lo reclame así, está pasando por alto ese principio fundante y a la vez imponiendo a la parte una carga ajena a su deber probatorio.

Desde luego, no desconoce la Sala que en ciertos eventos resulta más contundente o efectivo determinado medio, dada su capacidad suasoria. Pero, se repite, de allí no se sigue que ese sea el único recurso legal para demostrar el hecho, o que, allegados otros medios pertinentes y conducentes, ellos no sean suficientes por sí mismos para producir el efecto de convicción buscado por la parte.

En todos los casos, como por lo demás perentoriamente lo exige la ley, es obligatorio verificar el alcance demostrativo de cada medio en particular y luego articularlo con el conjunto de pruebas, para de esta forma, en seguimiento de los postulados que signan la sana crítica, llegar a la decisión que resuelve el conflicto.

Y, desde luego, si el funcionario estima que determinado medio presentado por la parte para sustentar su teoría del caso, no es suficiente o carece de credibilidad, así tiene que señalarlo en la motivación, refiriéndose en concreto a esa prueba, so pena de incurrir en el falso juicio de existencia por omisión que faculta la controversia en el escenario de la casación.

Respecto del tópico de la **Libertad probatoria** hoy imperante en nuestro sistema penal, esto dijo la Corte<sup>44</sup>:

'3. En el supuesto que ocupa la atención de la Corte, el reparo del censor está sustentado en el argumento consistente en que en el trámite **no obra**

44 Sentencia del 24 de octubre de 2007, radicado 21.577.

**prueba científica** que determine, en su criterio, en grado de certeza, que el cadáver hallado correspondía al de Róbert de Jesús.

Frente al reproche planteado por el casacionista, en primer término vale recordar que de acuerdo con el sistema de apreciación de la prueba que rige nuestro sistema procesal, resulta claro y evidente que impera el principio de libertad probatoria que consagra el artículo 237 de la Ley 600 de 2000, postulado que debe examinarse desde una doble perspectiva, a saber: que a los sujetos procesales o intervinientes para probar sus hechos o pretensiones no se les debe exigir un determinado medio de prueba, sino que gozan de su entera discrecionalidad, solo limitado por la Constitución Política y la ley.

Y, de la misma manera, **la libertad probatoria también está referida respecto al funcionario judicial, en tanto en que puede formar su convencimiento con cualquier medio de convicción, solo limitado por la Constitución y la ley y, por supuesto, por las reglas que informan la sana crítica.**

En tales condiciones, la Corte advierte que dentro de la libertad probatoria a que se ha hecho referencia, el sentenciador de segundo grado formó su convencimiento en que el cadáver hallado en la fosa común se trataba de Róbert de Jesús Berrío con base en el testimonio que rindió su padre, quien fue la persona que lo halló y lo reconoció, luego de una intensa búsqueda.

Por manera que no le asiste la razón al casacionista cuando informa que en este evento no se puede predicar, en grado de certeza, la identidad del citado cadáver, situación que lo lleva a manifestar que existe confusión frente a tal aspecto, en la medida en que el sentenciador de segundo grado encontró eficacia demostrativa de tal asunto con base en el testimonio del padre y del hermano de la víctima'.<sup>45</sup>

El contenido de la jurisprudencia que acaba de plasmarse, explica claramente los motivos por los cuales se tienen en cuenta los testimonios que obran dentro de la foliatura, y con base en los cuales se da por demostrado el estado de alicoramiento en que se encontraba el procesado, situación que aunada al hecho de que reconoce que la multicitada arma se le extravió

45 Sentencia del 27 de marzo de 2009, Radicado No. 31103 M.P. Sigifredo Espinosa Pérez

mientras se encontraba departiendo con unos amigos, permite concluir a este despacho que en el resultado existió negligencia y descuido del policial para con dicho elemento proporcionado por el Estado, palpitando en consecuencia la vulneración al deber objetivo de cuidado que le era exigible frente a la tenencia del arma de dotación oficial que se le había confiado con ocasión de sus funciones, como pasa a verse a continuación:...” (Rad. 14283 del 28 de septiembre de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### **Nulidad**

Se decreta nulidad resolución que dispone Cesación de procedimiento - Falta de motivación e incumplimiento requisitos formales y sustanciales de la decisión.

“...Como puede colegirse de la providencia traída a colación, la ley procesal ha establecido unos requisitos formales y sustanciales que para el caso de la **Cesación de procedimiento** se encuentran consignados en el ya citado Artículo 558 de la Ley 522 de 1999, entre los cuales se exige el de no solo indicar, sino también **evaluar** las pruebas allegadas a la investigación, exigencia que definitivamente incumplió el señor Fiscal A quo, al considerar quizás que esta providencia era de libre formulación, conclusión por demás equivocada como se viene enfatizando, más aún si se tiene en cuenta que dejar de hacer ese análisis es conculcar sin más, el denominado **principio de la necesidad de la prueba**, según el cual, todas las decisiones que se adopten al interior del proceso, deben estar fundamentadas en los elementos de juicio válidamente allegados al mismo. Veamos lo que a ese respecto ha dicho la doctrina Nacional:...” (Rad. 14249 del 16 de octubre de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### **Nulidad a partir auto de cierre de investigación**

Se declara nulidad, por ausencia de una investigación integral.

“Abordado el estudio de la actuación, el Despacho luego de revisar el trámite que ha tenido la presente investigación estima que razón le asiste a la **Doctora JULIA ISABEL GANTIVA ARIAS, Procuradora Judicial 136 Penal II**, es por ello que desde ahora se advierte que la decisión a tomarse a propósito

del recurso de apelación es la **nulidad** de la actuación a partir del auto cierre de la investigación con fecha 16 de agosto de 2.011 obrante a folio 87 cuaderno dos, por ausencia de una investigación integral, pues el artículo 469 edjustem impone la obligación de investigar con igual esmero no solo los hechos y circunstancias que establezcan la **responsabilidad del procesado**, sino también, las que los eximan de ella o las atenúen o las que puedan dar lugar a la cesación de procedimiento.

Tal como lo demanda la representante de la sociedad, el Juez de Instrucción Penal Militar a quien corresponda la instrucción, debe examinar con verdadero criterio investigativo orientado exclusivamente a descubrir la verdad, reiniciando la instrucción del proceso, recaudando importantes elementos de juicio definitivos para la calificación del mérito del sumario.

En el sub judice se advierten irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, como lo manifiestan las distinguidas procuradoras Judiciales tanto de la primera como de la segunda instancia, existen dos versiones sobre los hechos, una la de los implicados y la otra la de la familia del occiso; se trata de establecer con claridad y certeza las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedieron los hechos a efectos de lograr el equilibrio en las decisiones judiciales. Recordemos que la cesación de procedimiento dentro de un proceso penal pone fin al proceso, en el mismo sentido que una sentencia absolutoria, que después de proferida y confirmada produce efectos de *res iudicata* (o cosa juzgada). Es así como, para llegar hasta este estadio procesal, se hace necesario e imperioso agotar todo el caudal del acervo probatorio que indique con claridad el acontecimiento de los hechos”. (Rad. 14207, 30 de agosto de 2012, Fiscal TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscalía Primera).

### **Peculado culposo**

El deber objetivo de cuidado frente a la no lesividad del bien jurídico.

“Ello muestra, que se hizo todo lo posible por parte de los policiales para buscar el armamento, obviamente ante lo que representaba, es así que para este Despacho atendiendo el enfoque que la jurisprudencia ha delimitado, es evidente que al verificar a lo largo del plenario que la administración no

sufrió mengua alguna, por cuanto a los pocos días el bien objeto de esta investigación apareció, la afectación que fue temporal, y visto lo que hicieron los procesados en aras de buscar el armamento, que a la postre apareció, hace que desaparezca la lesión que inicialmente había sufrido el bien jurídico de la administración pública.

Es así que frente a la continuación del proceso hasta una etapa del juicio, ya no tiene razón de ser desde el punto de vista de necesidad de la pena, pues no tiene sentido que los procesados lleguen a una instancia posterior a ser condenados.

Si bien es cierto que los procesados vulneraron el deber objetivo de cuidado, al dejar el armamento en el polideportivo mientras hacían deporte, también lo es que se hizo todo lo pertinente por parte de los procesados para que las armas aparecieran, siendo efectivamente restituidas, lo cual da lugar a que no se haga necesario continuar con el proceso y se dé lugar a la cesación de procedimiento” (**Rad. 11192 del 13 de agosto de 2010, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar**).

### **Peculado culposo**

**Pérdida del arma en el alojamiento mientras se descansa ante la inexistencia de armerillo no viola del deber objetivo de cuidado.**

“Si bien es cierto que el arma se perdió, como objetivamente se demostró, cuando observamos todo el componente normativo en cada uno de sus elementos vemos que los mismos no se adecuan al comportamiento asumido por el SLR. SANDOVAL QUINTERO NÉSTOR, como se aprecia del material probatorio, tenemos que la demostración de los aspectos sobre autoría y responsabilidad penal, es palpable en el campo objetivo, es decir lo atinente a la pérdida del fusil, pero lo que se entra a cuestionar en el delito imprudente es el aspecto, que para el caso corresponde analizar en la modalidad culposa, que si no se encuentra que hubo imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia del reglamento, órdenes y disciplina; factores que no se están demostrados, pues no se determinó que el soldado hubiera actuado tampoco violando el deber objetivo de cuidado, pues el fusil no se dejó abandonado, únicamente él cumplió una conducta exigida por el decálogo

de armas que en su momento era la de tener el arma de dotación cerca al lugar de descanso, pues el lugar no contaba con un armerillo que pudiera ofrecer la seguridad correspondiente al armamento, pues al escudriñar en las diversas declaraciones, **se tiene que el lugar donde se encontraban no contaba con la seguridad requerida, pues el Búnker no tenía puerta**, de lo que esta Fiscalía puede inferir que cualquier persona podía entrar allí.

Es importante resaltar que el Búnker donde se encontraba el militar era el lugar de acogimiento y de descanso tanto de él como de sus compañeros, por ende el soldado Sandoval estaba en posición de esperar que sus otros compañeros con los que tenía una convivencia habitual, observaran a su vez precisas pautas de honestidad, comportamiento y decoro, pues atendiendo al principio de confianza tal como lo señala la Honorable Corte Suprema de Justicia se tiene que esta:

(...)

Se concluye que el agente estaba cumpliendo con su deber, así como podríamos decir que en vista de lo anterior en realidad que el autor del delito aquí endilgado, no vulneró el deber objetivo de cuidado, que le era individualmente exigible, pues las condiciones en que se desarrollaron los hechos, hicieron imposible desenvolverse de otra manera, pues le era lógico al soldado llegar a su lugar de descanso y así mismo conciliar el sueño, después de una ardua jornada de trabajo. Luego aquí se debe revocar la resolución de acusación proferida por la Fiscalía A quo y en su lugar proferir cesación de procedimiento, por cuanto aunque se extravió un bien del Estado, en ese actuar, no hubo ninguno de los elementos normativos constitutivos del tipo” **(Rad. 11904 del 28 de marzo de 2011, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).**

### **Peculado culposo**

No procede la fuerza mayor o caso fortuito cuando se ha demostrado la vulneración al deber objetivo de cuidado.

“Si nos detenemos a mirar el tipo penal propiamente dicho debemos decir que según su descripción, para la comisión de este punible, se necesita tener la investidura de servidor público, que en el caso en cuestión es per-

fectamente claro, el procesado aquí reúne dicha calidad, pero adicional a ello se requiere que producto de la negligencia, incuria, inobservancia de reglamentos, falta de atención, los bienes puestos a su cuidado se extravíen pierden o deterioren de manera total o parcial y que sea la culpa el factor determinante en la degradación, deterioro o pérdida de los bienes objeto de custodia por parte del servidor público.

(...)

Como de manera atinada lo señala la Fiscal A quo que el procesado desprotegió el bien, por haber faltado al deber objetivo de cuidado, por cuanto dicho bien estaba bajo su custodia, pues lo mínimo que se le puede exigir a un servidor público es que proteja los bienes que tiene a su disposición para el cumplimiento de su misión, pues le correspondía el cuidado y custodia del arma por haberle sido entregada como dotación oficial, no podía confiarse y dejar en manos de la administración o del Estado, el manejo de aquello que era exclusivo e inherente a su fuero; solo a él le competía cuidar el arma recibida y velar por las condiciones de seguridad en que la portaba, luego entonces, si el Patrullero recibió la chapuza para portar el arma, la que tenía idénticas características con otras de su clase, considerada reglamentaria, debió haber advertido, de ser cierto, que ella no le prestaba la seguridad requerida, para que la administración tomara los correctivos necesarios y esa conducta inobservada, lo hace responsable por infringir sus deberes” **(Rad. 13192 del 19 de agosto de 2011, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).**

### **Peculado culposo**

Se cesa procedimiento por intervención de un tercero en el hurto del arma produciéndose un caso fortuito.

“Del análisis probatorio, fuerza concluir en completo acuerdo con los planteamientos de la togada apelante, que estamos frente a un caso fortuito por cuanto la pérdida del revólver que se le endilga se produjo en desarrollo de un evento que no le fue posible prever, cual fue el hecho de que esta policial fue objeto de la acción delincencial, sin que ni ella ni su compañero lograran hacer nada al respecto, ya que todo ocurrió en fracción de segundos, y con la agilidad que caracteriza a ese tipo de delincuentes, por lo que podemos perfectamente

considerar, a diferencia de lo que plantea la primera instancia, que todo se redujo a un hecho extraño e incontrolable presentado a la sindicada que no pudo evitar dentro de las previsiones exigibles al comportamiento de un policial del común en relación con la preservación en su poder del arma que se le asigna como dotación, situación esta que enmarca jurídicamente a la sumariada en causal que la exime de responsabilidad por ausencia de culpabilidad, por cuanto la forma de culpabilidad culposa no puede presumirse sino que ha de probarse, apartándonos frente a este preciso aspecto, de las apreciaciones del Calificador de primera instancia, porque no deja de ser una conjetura muy controvertible afirmar que el revólver le fue hurtado porque la encausada durante su servicio omitió el deber objetivo de cuidado que le era exigible, pues debía haber previsto que al prestar un servicio como el ordenado.

Así las cosas, y como acertadamente lo expresa la recurrente en alzada, la pérdida del arma de la sumariada no se produjo por una conducta negligente de su parte, o por descuido de sus deberes, sino que el hecho se le presentó ajeno a su capacidad volitiva y de conciencia sobre un probable extravío o pérdida del revólver, resquebrajando, así, la relación causal entre el aspecto subjetivo generante de responsabilidad penal, aun culposa, y el hecho que se protege a través de la norma que define el peculado en sus diversas modalidades y que tutela el bien jurídico de la Administración Pública, para concluirse que la pérdida del arma objeto de esta investigación se le presentó a la procesada en circunstancias para ella constitutivas de caso fortuito, que permiten revocar la resolución acusatoria impugnada para proferir en su remplazo cesación de procedimiento en este proceso, al enmarcar la valoración probatoria dentro de los postulados de la sana crítica” (Rad. 14218 del 31 de agosto de 2012, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).

### **Peculado culposo**

Infracción al deber objetivo de cuidado por el quebrantamiento de las disposiciones reglamentarias que en materia de seguridad debían acatar los integrantes de la Estación.

“...Trasladando tales criterios a la situación sub examen, y de acuerdo a lo que se encuentra establecido en el plenario, se tiene que para la fecha de autos,

cuando el aquí sumariado se encontraba adscrito a la Estación de Policía del Municipio de INZÁ, y mientras cumplía con sus funciones como centinela de la misma, a eso de las 18:30 horas, se ausentó por unos minutos de su lugar de facción, trasladándose a un COMCEL ubicado en la Calle 4 No. 2-84 de esa localidad para realizar la referida llamada, sitio en el que se aduce que fue interceptado por dos sujetos e intimidado con armas cortas, quienes procedieron a apoderarse de todo su material de guerra de dotación, reuniéndose así a juicio de este Despacho, los elementos del tipo objetivo a que ya se hizo referencia, al ser indudable que el aquí sumariado, con su actuar **violó el deber de cuidado que le era exigible** legal y reglamentariamente frente al material de guerra que se le había confiado para el cabal cumplimiento de sus funciones como miembro de la Policía Nacional y para prestarle seguridad a las instalaciones de la Estación policial de la que hacía parte y a los demás integrantes de la misma, si se tiene en cuenta, como bien lo hiciera notar nuestra homóloga de la primera instancia, que en estas sumarias obra abundante prueba testimonial y especialmente documental, entre las que cabe mencionar las actas de instrucción obrantes a folios 3 al 7, 8 al 11 y 12 al 15, en las que intervinieron, además del Comandante de esa Estación, el entonces **IT. PAVAS QUIÑONES JOSÉ ARTURO**, y el señor **SI. ENRÍQUEZ DÍAZ OLIVERIO** con el personal completo de la Estación, incluido el aquí procesado, en las que se puso en conocimiento de todos ellos, el contenido de una serie de recomendaciones de seguridad emanadas de la Regional 4 de Policía, orientadas todas ellas a prevenir acciones terroristas contra personas e instalaciones, destacándose entre las **medidas de seguridad del personal que debían observarse**, que los desplazamientos deberían hacerse como mínimo por parejas, existiendo la prohibición de realizar diligencias de carácter personal en traje de uniforme, recordándose además, a folio 8, que en virtud del plan pistola que mantienen en práctica los grupos armados al margen de la ley, y en especial la guerrilla, quedaba '... prohibido el deambular solo o en grupo menor a 4 unidades con armamento en el perímetro urbano del Municipio, sea cual sea la misión que se esté cumpliendo...', recordando así mismo, que quien se encontrara de servicio, '... no debe realizar otra cosa que no sea prestar la seguridad de las instalaciones, como hablar por celular, atender visitas en el servicio, etc. el lugar de facción no se debe abandonar por ningún motivo y mucho menos si no existe una razón que lo justifique...' se les recuerda la orden consistente en **no deambular solo en el perímetro urbano con el armamento de dotación oficial (fusil) no importando la actividad que va a realizar en grupos superiores a cuatro unidades...**!

Como se ve, eran múltiples las recomendaciones que en materia de seguridad personal se les hacían a los integrantes de la Estación de Policía de INZÁ, y de las que era ampliamente conocedor el aquí procesado, comoquiera que su firma aparece en todas aquellas actas a las que se hizo mención, insistiendo por ello el Despacho en que por parte del Policial de autos, se incurrió en una **infracción al deber objetivo de cuidado**, pues como lo ha señalado nuestra Corte Suprema de Justicia para decantar este elemento del delito imprudente:

'... como no hay un catálogo de deberes para cada una de las actividades de interacción social, el operador jurídico está obligado, en cada caso particular, a remitirse a las fuentes que sirven de directrices para establecer si se configura o no el elemento en examen, desarrolladas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y que se resumen en las siguientes:

'...El autor debe realizar la conducta **como lo haría una persona razonable y prudente puesta en el lugar del agente, de manera que si no obra con arreglo a esas exigencias infringirá el deber objetivo de cuidado**. Elemento con el que se aspira a que con la observancia de las exigencias de cuidado disminuya al máximo los riesgos para los bienes jurídicos con el ejercicio de las actividades peligrosas, que es conocido como el riesgo permitido.

'...Las normas de orden legal **o reglamentaria** atinentes al tráfico terrestre, marítimo, aéreo y fluvial, y **a los reglamentos del trabajo**, dirigidas a disciplinar la buena marcha de las fuentes de riesgos.

(...)

'... **El criterio del hombre medio**, en razón del cual el funcionario judicial puede valorar la conducta **comparándola con la que hubiese observado un hombre prudente y diligente situado en la posición del autor**. Si el proceder del sujeto agente permanece dentro de esos parámetros no habrá violación al deber de cuidado, **pero si los rebasa procederá la imprudencia siempre que converjan los demás presupuestos típicos**<sup>46</sup>.

46 Sentencia del 22 de mayo de 2008, radicado 27.357, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca

Así las cosas, y remitiéndonos a las señaladas fuentes jurisprudenciales para poder determinar si hubo en el caso de autos esa infracción al deber objetivo de cuidado que se viene predicando por parte del sumariado, se colige indudable que el aquí sumariado quebrantó esa serie de disposiciones reglamentarias orientadas a las recomendaciones que en materia de seguridad personal debían observar y acatar todos los integrantes de la Estación de Policía de INZÁ, dejando igualmente de comportarse como lo hubiera hecho un policial prudente y diligente situado en la posición del autor, pues aceptándose por parte de este Despacho que su madre putativa en efecto estuviera presentando un delicado estado de salud, nada le impedía esperar a terminar su turno de centinela para realizar la correspondiente llamada, solicitando el apoyo de su Comandante para realizar el desplazamiento en el número mínimo de policiales que podían hacerlo, y que como ya lo vimos, era de cuatro o mínimo de a dos uniformados debidamente armados, para que mientras el procesado hacía la llamada, los demás le prestaran la seguridad del caso, máxime si se tiene en cuenta que ya había caído la noche y que las casetas de ventas ubicadas en el marco del parque central, impedían una buena visibilidad desde la Estación hasta el sector en donde estaba ubicado el local de COMCEL, pues aunque se diga que solo lo separaban unos 50 metros aproximadamente y que se encontraba dentro del sector de vigilancia móvil que debía cumplir el policial de autos, de todas maneras eran circunstancias que hacían más peligroso el movimiento y que se tradujeron en el actuar imprudente que se le reprocha en autos, reuniéndose en consecuencia el resto de elementos esenciales del tipo objetivo a que arriba se hiciera referencia, esto es, la relación de causalidad entre esa acción imprudente y el resultado, es decir, el ilegal apoderamiento de su material de guerra por los dos sujetos que lo interceptaron y lo redujeron, siéndole atribuible jurídicamente ese resultado al aquí sumariado, puesto que tenía la posibilidad de preverlo y de anticiparse al mismo, para lo cual solamente le bastaba con haber cumplido esas mínimas normas de seguridad en los desplazamientos a las que ya se hizo alusión, reuniéndose en consecuencia del mismo modo los **elementos subjetivos** del delito de peculado culposo o imprudente que se le endilga, pues en cuanto al **aspecto volitivo** se refiere, el resultado típico debe corresponder a una causalidad distinta de la programada para el acto al que dirigió su voluntad el agente, causalidad representada en el caso de autos por la intervención de los dos delincuentes que lo interceptaron y lo despojaron de su material aprovechándose de que se

encontraba solo y por ende vulnerable, y respecto del **elemento cognoscitivo**, es condición que el autor haya tenido la posibilidad de conocer el peligro que la conducta representaba para los bienes jurídicos y de prever el resultado con arreglo a esa condición, elemento que igualmente surge palmario del contenido de las citadas actas de instrucción, suscritas por el sumariado en constancia de conocer todas y cada una de las medidas de seguridad a las que se hiciera ya referencia...” (Rad. 13626 del 29 de julio de 2011, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### **Peculado por apropiación**

La ruptura de la unidad procesal, cuando sea calificado con cesación y resolución de acusación, en esta última se puede decretar una nulidad parcial por cuanto la cesación hace tránsito a cosa juzgada.

“En efecto, el planteamiento jurídico está si la señora Fiscal 143 Penal Militar ante el Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General podía nulitar integralmente la calificación del mérito del sumario proferida por la Fiscalía 141 Penal Militar ante el Juzgado de Primera Instancia de la Dirección General de la Policía Nacional, o si por el contrario la nulidad era exclusivamente parcial, habida cuenta que la cesación de procedimiento proferida a favor de los procesados IJ. GONZALO TORRES ORDUZ y IJ. JUAN CARLOS VALDELAMAR FLÓREZ hizo tránsito a cosa juzgada, delimitando el conocimiento único y exclusivo de la acusación, surgiendo el rompimiento de la unidad procesal, a partir de la decisión emanada de la Honorable Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA <sup>47</sup> el pasado 20 de octubre de 2010, mediante la cual, se elimina el grado Jurisdiccional de Consulta, teniendo en cuenta el nuevo Código Penal Militar Ley 1407 de 2010 que con su entrada en vigencia tal disposición que no la contempla.

De la misma manera se pronuncia nuestro homólogo el señor Fiscal Tercero Penal Militar Dr. Neil Oswaldo Rodríguez Morales, quien mediante decisión calendada el 30 de noviembre de 2010, se inhibe de conocer de

<sup>47</sup> Sentencia Corte Suprema de Justicia, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, octubre 20 de 2010.

la consulta de la cesación de procedimiento, en atento acatamiento de la sentencia emanada de la Honorable Corte Suprema de Justicia y en cumplimiento del principio de favorabilidad.

Entonces la nulidad declarada por la Fiscalía 143 Penal Militar es parcial y solo afecta a quien se calificó el mérito el sumario con resolución de acusación al considerar que se carecía de competencia, pues es claro que la cesación de procedimiento hizo tránsito a cosa juzgada en virtud a que al quedar en firme la providencia de la Fiscalía A quo, se produjo una ruptura procesal, significando con ello que la actuación continúa tramitándose de manera independiente frente al procesado CM (r). ARIEL RICARDO ORTEGÓN REY, por el delito de PECULADO POR APROPIACIÓN, no afectando la situación de los procesados IJ. GONZALO TORRES ORDUZ e IJ. JUAN CARLOS VALDELAMAR FLÓREZ.

Es así que en idéntico caso se pronunció el Tribunal Superior Militar Magistrado Ponente CN (r). CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA mediante decisión del 07-febr-2011, radicado bajo el No. 149185, confirmando nuestra tesis en cuanto a que la cesación de procedimiento hace tránsito a cosa juzgada, en amparo del derecho fundamental del debido proceso y del derecho de defensa...” **(Rad. 14103 del 18 de mayo de 2011, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).**

### **Peculado por apropiación**

Delito continuado. No prescrito.

“Por último, así no se constituya en el objeto de la alzada, aunque efectivamente en el ámbito procedimental ello podría impactar la determinación de fondo a asumir, percibimos la insistencia del recurrente en diversas etapas de la actuación para que se asiente en el reconocimiento prescriptivo, aspecto que, incluso, habiéndolo esbozado la defensa al interior del recurso vertical interpuesto de cara al fallo condenatorio de primera instancia proferido contra el oficial JARAMILLO OSSA no obtuvo el respectivo pronunciamiento por parte del Tribunal Superior Militar, sin embargo, debe asumirse que la cuantía, dentro de un concepto de unidad de resolución, unidad de dolo, identidad de víctima e identidad de tipicidad en la comprensión de lo

que traduce el delito continuado ha de tomarse de manera generalizada y no por fraccionadas sumas como lo presenta la defensa, o se ha asumido en algunos proveídos, bajo la figura concursal, de lo que se concluye que así hubiesen sido diversos los instantes apropiativos y sobre distintos rubros” **(Rad. 2128 del 23 de febrero de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).**

### **Peculado por apropiación**

Principio de limitación funcional frente al recurso de apelación. Interviniente.

*Prima facie*, pertinente es escindir que en la pieza calificatoria que se revisa por el sendero de la alzada vienen llamados a responder los policiales GÓMEZ RODRÍGUEZ JUAN MANUEL y PÉREZ CUETO ARMANDO; no obstante, como en posteriores acápite lo plasmaremos, el principio de limitación funcional registrará el discernimiento del Despacho únicamente con relación al segundo de los mencionados cuya defensa deprecia la revocatoria de la decisión acusatoria que el *A quo* elevara en su contra al encontrarlo en el grado de interviniente como presunto responsable del delito de *peculado por apropiación* al haberse apoderado de un artefacto cuya administración y custodia se encontraba en titularidad del oficial GÓMEZ RODRÍGUEZ, el cual previamente había sido incautado en desarrollo de un procedimiento policial. **(Rad. 11064 del 11 de marzo de 2011, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORARES, Fiscal Tercero Penal Militar).**

### **Peculado por uso**

NO LESIVIDAD. No se demostró el daño al bien jurídico, por cuanto el propósito que se tenía era en beneficio de la propia administración.

“Cuando damos aplicación al principio de lesividad que aquí nos acompaña, vemos que si bien hubo una conducta que objetivamente desde el punto de vista de la categoría de la tipicidad podría encajar en el delito, no es lo mismo desde el plano siguiente de antijuridicidad, como es la antijuridicidad material, **está demostrado que la lesión o puesta efectiva del bien jurídico contra la administración pública no se vio afectada**, ciertamente hubo un comportamiento del Suboficial pero no tocó efecti-

vamente el plano antijurídico, luego si no hubo esta afectación mal podría endilgársele un delito el cual no produjo tan siquiera potencialmente un daño al bien jurídico tutelado.

De conformidad a lo anterior este Despacho revoca la resolución de acusación proferida por la Fiscalía A quo con fecha 30 de septiembre de 2010 y en su lugar profiere cesación de procedimiento a favor del SV. EXENOVER RENGIFO TULCÁN, por el delito de PECULADO POR USO.

De otra parte se advierte, que son dos los procesados pero uno solo el que interpuso el recurso de apelación frente a la decisión calendada el 30 de septiembre de 2010, pero en virtud a que la decisión es favorable los efectos benéficos de la decisión se extienden al no recurrente" (**Rad. 14006 del 30 de junio de 2011, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar**).

### **Prescripción en el delito de lesiones personales dolosas**

Opera el aumento previsto en el Código Penal ordinario para los servidores públicos.

"...En ese orden de ideas, mal haría este despacho en desestimar las consideraciones fácticas y jurídicas que nos llevaron a adoptar tal decisión, razón por la cual es jurídicamente imposible encontrar acierto en lo solicitado por la defensa, en el sentido de declarar la prescripción de la acción penal, como quiera que si bien es cierto los hechos ocurrieron el día 20 de junio de 2004, para el delito de **lesiones personales dolosas**, como quedó confirmada la resolución de acusación, dicho fenómeno ocurriría nueve (9) años y cuatro meses después de la señalada fecha, y no solo siete (7) años como lo plantea la defensa, pues no debe perderse de vista que para efectos de calcular la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, debe tenerse en cuenta que tal y como lo dispone el párrafo único del Artículo 83 de la Ley 522 de 1999, '... cuando se trate de delitos comunes (y este es el caso), la acción penal prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal ordinario para los hechos cometidos por servidores públicos...'

Trasladados, entonces, a la señalada codificación, en el inciso quinto se establece que '... Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su car-

go o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, **el término de prescripción se aumentará en una tercera parte**” (el subrayado es nuestro), de tal suerte que haciendo la operación matemática a partir del día 20 de Junio de 2004, contamos efectivamente los siete años iniciales, que es el término máximo de la prescripción cuando con las lesiones personales dolosas se causan deformidades de carácter permanente, y a esos siete (7) años, debemos hacerle ese aumento de la tercera parte, lo que traducido en meses significa que a los ochenta y cuatro (84) meses iniciales, se le deben sumar otros 28 meses, para un gran total de 112 meses, que traducidos en años nos arroja nueve (9) años y cuatro (4) meses, es decir que la acción penal del presente expediente prescribiría solo hasta el día 20 de octubre de 2013...” (Rad. 14144 del 15 de marzo de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### **Principio de non bis in ídem**

Adelantar una investigación en la Justicia Castrense sobre unos mismos hechos de los que había conocido la Justicia ordinaria y frente a los cuales hubo acuerdo conciliatorio entre las partes, vulnera este principio.

“...adelantar una investigación por unos mismos hechos de los que ya estaba conociendo la justicia ordinaria, y en los que como se encuentra suficientemente acreditado en autos, hubo acuerdo conciliatorio entre las partes, que dio lugar al archivo de las diligencias en aplicación de lo preceptuado en el Artículo 522 de la Ley 906 de 2004, se traducía en una flagrante vulneración del principio Constitucional del 'Non bis in ídem', como bien lo señala la impugnante y lo conceptúa la representante de la sociedad, principio sobre el cual ha dicho la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

'...la infracción del referido principio en el campo procesal presupone la existencia **de más de una investigación penal contra la misma persona por unos mismos hechos, o la iniciación de una nueva por hechos ya definidos con carácter de cosa juzgada en relación con un mismo sujeto...**<sup>48</sup>.

Sobre dicho Instituto igualmente se ha legislado en varios Instrumentos Internacionales ratificados por Colombia en los siguientes términos:

48 Sentencia del 28 de noviembre de 2002, radicado 18.302, M.P. Fernando Enrique Arboleda Ripoll.

'...Así tenemos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, señala en sus principios procesales **que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por sentencia en firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país** -art. 14-7; la Convención Americana sobre Derechos Humanos o 'Pacto de San José' de 1969, dispone entre las garantías judiciales el derecho a que el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos -art. 8°-4-'.

Así las cosas, se reitera por parte de este Despacho, que no debió iniciarse una nueva investigación en contra del **PT. BALLÉN TOLOZA** por el delito de **LESIONES PERSONALES** y menos en la jurisdicción castrense por los hechos ocurridos el día 1 de marzo de 2008, puesto que frente a los mismos, como ya lo hemos anotado, ya la investigación adelantada por la Justicia ordinaria había sido archivada en virtud del aludido acuerdo conciliatorio entre las partes, decisión que no era posible desconocer sin vulnerar el tan mentado principio, máxime si se tiene en cuenta el contenido del Artículo 137 de la Ley 1153 de 2007 (ley de pequeñas causas), en el que se establecían claramente las circunstancias que dan lugar a la extinción de la acción contravencional y la correspondiente preclusión del procedimiento..." (**Rad. 14174 del 30 de abril de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar.**

### **Privación ilegal de libertad**

Error indirecto de prohibición frente al concepto de la detención preventiva administrativa.

"Véase así, que lo que un juicio crítico trataría de responder es, ¿cuál el adecuado procedimiento a direccionarse cuando se ha establecido con meridiana nitidez que para el momento existía un señalamiento de una persona en contra de NAYIBE COSSIO GASCA acompañado de su misma confesión?, encontrando que la respuesta a ello podría pender de algunas hipótesis, cada una de estas de diversa manera fundamentada para verificar su viabilidad, (i) que se indicara al presunto perjudicado que elevara la correspondiente denuncia para que las autoridades judiciales conocieran del asunto y omitir su retención, (ii) la inmediata puesta a disposición de esa persona ante las competentes autoridades con acompañamiento

del denunciante o (iii) efectuar el proceder como finalmente lo dispusiera CALDERÓN LÓPEZ; y aunque de cara a la última de las disyuntivas un effmero visor podría de plano considerar este comportamiento vulnerador de las garantías constitucionales, albergando la tesis del monopolio judicial en materia de restricción del derecho a la locomoción, lo que, como enantes lo anunciamos, impondría discernir que solamente puede una persona privarse de su libertad mediante orden escrita de autoridad judicial competente o en estado de flagrancia, es un imperativo que el contexto que encierra lo ampliamente escrutado en la sentencia C-024 de 1994, emanada de la Honorable Corte Constitucional, traída a colación tanto por la defensa como por la Procuraduría ante esta instancia destacada, ha de interpretarse en el escenario de la particular situación que aquí nos ocupa, para de alguna manera concluir que de genérica manera al amparo de cada uno de los requisitos que allí se elaboran parecería ab inito acoplarse a lo orientado en el texto jurisprudencial, empero al detallarse de más ponderada manera podría ese estricto criterio indicar que algunas de las particulares premisas en cuanto a la urgencia o limitación temporal podrían haberse rebasado, límites que incluso para la misma agencia del Ministerio Público actuante ante la segunda instancia se mantuvieron, no obstante, tal ilustración simplemente nos lleva a considerar que si en ello se concentran las diversas tesis de quienes de jurídica manera abordan el tema, tal imprecisión en el alcance de lo allí esbozado pudo no ser ajena al criterio del vinculado policial ” (Rad. 14206 del 30 de noviembre de 2011, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Privación ilegal de libertad conducta atípica**

No dolo. Ausencia de antijuridicidad material.

“Ahora bien, si en gracia de discusión se reprochara, incluso, el mismo acto de la conducción de DURANGO TAMAYO hacia las dependencias policiales bajo el prurito que finalmente en ese interregno se le limitó su libertad de locomoción, cumpliéndose por lo menos con la estructuración de los elementos objetivos del tipo, debe ante tal reparo acudirse, entonces, a los canales del estudio de la antijuridicidad material que en últimas constituye también un problema de tipicidad, en el entendido de determinar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado de la libertad in-

dividual, pues al no advenir la ponderación de estos preceptos en un Estado Social de Derecho se llegaría a límites insospechados para reconvenir cualquier tipo de proceder en este sentido, como cuando rutinariamente en el ejercicio de su misiva, derivada del mandato constitucional, tienen las autoridades policiales para los pertinentes efectos que disponer el momentáneo traslado de un ciudadano para, *verbi gracia*, la confección de un informe o la práctica de una prueba de embriaguez *etc.*, en donde de cierta manera se le limita esa libertad, empero la afectación del señalado bien jurídico es tan mínima y limitada en el tiempo que no se compadece un tal desgaste del aparato de administración de justicia” **(Rad. 12440 del 14 de abril de 2011, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).**

### **Proceso penal militar**

Principio de Gradualidad- Grados de convicción en el análisis probatorio son diferentes en las distintas etapas del proceso penal.

“...Ahora bien, frente a los planteamientos expuestos por la representante del Ministerio público ante esta instancia en concepto que antecede, en el sentido de señalar, por un lado, que hay verdaderas dudas frente al real ataque, ya que según su criterio, las palabras amenazantes no son plenamente relevantes y solo pueden ser censuradas disciplinariamente, concluyendo sin embargo de otra parte, que de todas formas la acusación debe mantenerse, el despacho considera que tales elucubraciones resultan un tanto contradictorias, ya que si en su criterio persisten esas dudas en este estadio procesal, lo correcto hubiera sido plantear la cesación de procedimiento en favor del procesado, en aplicación del principio de *in dubio pro reo*. Sin embargo, y a diferencia de lo planteado por la ilustre representante de la sociedad, estima este Despacho *Ad quem*, que las pruebas que obran dentro del plenario, no permiten dar aplicación a esta entidad jurídica, ya que existen más elementos de convicción que nos llevan a colegir que efectivamente el acá procesado atentó por vías de hecho contra el bien jurídico protegido en el estatuto penal como lo es la disciplina, las cuales se encuentran comprobadas, no solo por los testimonios de los soldados LEGUIZAMÓN y PACHÓN, sino también y como arriba se explicara, por el experticio médico legal que obra a folio 15, donde se le reconoció al Soldado SANDOVAL incapacidad de cuatro (4) días sin secuelas médico legales, insistiéndose por ello en que son

más los medios de prueba que nos llevan a señalar que la responsabilidad del procesado se encuentra realmente comprometida, que los que nos pudieran llevar a conclusión contraria, sin que ello se traduzca en que en la etapa probatoria del juicio, se haga lo pertinente en punto al esclarecimiento de algunas contradicciones que se presentan en las declaraciones que obran en el proceso, y entre ellas, el dicho del soldado CASTRO GALINDO cuando refiere a folio 360 que el Cabo no agredió al soldado, manifestación contraria a lo expuesto por los soldados PACHÓN y LEGUIZAMÓN quienes afirman que tuvieron que asir al suboficial porque este le estaba pegando a su compañero SANDOVAL.

Igualmente diremos, de la mano del Tribunal Superior Militar, que son varios los grados y la intensidad probatoria por las que va atravesando el proceso penal, y que en sede de calificación, pasamos de la posibilidad a la probabilidad, hasta llegar finalmente a la certeza que se requiere en la etapa del juicio, acerca de la existencia del hecho punible y de la responsabilidad del sindicado, y que de acuerdo a ello, en el caso de autos, se encuentran reunidos los presupuestos sustanciales para llamar al aquí procesado a responder en juicio por el punible por el cual fuera llamado a responder en juicio. Dijo al efecto el Tribunal Superior Militar:

'... La resolución de acusación no requiere la certeza de la existencia del hecho punible, ni de la responsabilidad del sindicado, presupuesto jurídico que solo es exigible para emitir sentencia condenatoria, aspecto que corresponde establecer al fallador de primer grado, luego de la valoración global del acervo probatorio que al momento de emitir el fallo, debe someter al tamiz de las reglas de la sana crítica, y además, los sujetos procesales durante el juicio pueden ejercer el derecho de contradicción y rebatir los argumentos presentados por la Fiscalía, quedando de esta manera garantizado el derecho de defensa de los procesados. Por manera, que bien hizo el A quo al denegar las nulidades solicitadas por los recurrentes...' <sup>49</sup> (Rad. 14133 del 30 de abril de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

49 Radicación 149562, 13 de mayo de 2008, M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Sala Cuarta de Decisión. En igual sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 21 de enero de 2004, radicación 16384, M.P. Marina Pulido de Barón.

## **Prolongación ilícita de privación de la libertad**

No existe prolongación ilícita de la libertad por parte de funcionaria judicial, cuando no se demostró que procesados hayan estado bajo proceso judicial.

“No cabe duda por el acervo probatorio que no hay responsabilidad penal que se pueda endilgar a la oficial Capitán NEIRA LLACHE LINA MARÍA, por cuanto no existe prueba alguna que permita inferir que haya actuado de manera dolosa, que si existieron unos hechos anteriores a su actuación que correspondía como Juez es evidente, pero no en la que ella haya participado.

Este tipo penal es eminentemente doloso, el dolo de esta conducta se concreta en el conocimiento que tiene el servidor público de la manifiesta ilegalidad de la prolongación de la **detención originariamente legítima de una persona**, sin una justificación legal, y la conciencia de que con tal determinación se vulnera el bien jurídico de la libertad.

Es evidente que la funcionaria aquí cuestionada, no tenía el conocimiento de tal situación, no abusó de sus funciones ni mantuvo arbitrariamente privado de la libertad al soldado, por cuanto no hubo una actuación legal previa.

Así mismo no se advierte que deliberadamente haya querido desconocer la garantía constitucional que nadie pueda ser detenido sino por virtud de mandamiento escrito, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley, lo cual la juez aquí cuestionada lo tenía perfectamente claro para el momento de los hechos.

Comparte este Despacho los planteamientos expuestos por la defensa, en el sentido que la Prolongación Ilícita de la Privación de la Libertad solo y exclusivamente se estructura cuando la aprehensión de una persona se lleva a cabo por fuera de las formas o especies constitucional y legalmente previstas, como son con orden judicial previa, flagrancia públicamente requerida y administrativa, ahora si, cuando ejecutada legalmente la captura la privación de la libertad se prolonga más allá de los términos previstos en la Constitución o la ley para el servidor público 1) lleve a cabo la actividad a la que está obligado (escuchar en indagatoria, dejar a disposición judicial el capturado, hacer efectiva la libertad ordenada), 2) adopte la decisión que al caso corresponda (definir situación jurídica dentro del

término, ordenar la libertad frente a captura ilegal, no conceder la libertad condicional cuando haya lugar a ello).

Como bien lo señala la defensa, no se puede estructurar la prolongación ilícita de la privación de la libertad, si la persona no ha sido puesta a disposición dentro de los términos legales, tal como efectivamente ocurrió.

No aparece demostrado en el proceso que los soldados motivo de la investigación hayan sido puestos a disposición, de la Juez aquí cuestionada.

De otra parte en decisión de la parte instructora se señaló acerca de la omisión, en el artículo 25 de la Ley 599 de 2000 se señala de manera taxativa las situaciones mediante las cuales se presenta la Posición de Garante las cuales vale la pena traer como referente legal:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Al circunscribirse en lo que señala el régimen legal, vemos que no se encaja, de aceptar la omisión en algunos de los parámetros establecidos. **(Rad. 13214 del 11 de febrero de 2011, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).**

### **Prolongación ilícita de privación de la libertad y privación ilegal de libertad**

Existió flagrancia.

“Efectuada la anterior precisión que se pone en el plano del discernimiento, nos cuestionamos ahora, de dónde se suscita un tal juicio de desvalor, (i) *¿al haber los institucionales penetrado al inmueble supuestamente de manera ilegal y por ello lo que de allí en adelante ocurrió se torna contaminado*

de esa misma ilegalidad?, teoría del fruto del árbol envenenado, o, (ii) aceptando la legalidad del ingreso por aquiescencia de MARÍA YANETH VÉLEZ VÉLEZ, ¿se soporta el reproche en no haber puesto a disposición a la persona que a la postre se demostró era la dueña del material fonográfico y no a esta?, es claro, frente al fundamento que hilvana el criterio de la Instancia, que el haber terciado la autorización para el ingreso de las autoridades ello hace legal pregonar un tal estado de flagrancia de cara a lo que de esa permisión se derivó, de allí que deba reconocerse ese instituto hasta el punto que la incautación del material fue declarado legal por parte del mismo funcionario con función de garantías de la jurisdicción ordinaria...” (Rad. 13745 del 31 de julio de 2012, DR. NEIL OSWALDO RODRÍGUEZ MORALES, Fiscal Tercero Penal Militar).

### **Pruebas en la etapa de investigación**

Ausencia del auto en el que se decreta la práctica de pruebas testimoniales, y la ausencia de la defensa en la práctica de las mismas no las invalida.

“...En ese mismo sentido debe tener en cuenta la togada apelante, que dicho artículo habla claramente de **NOTIFICAR**, actuación que permite enterar o dar a conocer a las partes las providencias judiciales, para que estos puedan optar, bien por atacarlas mediante los recursos legales establecidos para ello, o se allanen a lo que en sí entronizan las mismas, reiterando en consecuencia este Despacho, que el auto por medio del cual se señala fecha y hora para la práctica de pruebas de orden testimonial, al no estar contemplado dentro de dicho artículo, no es notificable, y por tanto, el funcionario puede abstraerse de ejercer su publicación, caso que no es el que nos ocupa, ya que de manera acuciosa, y como bien lo menciona nuestra homóloga de primera instancia, el juzgado de Instrucción Penal Militar No. 153 de Tunja, enteró formalmente a los sujetos procesales (Ministerio Público, procesado y apoderado), y en general a todos los intervinientes, de la apertura de un proceso penal en contra del hoy investigado, debiendo estos, a partir de ese momento, estar al pendiente de las ritualidades procesales y de ejercer el contradictorio.

Además de lo que acaba de expresarse, desde antaño nuestra Corte Suprema de Justicia ha señalado, que no es deber del funcionario judicial

informar la fecha y hora en que se han de practicar las pruebas, pues en definitiva, a ello no se limita el derecho de contradicción, como parece entenderlo la togada apelante. Veamos:

'... 1.4. Ahora bien: el derecho de contradicción no se limita a la presencia del procesado y su defensor en cuanta prueba se ordene evacuar, **ni es deber del funcionario judicial informar la fecha y hora en que se van a practicar.** También se ejerce a través de pronunciamientos sobre su contenido, su idoneidad o su mérito probatorio o el aporte de otros medios de convicción, sin que de la actuación procesal se derive la presencia de algún obstáculo para ejercer esa facultad en alguna de las formas señaladas, ni el libelista así lo demostró...'<sup>50</sup>.

Más recientemente, esa misma Corporación, en contravía de lo que se plantea por parte del apelante, dijo que para la validez del testimonio, **no se requiere la presencia del defensor.** Dijo al efecto la Corte:

'... En el asunto que nos concita, el vicio que se atribuye a la práctica de la ampliación de la declaración del menor ofendido, resulta ser insustancial pues tal como lo ha sostenido inveteradamente la Sala, **la presencia de la defensa en la práctica de los testimonios no es indispensable porque no constituye un presupuesto de validez**<sup>51</sup>.

En efecto, hay algunos actos procesales en los que la asistencia del abogado que representa los intereses del procesado es inexcusable, fundamentalmente porque la concurrencia del encartado también lo es, tales como las diligencias de indagatoria, reconocimiento en fila de personas o, de formulación de cargos para sentencia anticipada, pues no basta con el ejercicio de la defensa material sino que es indefectible la asistencia técnica del letrado para garantizar postulados como los de no autoincriminación y la cabal comprensión frente a los cargos atribuidos por el órgano acusador.

Sin embargo, existen otras actuaciones, **como la práctica de los testimonios, que no demandan necesariamente la presencia del togado,**

<sup>50</sup> Sentencia del 21 de agosto de 2003, radicado 13.169, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

<sup>51</sup> Cfr. entre otras, sentencia del 21 de julio de 2004, radicado 19.716, auto del 15 de noviembre de 2.005, radicación 23.738, sentencia del 18 de enero de 2010, radicación 31.727.

pues la contradicción probatoria no solo se manifiesta a través de la facultad de conainterrogar sino que 'también se ejerce cuando se piden pruebas, cuando estas se critican en sí mismas y con relación al resto del material probatorio, cuando se impugnan las decisiones, cuando se alega, etc.'<sup>52</sup>; que el derecho citado '...no se circunscribe al conainterrogatorio de los testigos..., pues esta es solo una de las distintas formas de poner en práctica la dialéctica probatoria, toda vez que con tal derecho lo que en esencia se busca es la participación efectiva de los sujetos procesales en la postulación o aducción de la prueba, en el diligenciamiento de la misma y posteriormente en su análisis crítico, oportunidades todas ellas para ejercer el contradictorio...'<sup>53</sup>; que '...el derecho de contradicción no es reductivo y que, por lo mismo, la única manera de efectivizarlo no es reguntando al testigo, sino que existen otras, entre las cuales, criticar la declaración, no solo aisladamente considerada sino con relación al resto del material probatorio...'<sup>54</sup>; y que '... las pruebas que el Estado está en la obligación de practicar son únicamente aquellas que legal y materialmente puedan llevarse a efecto y no las de imposible cumplimiento...'<sup>55</sup> **(Rad. 14154 del 31 de mayo de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).**

### **Recurso de apelación**

No cumple el requisito de la sustentación quien simplemente se remite a lo expresado en sus alegaciones previas a la calificación y por ello se declara desierto el recurso.

“...Y esos argumentos fácticos y jurídicos que permitan establecer **vacíos protuberantes o errores de apreciación de las pruebas en la calificación de primer grado**, definitivamente no aparecen concretados en el memorial del recurso, en el que solo aparece una simple voluntad de controvertir con base en fundamentos inciertos, y no es labor oficiosa del Ad quem perfeccionar el libelo agregando lo que su autor omitió según las exigencias técnicas que imponen el recurso de apelación, máxime cuando no se advierte en la pre-

52 Casación del 18 de julio de 2001, M.P. Jorge Enrique Córdoba Poveda- Radicación 13.758.

53 Casación del 23 de mayo de 2001, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego- Radicación 13.704.

54 Casación del 25 de abril de 2001, M.P. Jorge Enrique Córdoba Poveda, radicación 13.198.

55 Sentencia del 8 de noviembre de 2001, radicado 34.495, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

tendida aparente motivación del recurso, fundamento o causa grave y seria que implique error in iudicando en la valoración probatoria que compete al A quo, y, además de ello, como fácil resulta advertirlo de la simple comparación entre sus alegaciones precalificatorias, y el memorial con el que ahora pretende cumplir con la sustentación del recurso de apelación, las controversias que quiere nuevamente plantear el apoderado de la defensa, fueron plenamente respondidas y resueltas en el acto de calificación, cuyos análisis se avienen a las exigencias que imponen las reglas de la sana crítica sobre valoración probatoria, y que consisten como lo ha señalado la Corte Suprema de justicia, en lo siguiente:

'... La sana crítica, que no es nada distinto en la explicación de su nominación y en busca de sus contenidos y fines, que el sometimiento de las pruebas a las leyes o reglas que regulan el razonamiento deductivo, los fenómenos materiales y las conductas frente a la sociedad, de acuerdo a lo admitido por ella misma para hacer viable su existencia y verificación de sus comunes objetivos, todo cumplido en forma 'sana', esto es, bajo la premisa de reglas generales admitidas como aplicables, y 'crítica', es decir, que con base en ellos los hechos objeto de valoración, entendidos como 'criterios de verdad', serán confrontados para establecer si un hecho y acción determinada pudo suceder, o si ello fue posible de una u otra manera, explicable dentro de las reglas de la lógica, de la ciencia y la experiencia, no ante la personalísima forma de ver cada uno la realidad, sino frente a estos postulados generales que rigen el razonamiento, las transformaciones materiales y la vida social, formal y dialécticamente comprendidos...' (sentencia del 4 de septiembre de 2002, radicado 15.884, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote).

En resumen, a las conclusiones sustentadas en la critología probatoria dentro de los parámetros de la sana crítica que fuera hecha por la Fiscalía A quo, se opone el apoderado de la defensa, volviendo a presentar el mismo memorial contentivo de sus alegaciones previas a la calificación del mérito del sumario, con lo cual, como igualmente lo ha señalado nuestra Corte Suprema de Justicia, '**...no cumple el requisito de la sustentación, quien simplemente remite a lo expresado antes de expedirse la providencia recurrida...**' (Rad. 14198 del 20 de marzo de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

## Recurso de apelación

No son admisibles como sustentación del recurso de Apelación, las simples discrepancias entre el A quo y el apoderado de la defensa.

“...Con las anteriores precisiones, insiste este Despacho, como de manera reiterada lo ha decidido ya en innumerables situaciones ante recursos similares al propuesto en este proceso, que es respetuoso de los calificadores de primer grado en su función de apreciar pruebas que no están sometidas a la proscrita tarifa legal y de manera alguna se puede pretender que se reconozca que los funcionarios de acusación en primera instancia incurren en errores de apreciación probatoria cuando, tal como ocurre en el caso de autos, se trata de simples valoraciones discrepantes entre el A quo y el apoderado de la defensa, caso en el cual debe prevalecer la propuesta de la primera instancia que, se reitera, está revestida de la doble presunción de acierto y de legalidad inferidas para las decisiones judiciales. De otra parte, por cuanto dentro del margen de arbitrio que el legislador le ha concedido a los operadores de la justicia en este ámbito, mientras la apreciación de los medios de convicción se enmarque dentro de los parámetros de lo que se conoce como sana crítica, este tipo de ataques son de imposible aceptación en el recurso de alzada, siempre y cuando quien recurre no demuestre de manera fehaciente la presentación de un error o vías de hecho en lo que respecta a la calificación o a la valoración probatoria –error in procedendo y/o error in iudicando–, lo cual no demostró acá el abogado apelante...” (Rad. 14214 del 21 de septiembre de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

## Recurso de apelación

Se hacen extensivos los efectos favorables de la decisión de segunda instancia a los no recurrentes.

“...No obstante lo anterior, los efectos benéficos de la decisión que este Despacho Ad quem adopta a favor del **AG. AYALA CASTAÑEDA**, se harán extensivos a los demás uniformados vinculados en autos, a pesar de no ser recurrentes, en lo que respecta exclusivamente al presunto delito de **ABUSO DE AUTORIDAD ESPECIAL** que les fuera endilgado por el A quo en el calificadorio, al evidenciarse que las razones esgrimidas para revocar dicho llamamiento a juicio, resultan idénticas para uno y otros. Sobre esta posibilidad procesal ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

'...Dilucidado lo anterior, se debe resolver el problema jurídico consistente en si un funcionario de segunda instancia puede extender una decisión a los no recurrentes, cuando encuentra que las razones para revocar la medida adversa que se impuso a los recurrentes son idénticas para unos y otros.

Conviene recordar, a ese propósito, que el inciso 1° del artículo 204 del Código de Procedimiento Penal del 2000, dispone:

**En la apelación, la decisión del superior se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación.**

Sobre el entendimiento del precepto, dijo la Corte en la sentencia del 25 de mayo del 2005, dentro del radicado 22.855:

Como razonable resulta concluir, el legislador en punto de la competencia del superior funcional, optó por prescribir una fórmula intermedia, pues si bien en principio el objeto del recurso constituye su límite, **también se dejó consagrada la posibilidad legal de extenderla para incluir pronunciamientos sobre aspectos no impugnados, pero siempre que de ellos pueda predicarse un estrecho ligamen con el objeto de la alzada.**

Doctrina y jurisprudencia coinciden en concluir que la extensión de la competencia del superior a temas inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación **resulta procedente cuando se advierta la necesidad de hacer prevalecer el derecho sustancial o cuando ello influya en la coherencia y la lógica que ha de observarse en la decisión del superior funcional.**

Por ello, es razonable concluir que el principio de limitación que rige la intervención de los funcionarios de segunda instancia, no es absoluto, en tanto que como viene de verse no solo puede extenderse a temas inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación, sino que también permite la posibilidad de pronunciamiento sobre la existencia de vicios que afectan la estructura del debido proceso o las garantías de los intervinientes en la actuación procesal, así como el señalamiento de la consecuencia procesal inmediata de una tal situación, aun cuando tales temas no formaran parte de los motivos de la impugnación.

También para la doctrina, el Ad quem

**Está facultado para extender su competencia a materias que no fueron objeto de la impugnación, o a imputados no recurrentes, cuando exista una estrecha relación con los aspectos sometidos a consideración de la segunda instancia, y no opere el fenómeno de rompimiento de la unidad procesal. Es decir, en aquellas hipótesis en que, dada la naturaleza del asunto, las decisiones adoptadas deben aplicarse a todas las materias o a los no recurrentes, por tratarse de fenómenos objetivos con efectos generales; o cuando la decisión de segunda instancia resulta más favorable para los no impugnantes** [Bernal Cuéllar, Jaime y Eduardo Montealegre Lynett. El proceso penal. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 4ª edición, 2002, páginas 320/1].

**En realidad, nada impide que cuando los motivos de inconformidad de un apelante sean predicables también de los no recurrentes, la decisión que se adopte respecto de aquel se aplique igualmente a estos siempre que sea favorable porque, como lo dijo la Sala Penal de la Corte en alguna ocasión, 'a igual razón igual disposición, a idéntico agravio idéntica solución'** [sentencia del 5 de marzo de 1993, radicación número 5.849].

No hacerlo podría conducir, en veces, a situaciones absurdas. Piénsese, por ejemplo, en varios procesados que fueron afectados con una providencia cuyo único sustento probatorio fue una prueba ilícita y solo uno de ellos apela la medida. Porque sería inadmisibles que los demás permanecieran privados de libertad o condenados, no hay duda que el Ad quem estaría habilitado para extender la decisión a los no recurrentes.

En el caso que se examina, el motivo de impugnación aducido por los defensores al sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de situación jurídica se refirió, en general, a la falta de prueba para imponer medida de aseguramiento porque el informe de policía judicial solo puede tenerse como criterio orientador de la investigación y los testimonios de cargo no son creíbles.

El fiscal de segunda instancia limitó su estudio a esos aspectos y concluyó que en efecto no existía prueba para detener. No lo hizo examinando

la situación particular de cada recurrente, sino la fuente de la imputación colectiva, en tanto todos los casos estaban íntimamente vinculados porque los medios de convicción aducidos eran idénticos.

De esta manera, si concluyó que el informe de policía judicial era por entero inadmisibile y que los testimonios de cargo carecían en su integridad de mérito suasorio, la decisión que en consecuencia habría de tomar era predicable respecto de todas las personas que resultaban comprometidas en el informe o con los testimonios, independientemente de su calidad de recurrentes o no recurrentes. Y aplicó, sin decirlo expresamente, aquel aforismo que acaba de recordarse: a idéntico agravio idéntica solución...'<sup>56</sup> (Rad. 14241 del 31 de julio de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### Recurso de apelación

Resulta improcedente contra Resolución de Acusación proferida por los delitos que se juzgan por el procedimiento especial consagrado en la Ley 1058 de 2006.

“...De acuerdo con lo anterior y por efecto de la entrada en vigencia de la mencionada Ley 1058 de julio 26 de 2006, en la que establece **un procedimiento especial** en el Código Penal Militar, y conforme a la ritualidad concebida en el inciso quinto del artículo 579 ejusdem, **contra la resolución de acusación proferida en el marco de ese procedimiento especial, solo procede el recurso de REPOSICIÓN**, por lo que una vez que dicha decisión adquiere firmeza al decidirse ese único recurso, el Fiscal adquiere la calidad de parte, y en consecuencia debe remitirse el proceso al Juzgado de Instancia, para que convoque a audiencia, la cual deberá celebrarse dentro de los ocho (8) días siguientes, término dentro del cual deberán reunirse el Fiscal y el procesado, acompañado de su defensor, con el propósito de acordar si hay posibilidad de aceptar o no los cargos y las consecuencias que de ello se deriven.

Así las cosas, y en completo acuerdo con la Representante del Ministerio Público, se hace imperioso **DEVOLVER** al Despacho A quo el presente asunto

<sup>56</sup> Sentencia del 23 de marzo de 2006, radicado 23.259, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

adelantado en contra del Patrullero **NELSON JAVIER LLANO HERNÁNDEZ**, quien fuera acusado por la presunta comisión del delito de **ABANDONO DEL PUESTO**, que como ya se vio, es de los aquellos previstos en el reformado artículo 578 de la citada codificación a los que debe imprimirse el procedimiento especial allí señalado, para lo de su cargo y competencia funcional, no sin antes advertir que por las razones ya anotadas, el Calificador primario en el presente asunto no ha debido darle trámite al recurso de APELACIÓN interpuesto por el defensor Técnico del procesado, exhortándolo para que proceda más cautelosamente en un futuro ante situaciones procesales similares, para evitar dilaciones injustificadas que van en detrimento de los sujetos procesales...” (Rad. 14267 del 18 de julio de 2012, TC. RUBÉN ORLANDO VARGAS, Fiscal Segundo Penal Militar).

### Testimonio único

Testimonio único válido en cabeza del mismo sujeto pasivo de la acción.

“Se le debe dar total credibilidad al testigo único y quien fue el que recibió el golpe, si de lo que se trata es de valorar las pruebas **la sola declaración del testigo Soldado GONZÁLEZ LOZANO MIGUEL ÁNGEL, es suficiente** pues así lo ha dicho la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de septiembre del 2004, radicado 22366 M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS...

Frente a estas manifestaciones jurisprudenciales y en el caso que aquí nos acompaña es claro que el soldado fue el testigo único de los hechos, **ya que fue sobre el mismo en que acaecieron todas las circunstancias, en las que se vio atropellado** por lo tanto existe una relación directa ente el sujeto activo y el sujeto pasivo de la acción.

Luego existe una relación con el servicio por cuanto el oficial fungía como oficial de servicio y el soldado como centinela, existen todos los elementos necesarios para confirmar la Resolución de Acusación en contra del oficial aquí cuestionado, este Despacho considera que para que se configure el delito no necesariamente deben haber en el ataque lesiones, **con la simple agresión dolosa basta y aquí es claro que se presentó”** (Rad. 11768 del 15 de diciembre de 2.010, TC. CLAUDIA PATRICIA RENTERÍA TENJO, Fiscal Primera Penal Militar).