

Nueva Revista

# Judicial

Tribunal Superior Militar



¡Soldados! “Estas armas que os ha confiado la República, no son para que las empleéis contra el ciudadano pacífico, ni para atropellar las leyes; son para que defendáis su independencia y la libertad, para que protejáis a vuestros ciudadanos y sostengáis invulnerables las leyes que ha establecido la Nación. Si os desviáis de esta senda, contáis con el castigo, cualesquiera que sean vuestros servicios”.

General Francisco de Paula Santander.



## Justicia Penal Militar

**GR. FREDDY PADILLA DE LEÓN**  
Comandante General de las Fuerzas Militares  
Presidente Tribunal Superior Militar  
*Dirección General*

**CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA**  
Vicepresidente Tribunal Superior Militar

**AURORA RAMÍREZ DE ARAOZ**  
Directora Ejecutiva Justicia Penal Militar  
*Subdirección*

**TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA**  
**TC. ISMAEL LÓPEZ CRIOLLO**  
**TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS**  
**CN. (r) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ**  
**MY. (r) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME**  
**S.P. AMANDA MOLINA VILLAREAL**  
**AJ1. LUIS HENRY SILVA RODRÍGUEZ**  
*Comité de Redacción*

**LILIAN POLANÍA ORJUELA**  
**JENNYFER MOLINA SÁNCHEZ**  
Dirección de Arte

Diseño  
**ANDRÉS BUITRAGO**

Impresión  
GRAFISMOS IMPRESORES PBX: 3372582



## “ PRESENTACIÓN “

**EL HOMBRE DE LAS LEYES Y SU  
 LEGADO AL DERECHO MILITAR**

Capitán de Navío

**CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA**

Vicepresidente Tribunal Superior Militar

### **BICENTENARIO**

En el año del Bicentenario de nuestra independencia, cuando la Jurisdicción Penal Militar está en proceso de transformación de sus instituciones y de su legislación, nada más apropiado que rendir un justo tributo al General FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, bien llamado y recordado como el “Hombre de las Leyes”, sin duda alguna uno de los más grandes exponentes de nuestra democracia y del derecho, quien con su lucidez jurídica estableció el imperio de la ley frente al despotismo, contribuyendo a la causa de la libertad como brillante oficial del ejército, conocido por esa bella proclama:

“Las armas os han dado la independencia; las leyes os han dado la libertad”

Convencido que la educación era el soporte del progreso y desarrollo de una nación, se constituyó en el fundador de la educación pública en Colombia. Organizó la enseñanza de las cátedras de derecho público bajo los principios de MONTESQUIEU, incluyendo la compilación del estudio de la Constitución Nacional en las universidades y colegios, explicando en estos últimos las ventajas de esta ley fundamental donde se establecía el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos.



Era del parecer que la nueva nación debía reemplazar las viejas formas jurídicas por una legislación basada en principios simples y racionales, principios tomados del filósofo y abogado JEREMÍAS BENTHAM y de obras como el “Tratado de Legislación Civil y Penal”, como obra de estudio obligatorio en las facultades de jurisprudencia, además de su código ético que permitió formar una generación de funcionarios públicos eficientes y hombres honestos, dando apertura a nuevas sendas del pensamiento, especialmente en materia del derecho y en particular de la jurisprudencia.

En el ejercicio de la actividad gubernamental, Santander estableció los tribunales y organizó la administración de justicia, dirigiendo el Estado hacia una orientación eminentemente jurídica, basada en normas fundamentadas en los derechos individuales.

En el año de 1830 visitaría a JEREMIAS BENTHAM quien le obsequiaría una de sus obras: “El proyecto de Código Militar para el ejército de tierra y para la marina”, obra que sin lugar a dudas jugaría un papel preponderante en la magna tarea que el presidente JOSÉ IGNACIO DE MARQUEZ le encomendaría: la redacción de un Código Militar, lamentablemente adelantada sólo en la primera parte debido a su ya deteriorada salud.

Pero su aporte en el campo del derecho no quedó allí. El 27 de junio de 1837, en el gobierno del mismo JOSÉ IGANCIO DE MARQUEZ fue sancionado por el ejecutivo un Código Penal que constituyó el primer conjunto sistemático de disposiciones sobre la materia que se conoció en Colombia, y que estuvo vigente hasta 1938 con algunas modificaciones, normas tomadas del Código Napoleónico y del español de 1822. El aporte de Santander estuvo en las objeciones presidenciales que presentó al proyecto inicial de Código Penal con la siguiente observación:

“...tal código es de una importancia vital. Con el mayor cuidado se ha examinado este proyecto como que de su aplicación penden el honor y la vida de los granadinos, la seguridad del Estado, la moral pública y la libertad individual. No podemos, ni vosotros ni yo, gozarnos anticipadamente de que este código sea una obra perfecta pero sí podemos pensar que es mejor que el que hoy rige entre nosotros en materia de legislación penal. Mas para que produzca todos los buenos efectos que prometemos, son indispensables dos leyes con las cuales está íntimamente ligado; la de procedimiento criminal y la que organice bajo un régimen riguroso y efectivo los presidios donde deben cumplirse las penas de trabajos forzados”

El proyecto de Código Penal sería modificado sustancialmente al examinarse y adoptarse las enmiendas y modificaciones propuestas por SANTANDER con 228 objeciones, las cuales serían acogidas por el Congreso Neogranadino, comentándose que dicha normatividad no debería llamarse código de MARQUEZ, sino en justicia y méritos “Código de MARQUEZ y SANTANDER”

Una vez nombrado Vicepresidente por el general BOLÍVAR, SANTANDER no volvería a desenfundar su espada y gobernaría a partir de ese momento con la Constitución y la Ley.

Cuenta la historia como anécdota que un grupo de oficiales se presentó al despacho del Vicepresidente para saludarlo, encontrando sobre su escritorio su sable desnudo y sobre él la constitución de la República. SANTANDER viendo la sorpresa de sus visitantes les explicó:

“Eso significa que de ahora en adelante la espada de los libertadores debe estar sometida a la Constitución y las leyes de la República”.

Estos antecedentes históricos que se acaban de rememorar, son el fundamento de la portada que ha venido engalanado nuestra “REVISTA JUDICIAL” donde en su fondo aparece el manuscrito del general SANTANDER, tomado del “Proyecto de Código Militar para la Nueva Granada” así como la espada reposando sobre el mencionado texto. Es precisamente esta simbología el homenaje que se le rinde al Hombre de las Leyes.

Fue el mismo Libertador quien reconoció su obra en uno de tantos escritos que le dirigió al Vicepresidente, esta vez desde Arequipa Perú, el 08 de junio de 1825.

“El ejército de campo, y V.E. en la administración, son los autores de la existencia de la libertad de Colombia. El primero ha dado la vida al suelo de sus padres y de sus hijos, y V.E. la libertad, porque ha hecho regir las leyes en medio del ruido de las armas y las cadenas”.

El mejor referente que tenemos sobre estos acontecimientos está en el texto de PILAR MORENO DE ANGEL en su biografía del General SANTANDER donde realiza la semblanza, el carácter, la templanza y el carisma de quien debe ser el digno adalid de nuestra justicia penal militar.

La realidad histórica tiene mucha semejanza al día de hoy, ad portas de la expedición de un nuevo Código Penal Militar que actualiza su normatividad con el derecho penal, procesal penal y con la misma justicia penal militar en América Latina, dentro de un modelo de estado social y democrático de derecho que reclama el apego a la Carta Política y a sus principios.

La Justicia Penal Militar debe ser vista dentro de ese marco Constitucional como lo dispone el artículo 116 de la Carta, como parte integral de la administración de justicia, ésta especializada y con destinatarios especialísimos quienes por su condición deben tener un tratamiento diferente dentro del contexto del fuero penal militar, pero bajo los principios rectores de la justicia.

Esta nueva era de la Justicia Penal Militar nos obliga a forjar y asegurar el futuro de la jurisdicción. Quienes la administramos hoy somos los voceros del “Hombre de las Leyes” a quien debemos rendirle culto con una recta y proba administración



de justicia, siendo estudiosos del derecho penal, del derecho militar, de la jurisprudencia de nuestras Cortes, y firmes conocedores de nuestra Constitución, como siempre lo quiso Santander de las aulas de las facultades de derecho.

La Jurisdicción Penal Militar hace parte de la institucionalidad, obedece a un mandato constitucional en virtud del fuero militar, que no constituye manto de impunidad como lo indican algunos críticos, sino en un derecho fundado en la Carta Política, pues como bien lo ha reiterado la Honorable Corte Constitucional: “La finalidad esencial del fuero militar es que dentro de los marcos de la Constitución, los miembros de la Fuerza Pública estén cubiertos en sus actividades de servicio por un régimen jurídico penal especial tanto sustantivo como procedimental, que sea acorde con la especificidad de la organización y funcionamiento de la Fuerza Pública”.

El momento histórico obliga a defender la Institución del fuero militar bajo los preceptos plasmados por el Constituyente primario en la Carta Política y en las mismas decisiones de quien ha velado por su integridad, dentro de los principios democráticos que lo consagran, garantizando la seguridad jurídica, el principio de legalidad y del juez natural que de él se derivan.

Al hacer dejación del cargo de Vicepresidente del Tribunal Superior Militar el cual ocupé durante dos años, presenté mis más sinceros agradecimientos al señor Comandante General de las Fuerzas Militares y Presidente de la Corporación, así como a los honorables Magistrados y a los demás integrantes por el voto de confianza y apoyo que me brindaron durante mi gestión. Esta labor como tiene que ser, estuvo encaminada al engrandecimiento de nuestro Tribunal, especialmente en nuestra principal función: administrar pronta y oportuna justicia, con decisiones juiciosas que marquen un derrotero en la doctrina y la jurisprudencia, especialmente en materia de los delitos típicamente militares y militarizados. Esta revista es una muestra de nuestro trabajo, que se constituye en precedente judicial para la primera instancia.

No podemos olvidar esa máxima que nos dejó Sócrates:

*“Cuatro características corresponden al juez: Escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente”.*

### *Bibliografía:*

- Pilar Moreno de Angel, *Biografía General Santander*
- *Vida y Obra General Francisco de Paula Santander, Banco de la República*



## RECONOCIMIENTO

Con sentido agradecimiento despide hoy el Tribunal Superior Militar a cinco de sus colaboradores que cumplen su tiempo de servicio y derecho a pensión. Son ellos, la Doctora NELLY ROCÍO YEPES MAYORGA, AJ1. LUIS HENRY SILVA RODRÍGUEZ, AJ1. HERNÁN REYES GÓMEZ, la señora SP. PILAR ACOSTA BENAVIDES y ESC. JOSÉ EDUARDO BOHORQUEZ HERNÁNDEZ, quienes sobresalieron por su destacada labor y servicio a la Fuerza Pública y a nuestra Justicia Penal Militar, instituciones a las cuales les brindaron los mejores años de su vida con dedicación, abnegación y voluntad de servicio.

Gratitud tiene hoy la Corporación con la Doctora ROCÍO YEPES MAYORGA, quien laboró inicialmente como Oficial Mayor y luego como Secretaria de la Corporación, destacándose por su firmeza, cumplimiento del deber, organización y excelente desempeño, cualidades que le fueron reconocidas con la medalla de la Justicia Penal Militar y con su destacada hoja de vida.

Los señores AJ1. LUIS HENRY SILVA RODRÍGUEZ, AJ1. HERNÁN REYES GÓMEZ, cumplieron una sobresaliente labor como Asistentes Judiciales, su trabajo está reflejado en los proyectos y sustanciación de las providencias que hoy reposan en los precedentes judiciales, con su juicioso estudio e inquietud permanente por el conocimiento jurídico y actualización en la jurisprudencia de las Altas Cortes. Dejan profunda huella de lealtad, compromiso y cumplimiento del deber.

La señora SP. PILAR ACOSTA BENAVIDES, al cumplir su tiempo de servicio en nuestro Ejército Nacional, solicitó su retiro de la Institución. Su voluntad permanente de servicio, la caracterizaron durante los cinco años que laboró en la segunda

instancia en los diferentes cargos que ocupó, con un alto sentido de compromiso y pertenencia que merecen el reconocimiento especial de sus compañeros.

Así mismo, el señor ESC. JOSÉ BOHORQUEZ, Escribiente – Notificador, deja su cargo; persona de excelsas virtudes personales y profesionales, con sentido estricto del cumplimiento del deber y de la lealtad, que le han permitido ganarse el respeto y aprecio de sus compañeros.

A ellos, este merecido tributo por sus servicios al Tribunal Superior Militar desde esta publicación oficial como lo es nuestra Revista Judicial.



## TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR 2010



*Izquierda a Derecha línea superior:*

TC. Camilo Andrés Suárez Aldana  
CN. (R) Jorge Iván Oviedo Pérez  
CN. Carlos Alberto Dulce Pereira  
TC. Pedro Gabriel Palacios Osma  
TC. Ismael Enrique López Criollo  
MY. (R) José Liborio Morales Chinome  
TC. Fabio Enrique Araque Vargas

*Izquierda a Derecha línea inferior:*

CR. María Paulina Leguizamón Zárate  
MY. (R) Marycel Plaza Arturo  
MY. Noris Toloza González  
TC. Jacqueline Rubio Barrera



## ÍNDICE ALFABÉTICO GENERAL

### **ABANDONO DE COMANDOS ESPECIALES**

Elementos del tipo.

Rad. 156005, 11 de marzo de 2010

MP.CN.® JORGEIVÁNOVIEDOPÉREZ.....19

### **ABANDONO DEL PUESTO.**

El Reglamento de Servicio de Guarnición, desarrolla el ingrediente normativo del tipo.

Rad. 155581, 22 de septiembre de 2009

MP.TC.JACQUELINERUBIOBARRERA.....20

### **ABANDONO DEL PUESTO**

La disponibilidad es un servicio.

Rad.151212, 13 de junio de 2009

MP.MY® MARYCELPLAZAARTURO.....21

### **ABANDONO DEL PUESTO**

El error de tipo en el abandono del puesto.

Rad.156203, 11 de noviembre de 2009

MP.MY® MARYCELPLAZAARTURO.....21

### **ABANDONO DEL SERVICIO DE SOLDADOS PROFESIONALES Estructuración.**

Rad. 153811, 20 de octubre de 2009

MP.TC.ISMAELENRIQUELOPEZCRIOLLO.....23

### **ABUSO DE AUTORIDAD**

Debe ser interpretado de manera amplia y sistemática.

Rad. 154451, 17 de diciembre de 2009

MP.MY.® JOSÉLIBORIOMORALESCHINOME.....24

### **ABUSO DE AUTORIDAD POR OMISIÓN DE DENUNCIA**

Requiere necesariamente querrela de parte, aunque la ley al momento de los hechos no lo exigiera.

Rad.155786, octubre 29 de 2009

MP.TC.CAMILOANDRÉSSUÁREZALDANA.....25

### **ACCIONES A PROPIO RIESGO**

La imputación objetiva, como mecanismo de solución en casos de convergencia de conductas imprudentes.

Rad. 155960, 14 de abril de 2010

MP.TC.FABIOENRIQUEARAQUEVARGAS.....26

### **ACTOS DEL SERVICIO**

Hacen parte de ellos las relaciones generales y la formación de personal

Rad. 155828, 12 de marzo de 2010

MP.TC.CAMILOANDRÉSSUÁREZALDANA.....28

## **APLICACIÓN DE INSTITUTOS DE LA LEY 906 DE 2004 EN EL PROCESO PENAL MILITAR**

Su procedencia obedece a su no imposición con la ley penal militar.

Rad. 155246, octubre 20 de 2009

MP.TC.CAMILOANDRÉSSUÁREZALDANA.....29

### **ATAQUE AL SUPERIOR**

Fines de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Rad.156327, 9 de febrero de 2010

MP.My®MARYCELPLAZAARTURO.....30

### **ATAQUE AL SUPERIOR EN LA MODALIDAD DE AMENAZAS**

Elementos para su configuración.

Rad. 155890, 25 de noviembre de 2009

MP.CN.CARLOSALBERTODULCEPEREIRA.....31

### **ATAQUE AL SUPERIOR O INFERIOR**

Bilateralidad típica, agresiones físicas mutuas.

Rad. 151758, 23 de octubre de 2009

TC.JACQUELINERUBIOBARRERA.....32

### **AUTO DE INICIO A JUICIO**

Naturaleza jurídica. Es un auto de sustanciación que no requiere ser notificado.

Rad. 155779, 30 de octubre de 2009

M.P.TC.ISMAELENRIQUELÓPEZCRIOLLO.....33

### **CAMBIO DE COMPETENCIA**

Gozarán de legitimidad las diligencias practicadas por cualquier juez, aún cuando haya cambiado la competencia.

Rad. 150815, 22 de octubre de 2009

MP.CN.CARLOSALBERTODULCEPEREIRA.....34

### **CALIFICACIÓN**

En el proceso penal militar no es legalmente posible efectuar la variación de la calificación jurídica en el juicio.

Rad. 155789. 09 de noviembre de 2009

M.P.TC.ISMAELENRIQUELÓPEZCRIOLLO.....35

### **CAMBIO DE RADICACIÓN**

La solicitud es una carga exclusiva del interesado.

Rad. 156027, 11 de agosto de 2009

MP.TC.JACQUELINERUBIOBARRERA.....36

### **CARGA DE LA PRUEBA**

Al procesado no le corresponde probar su propia inocencia.

Rad. 156017, 13 de agosto de 2009

MP.TC.JACQUELINERUBIOBARRERA.....36

### **CAUCIÓN**

Como medida de aseguramiento y como prenda para garantizar la libertad provisional. Consecuencias de su incumplimiento.

Rad.155941, 16 de septiembre de 2009

MP.My®MARYCELPLAZAARTURO.....37



## **CIERRE DE LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN**

En la justicia penal militar si es posible decretar cierres parciales.

Rad. 156007, 26 de febrero de 2010

M.P.TC. ISMAELENRIQUELÓPEZCRIOLLO.....39

## **COMPETENCIA**

La falta de competencia releva al funcionario de cualquier pronunciamiento.

Rad.155975, 25 de marzo de 2010

MP.My®MARYCELPLAZAARTURO.....40

## **COMPETENCIA DEL FISCAL PENAL MILITAR**

El acto administrativo que asigna nomenclaturas y despachos ante quienes ejerce su función, no sugiere asignación.

Rad. 155851, 25 de marzo de 2010

MP.TC.FABIOENRIQUEARAQUEVARGAS.....42

## **CONCUSIÓN**

Abuso de Autoridad Especial con denominación propia, derivado directamente de las funciones o del cargo.

Rad. 153827, 16 de febrero de 2010

MP.MY.®JOSÉLIBORIOMORALESCHINOME.....43

## **CONCUSIÓN**

La Concusión, se perfecciona con el simple cumplimiento de la acción descrita, no es necesario la obtención del producto exigido.

Rad. 154691, 28 de Enero de 2010

MP. TC PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA.....43

## **CONCUSIÓN**

Relación con el servicio Fuero Penal Militar.

Rad. 153522, 16 de septiembre de 2009

M.P.TC. ISMAELENRIQUELOPEZCRIOLLO.....44

## **CONDUCTA DOLOSA**

La conducta realizada con conocimiento de los hechos constitutiva de delito y con voluntad de conciencia final es dolosa y no culposa.

Rad. 156167, 27 de octubre de 2009

MP.TC.CAMILOANDRÉSSUÁREZALDANA.....45

## **CONDUCTAS CONEXAS EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL**

Rad. 155879, 26 de marzo de 2010

MP. TC PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA.....45

## **DEBIDO PROCESO**

Nulidad de la sentencia por indefinición de la situación jurídica del procesado.

Rad. 155510, 24 de agosto de 2009

MP.CN.CARLOSALBERTODULCEPEREIRA.....46

## **DEBIDO PROCESO**

Se afecta por la no comunicación de apertura de la investigación y la vinculación tardía de los procesados.

Rad. 156121 30 de septiembre de 2009

MP.CN.®JORGEIVÁNOVIEDOPÉREZ.....47

### **DEFINICIÓN DE SITUACIÓN JURÍDICA**

Su imputación es de carácter provisional.

Rad. 155927, 17 de diciembre de 2009

MP.CN.®JORGEIVÁNOVIEDOPÉREZ.....49

### **DELITOS CONTRA EL SERVICIO**

El ejercicio de la función permite diferenciar un delito del centinela del abandono del puesto.

Rad, 156393, 09 de marzo de 2010

MP.TC.CAMILOANDRÉSSUÁREZALDANA.....50

### **DELITO DEL CENTINELA**

Las consignas particulares hacen parte de una de sus modalidades.

Rad. 155422, 23 de julio de 2009

CN.®JORGEIVÁNOVIEDOPÉREZ.....51

### **DOSIFICACIÓN PUNITIVA**

Concurrencia de rebajas de pena por causales objetivas y subjetivas.

Rad.155003, 30 de octubre de 2009

MP.My®MARYCELPLAZAARTURO.....52

### **EL CASO FORTUITO**

Interrumpe el curso normal de la acción en el delito imprudente.

Rad. 159999, 25 de marzo de 2010

MP.TC.FABIOENRIQUEARAQUEVARGAS.....53

### **EL RIESGO PERMITIDO**

Sus efectos en el deber objetivo de cuidado.

Rad. 155099, 27 de noviembre de 2009

MP.TC.CAMILOANDRÉSSUÁREZALDANA.....54

### **ERROR DE PROHIBICIÓN**

La actualización del conocimiento por parte del Centinela.

Rad. 155420, 12 de agosto de 2009

MP.CN.®JORGEIVÁNOVIEDOPÉREZ.....55

### **ERROR DE PROHIBICIÓN VENCIBLE**

Frente a la Coautoría Aditiva.

Rad. 154454, 27 de octubre de 2009

MP.CN.CARLOSALBERTODULCEPEREIRA.....57

### **EXTINCIÓN DE LAS PENAS**

Privación del Derecho a la Tenencia y Porte de Armas de Fuego de conformidad con los artículos 109 y 120 del Código Penal, es una pena principal concurrente de la prisión y la multa.

Rad. 151753, 02 de marzo de 2010

MP.CN.CARLOSALBERTODULCEPEREIRA.....61

### **FALSA ALARMA.**

Antijuridicidad.- Para que sea punible debe afectar o poner en peligro la seguridad de la Fuerza Pública.-

Rad. 155861, 15 de octubre de 2009,

MP.TC.ISMAELENRIQUELOPEZCRIOLLO.....62



## **FALSA ALARMA**

Elemento subjetivo para su configuración.

Rad. 155717, 15 de octubre de 2009

MP.TC.JACQUELINERUBIOBARRERA.....63

## **FAVORECIMIENTO EN LA FUGA DE PRESOS**

La evasión de un menor de edad por negligencia del custodio es atípica si se tiene en cuenta que en contra de estos no procede ni la detención ni la condena.

Rad.156003, 25 de marzo de 2010

MP.TC.ISMAELENRIQUELOPEZCRIOLLO.....64

## **FISCALES PENALES MILITARES**

Cumplen su función ante el juez de conocimiento ante el cual son designados.

Rad. 156114 30 de septiembre de 2009

MP.CN.\*JORGEIVÁNOVIEDOPÉREZ.....65

## **FUGA DE PRESOS**

El director del establecimiento también puede ser sujeto activo de este delito.

Rad. 155410, 16 de julio de 2009

MP.CN.\*JORGEIVÁNOVIEDOPÉREZ.....66

## **FINES INDAGACIÓN PRELIMINAR**

La falta de investigación integral, no constituye el presupuesto de la duda.

Rad. 156132, 26 de febrero de 2010

MP.CR.MARÍAPAULINALEGUIZAMÓNZÁRATE.....67

## **FISCAL PENAL MILITAR**

Obligación de acatar el auto que dispone la práctica de más pruebas necesarias para la calificación.

Rad. 155338, 22 de febrero de 2010

M.P.TC.ISMAELENRIQUELÓPEZCRIOLLO.....70

## **HIPÓTESIS DE CONDUCTAS DE OMISIÓN DE DENUNCIA SE IMPUTA**

Juicio de imputación en los delitos de comisión por omisión.

Rad.155479, 24 de marzo de 2010

MP.TC.CAMILOANDRÉSSUÁREZALDANA.....72

## **HOMICIDIO EN COMBATE**

El Derecho Internacional Humanitario, como fuente de interpretación en delitos causados en situación de conflicto.

Rad. 155439, 26 de febrero de 2010

MP.TC.FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS.....73

## **IMPEDIMENTO**

Asesor jurídico disciplinario, está impedido para actuar en el mismo asunto, como funcionario en la Justicia Penal Militar.

Rad.156369, 08 de febrero de 2010

MP.TC.CAMILOANDRÉSSUÁREZALDANA.....77

**IMPEDIMENTO**

Las causales son taxativas, en consecuencia no todo escrúpulo o inquietud espiritual del juzgador basta para separarlo del asunto.

Rad. 152831, 21 de enero de 2010  
 MP.CN. CARLOSALBERTODULCEPEREIRA.....78

**IMPUTACIÓN OBJETIVA**

Acciones a propio riesgo.

Rad. 155605, 25 de marzo de 2010  
 MP.TC. CAMILOANDRÉSSUÁREZALDANA.....79

**INVESTIGACIÓN INTEGRAL**

Se debe determinar el estado de imputabilidad o inimputabilidad del procesado.

Rad. 156392, 09 de marzo de 2010  
 MP.TC. ISMAELENRIQUELÓPEZCRIOLLO.....80

**JUEZ PENAL MILITAR, FUNGE TAMBIÉN COMO JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS**

No viola el principio de legalidad.

Rad. 156271, 15 de marzo de 2010  
 MP.TC. CAMILOANDRÉSSUÁREZALDANA.....80

**JUICIO**

Improcedencia de la cesación de procedimiento por causales subjetivas. Iniciado el juicio no es procedente la terminación anticipada del proceso por causales subjetivas, por ser tema de debate en la audiencia de corte marcial y objeto de sentencia.

Rad. 148962, 15 de febrero de 2010  
 MP.CN. CARLOSALBERTODULCEPEREIRA.....81

**LA DISCIPLINA**

No se circunscribe a los límites de una instalación militar o policial, sino en todo acto del servicio.

Rad. 152792 30 de octubre de 2009  
 MP.CN. @JORGEIVÁNOVIEDOPÉREZ.....82

**LA DUDA**

Como fundamento para cesar procedimiento, difiere de la duda como presupuesto para definir conflictos de jurisdicciones.

Rad. 154187, 13 de julio de 2009  
 MP.TC. JACQUELINERUBIOBARRERA.....83

**LA INIMPUTABILIDAD**

Es un concepto jurídico y no médico que corresponde al funcionario declararla.

Rad. 155519, 16 de febrero de 2010  
 MP.TC. CAMILOANDRÉSSUÁREZALDANA.....84

**LEGÍTIMA DEFENSA**

Quien ejecute el comportamiento amparado en la legítima defensa, no realiza el tipo subjetivo. Requisitos.

Rad. 154239, 26 de marzo de 2010  
 MP. TC PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA.....85



## LESIONES PERSONALES

En la Justicia Penal Militar no procede la cesación de procedimiento por reparación integral cuando la incapacidad médico legal supere los treinta días o haya secuelas.

Rad.155829, 29 de enero de 2010

MP.My®MARYCELPLAZAARTURO.....86

## LESIONES PERSONALES CULPOSAS

Constituye falta al deber objetivo de cuidado exigible jugar con el arma de dotación.

Rad. 155972, 23 de febrero de 2010

MP.CN.CARLOSALBERTODULCEPEREIRA.....87

## MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Fines, especialidad Justicia Penal Militar.

Rad. 155600, 10 de septiembre de 2009

MP.TC.JACQUELINERUBIOBARRERA.....87

## MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

Prevalencia de los contenidos formales legales y materiales sustanciales para su imposición.

Rad. 156190, 10 de noviembre de 2009

MP.TC.CAMILOANDRÉSSUÁREZALDANA.....89

## MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

La forma de motivación genera nulidad

Rad. 155637, 26 de febrero de 2010

MP.TC.ISMAELENRIQUELOPEZCRIOLLO.....89

## MULTA

El pago de la sanción pecuniaria de multa impuesta al procesado comienza a correr desde su imposición, no siendo procedente su condonación, al no configurarse ésta en una deuda civil.

Rad. 151754, 28 de septiembre de 2009

MP.CN.CARLOSALBERTODULCEPEREIRA.....91

## MULTA

Su exoneración no es procedente por principio de legalidad.

Rad. 154831, 04 de agosto de 2009

MP.TC.JACQUELINERUBIOBARRERA.....92

## NULIDAD

Error en el nombre del procesado no genera su declaratoria.

Rad. 155669, 30 de septiembre de 2009

MP.TC.JACQUELINERUBIOBARRERA.....92

## NULIDAD

No es procedente decretarla en la audiencia de corte marcial sin tener en cuenta los principios que la rigen, así como los efectos de convalidación de los actos irregulares.

Rad. 155370, 08 de julio de 2009

MP.CN.CARLOSALBERTODULCEPEREIRA.....93

## OMISIÓN EN EL ABASTECIMIENTO

Relación funcional del sujeto activo con la obligación.

Rad. 156151, 30 de noviembre de 2009

MP.TC.CAMILOANDRÉSSUÁREZALDANA.....94



### **PECULADO CULPOSO**

Comandante de Estación de Policía. Relación funcional con los bienes bajo custodia.  
 Rad. 155570, 23 de marzo de 2010  
 MP.MY.® JOSÉ LIBORIO MORALES SCHINOME.....95

### **PECULADO CULPOSO**

La prescripción en el peculado culposo. Delitos comunes, militares y militarizados.  
 Rad. 155827, 29 de enero de 2010  
 MP.MY.® MARYCEL PLAZA ARTURO.....97

### **PECULADO POR APROPIACIÓN**

También se estructura con la existencia de una relación de hecho del funcionario con la cosa.  
 Rad. 156036, 18 de marzo de 2010  
 MP.TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS.....99

### **PRÁCTICA DE PRUEBAS**

Para el juez de instrucción es un imperativo practicar las pruebas ordenadas por el fiscal penal militar, conforme a lo establecido en el artículo 553 del C.P.M.  
 Rad. 156281, 15 de enero de 2010,  
 MP.MY.® MARYCEL PLAZA ARTURO.....101

### **PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL**

En el delito de desertión, la acción penal prescribe un (1) año después de la ejecutoria de la resolución de acusación.  
 Rad. 155900, 25 de marzo de 2010  
 M.P.TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO.....101

### **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD**

Tratamiento cuando se trata de menores de edad. Afectación de derechos.  
 Rad. 155855, 27 de julio de 2009  
 MP.CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA.....103

### **PROCEDIMIENTO ESPECIAL**

El juez puede decretar pruebas y debe darle igual oportunidad a los sujetos procesales para solicitarlas.  
 Rad. 155494, 23 de julio de 2009  
 CN.® JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ.....103

### **PROCEDIMIENTO ESPECIAL**

Nulidad de la actuación penal por omisión de la ritualidad establecida en el C.P.M. para el juzgamiento de delitos especiales.  
 Rad. 155812, 16 de diciembre de 2009  
 M.P.TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO.....104

### **PROCEDIMIENTO ESPECIAL LEY 1058 DE 2006**

Trámite procesal- Nulidad por transgresión al debido proceso y derecho de defensa ante la indebida remoción del defensor de confianza sin anuencia del procesado.  
 Rad. 155989, 09 de febrero de 2010  
 MP.CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA.....106



## PROCEDIMIENTO ESPECIAL/NULIDAD

Debido proceso – Entidad jurídica de la figura de aceptación de cargos – Principios que orientan las nulidades.

Rad. 156355, 26 de Febrero de 2010

MP.CR.MARÍAPAULINALEGUIZAMÓNZÁRATE.....107

## PRUEBAS

Es al Juez a quien corresponde evaluar su conducencia y pertinencia.

Rad. 156311, 15 de marzo de 2010

MP.TC.CAMILOANDRÉSSUÁREZALDANA.....109

## QUERELLA

La ausencia formal de la querella no constituye de por sí una transgresión trascendente del debido proceso.

Rad. 154812, 25 de noviembre de 2009

MP.CN.CARLOSALBERTODULCEPEREIRA.....109

## REBAJA DE PENA

No son incompatibles las rebajas punitivas por confesión y aceptación de cargos, deben calcularse cronológicamente sobre los remanentes de la pena una vez determinada.

Rad.156353, 24 de febrero de 2010

MP.MY®MARYCELPLAZAARTURO.....110

## RECURSO DE APELACIÓN.

Motivación del recurso de alzada.

En su sustentación debe concretarse el tema y los aspectos del disenso.

Rad. 156044, 17 de marzo de 2010

MP.CN.CARLOSALBERTODULCEPEREIRA.....112

## SENTENCIA EN LA LEY 1058 DE 2006.

Su no motivación implica declaratoria de nulidad.

Rad. 155889, 8 de julio de 2009

MP.CN.®JORGEIVÁNOVIEDOPÉREZ.....113

## TASACIÓN DE LA PENA

El proceso de tasación judicial no constituye un acto discrecional o caprichoso del Juez.

Rad. 155348, 23 de marzo de 2010

MP.MY.®JOSÉLIBORIOMORALESCHINOME.....114

## TIPOS PENALES MILITARES EN BLANCO

Alcance de las normas de reenvío.

Rad. 155741, 26 de enero de 2010

MP.CN.CARLOSALBERTODULCEPEREIRA.....115

## USO INDEBIDO DE UNIFORMES

Es un delito eminentemente doloso que para ser punible requiere que afecte o ponga en peligro la seguridad de la Fuerza Pública.

Rad. 155699, 05 de octubre de 2009

M.P.TC.ISMAELENRIQUELOPEZCRIOLLO.....116

## ABANDONO DE COMANDOS ESPECIALES

### Elementos del tipo.

“(...) el delito de Abandono de Comandos Especiales es de aquellos tipos denominados subordinados, ya que como lo refiere el profesor LUIS FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, ésta clase de tipos refieren a un tipo básico especial, señalando determinados elementos o aspectos que califican la conducta, los sujetos, o el objeto descrito en ellos; por ello, se presenta una aplicación de aquél (el básico), a la que se agrega como aditamento la norma que contiene la suplementaria peculiaridad.

Pues bien, el procesado fue investigado, acusado, juzgado, y condenado por el delito de Abandono de Comandos Especiales, tipo de mera conducta que contempla un supuesto de hecho, que debe complementarse con el supuesto de hecho contemplado en el artículo 121 del Código Penal Militar, que trata de delito de abandono del Comando. Lo anterior significa que la tipicidad de la conducta, como en este caso, debe evaluarse frente al supuesto contenido del artículo 121 (El que sin justa causa no ejerza las funciones propias del comando, jefatura o dirección por más de veinticuatro (24) horas consecutivas en tiempo de paz, o por cualquier tiempo en estado de guerra exterior, conmoción interior, o grave calamidad pública), con el agregado del artículo 123 de la misma obra. Esto significa que en principio, quien puede ser sujeto activo del Abandono del Comando es el uniformado en servicio activo que siendo comandante, o jefe de jefatura o director, “sin justa causa no ejerza las funciones propias”, pero el artículo 123 modificó la calidad de sujeto activo, contemplando nuevas categorías. Es decir, el supuesto de hecho lo debe realizar un comandante de base, de patrulla, de contraguerrilla, de tropa de asalto y de “demás unidades militares de policía”, pero además dos elementos descriptivos adicionales: el comprometimiento en operaciones militares, y que tal comprometimiento esté vinculado con a) el mantenimiento del orden público, b) guerra, o c) conflicto armado.

En conclusión, si se trata de hacer un catálogo de los elementos del Abandono de Comandos Especiales, debe considerarse en el aspecto objetivo, al sujeto (Militar o Policial en servicio activo que sea Comandante de Base, Patrulla, Contraguerrilla, Tropa de Asalto, o Comandante de Unidad Militar o de Policía); la acción (el no ejercer las funciones propias); exteriorización -a cambio del resultado en otros delitos- (la dejación de las funciones propias); el nexo de causalidad determinante (vínculo entre el resultado producido o exteriorización y la acción desplegada, esto es, entre el no ejercicio de las funciones y la dejación de las mismas); el bien jurídico protegido (el Servicio); los medios (responde a la pregunta del cómo se llegó a la dejación de las funciones propias); el momento de la acción (él cuándo de la acción: tiempo de paz, guerra exterior, conmoción interior o calamidad pública grave); el lugar de la acción (el dónde de la conducta); y otros componentes: (i) comprometimiento en operaciones militares, y (ii) operación militar relacionadas con el mantenimiento del orden público, guerra o conflicto armado. Igualmente



que la acción lo sea por más de 24 horas consecutivas si se trata de tiempo de paz, y por cualquier tiempo si se trata guerra exterior, conmoción interior, o grave calamidad pública.

Corolario de lo anterior el no ejercicio de las funciones propias, ésta sujeto a elementos descriptivos, como el trascurso del tiempo (más de 24 horas consecutivas o cualquier tiempo), (a) en tiempo de paz, (b) en conflicto internacional, (c) conmoción interior, ó (d) grave calamidad pública. Así, aquellos elementos sirven para establecer el tiempo durante el cual se hace relevante para el derecho penal la dejación de los deberes propios (24 horas o cualquier tiempo), mientras que estos son otros elementos descriptivos propios del tipo objetivo.” **(Rad. 156005 11 de marzo de 2010, MP. CN. © JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

• • •

### **ABANDONO DEL PUESTO.**

**El reglamento de servicio de guarnición, desarrolla el ingrediente normativo del tipo.**

(...) los tipos penales propiamente militares son preceptos en blanco, esto es, que no están completos, y es necesario la remisión a otra fuente normativa para perfeccionar su contenido, como sucede en este caso, pues como lo resalta la defensa, para determinar si se configuró el delito de abandono del puesto, endilgado a TE. P.L.D. se hace imprescindible acudir al Reglamento de Servicio de Guarnición para las Fuerzas Militares, a fin de establecer si el citado militar fue nombrado como “oficial de servicio” conforme a las exigencias que para tal efecto impone el citado reglamento, normatividad ésta cuyo objetivo y alcance es fijar las normas y procedimientos que deben cumplir los comandos, unidades y personal de las Fuerzas Militares en desarrollo de sus actividades específicas en una guarnición, y preceptúa que el control y cumplimiento de dichas normas es responsabilidad de los comandantes de la guarnición<sup>1</sup>.

(...) según la citada normatividad el “oficial de servicio” en representación del respectivo Comando de la Unidad o Repartición ejerce funciones administrativas de régimen interno y seguridad, y “es nombrado por la Orden del Día de la Unidad respectiva, por un término máximo de veinticuatro horas y mínimo de doce (12) horas”<sup>2</sup>.

(...)Para el caso en estudio, el referido reglamento, además de señalar los procedimientos que deben cumplir las autoridades militares para el desarrollo de tareas específicas en las guarniciones militares, son su soporte legal, y dan seguridad

<sup>1</sup> Sección A, Reglamento de Servicio de Guarnición, FF. MM. 3-9, PUBLICO, 38, quinta edición, 1975, p.5

<sup>2</sup> Reglamento de Servicio de Guarnición, FF. MM. 3-9, PUBLICO, Sección K, 38, quinta edición, 1975, p.33

jurídica y legitimidad tanto a los miembros de las Fuerzas Militares que los ordenan y a quienes los cumplen, y en el campo penal militar son de vital importancia, pues en la práctica condicionan la tipicidad de los delitos militares, habida cuenta que se constituyen en fuente normativa de obligatorio reenvío para el intérprete a fin de completar los supuestos de hecho en cada caso concreto. **(Rad. 155581, 22 de septiembre de 2009, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

• • • •

## ABANDONO DEL PUESTO

La disponibilidad es un servicio.

“(…)La organización de los turnos en aquella Estación de Policía como puede observarse, guarda coherencia con lo dispuesto en el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional <sup>3</sup>, donde se establece que los turnos de vigilancia ordinaria se prestarán en los siguientes horarios: “Cuarto turno. De las 19:00 a las 01:00 horas.”

Ahora, la disponibilidad según el Reglamento de Servicios de Guarnición para la Policía Nacional <sup>4</sup> comprende a la persona, vehículo, aeronave, animal o cosa que se encuentra en condiciones de servicio, para ser empleado en cualquier momento.

Es así entonces que entendida de esta manera, la disponibilidad también es un servicio y como tal exige a quien se encuentra designado para el mismo, su cumplimiento. Este servicio, como en reiteradas oportunidades el Tribunal Superior Militar lo ha sostenido, se acata con el cumplimiento de cualquier actividad así sea la de descansar, siempre que el personal esté atento a la orden del superior para intervenir en asuntos propios del servicio, y presto para atender las novedades que se pudieran presentar frente a la alteración del orden público, y no se entendería de otro modo, que esa disponibilidad se deba prestar en las mismas instalaciones de la Estación de Policía y no en otro lugar. **(Rad.151212, 13 de junio de 2009, MP. MY. ® MARYCEL PLAZA ARTURO, Sala Tercera de decisión).**

• • • •

## ABANDONO DEL PUESTO

El error de tipo en el abandono del puesto.

“3.- En cuanto al otro planteamiento de la defensa dirigido a demandar la presencia de un error de tipo fundado en el argumento según el cual el procesado

<sup>3</sup> Op.cit.Artículo 70.

<sup>4</sup> Resolución No.9857 de 1992



actúo por inexperiencia y por las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se desarrollaron los hechos, afirmando que se encontraban con la convicción errada e invencible de que no concurrían en la acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho correspondiera a su descripción legal, uno de ellos por la enfermedad de su señora madre y el otro de los procesados por encontrarse enfermo. Argumentos sobre los cuales considera esta Sala que no están llamados a su prosperidad.

En efecto, cuando el autor ignora la concurrencia y circunstancias que hacen típica la conducta – sean descriptivos, normativos o subjetivos distintos del dolo, se estaría en presencia de error que recae sobre los elementos que conforman el tipo legal, ó sea en error de tipo excluyente del dolo.<sup>5</sup>

Sobre este tema la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha afirmado:

“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 fácticos 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.”<sup>6</sup>

En el caso que concita la atención de la Sala, tenemos que a pesar de llevar los procesados poco tiempo en la institución, fue el suficiente para obtener la preparación académica necesaria para tener conocimiento de los delitos típicos militares, como del servicio que cumplía, pues la prestación reiterada del mismo le imponían conocer de cerca todas las normas y reglamentaciones existentes sobre la materia. Sabía el procesado que había recibido el servicio a las 7 de la noche del día 14 de mayo de 2009 y que lo entregaba a las 7 de la mañana del día 15 del mes y año en cita, momento en el cual debía reintegrar los elementos entregados para su servicio, como que no podían ausentarse del sitio de trabajo sin previo permiso o consentimiento del coordinador de la Unidad. En ese sentido tenemos el acta que aparece firmada por el personal de tránsito de fecha 11 de mayo de 2009 y que encontramos a folios 14 y ss., del cuaderno de copias, donde también se les recordó que para salir de la guarnición se requería de permiso por parte del Comando del Departamento. Acta que aparece firmada por los procesados.

<sup>5</sup> Teoría del Delito. Jesus Orlando Gómez López. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. pg.419.  
<sup>6</sup> C.S.J. rad 25.355. 11 de marzo de 2009.M.P.Augusto J.Ibañez Guzmán

De otro lado en el Reglamento de Vigilancia Urbana y rural para la Policía Nacional (resolución No.9960 del 13 de noviembre de 1992), cátedra obligada en los cursos de ingreso y ascenso al establecer las normas de carácter general para regular la prestación del servicio policial ( art.1-1 idem), consagra como conceptos legales básicos que debe conocer el policial, la Constitución Política, el Código Nacional de Policía, el Código Penal Militar entre otros; de lo que se infiere el conocimiento sobre el tipo penal que hoy se les endilga.

Y en cuanto al servicio, el mismo reglamento define y regula lo que se debe entender como servicio de policía, el que entre otras características es el de ser permanente e ininterrumpido; se establecen los distintos servicios, su forma de prestación, su planeamiento y organización y se regula el tema de los permisos ( artículo 22-2 idem), los que se entienden como una decisión especial, por la cual se exceptúa a determinada persona de una prohibición general, excepción que, de acuerdo con los principios que regulan el poder reglamentario no puede ser arbitraria e injustamente dada, sino por el contrario, acordada por causa legítima y previamente justificada y que no acarrea peligro alguno para el orden público.

No era entonces desconocido para los procesados las normas que regulaban el servicio, como que para poder excusarse de él requerían autorización de su superior, luego, el hecho de haber utilizado a sus compañeros para no llegar a la Estación y poderse ausentar sin ser delatados, argumentando uno de ellos el tener un permiso para alejarse de su servicio sin ser cierto, y el otro aducir enfermedad, sin utilizar los mecanismos para obtener el permiso o autorización correspondiente como lo señalaban las normas y ordenes, lo único que deja al descubierto es esa clara intención de eludir así la prestación del servicio”. **(Rad.156203, 11 de noviembre de 2009, MP. MY. © MARYCEL PLAZA ARTURO, Sala Tercera de decisión).**

• • • •

## **ABANDONO DEL SERVICIO DE SOLDADOS PROFESIONALES**

### **Estructuración.**

“El delito de abandono del servicio de soldados profesionales, es un delito contra los deberes del servicio, específica y principalmente, contra el deber de presencia, porque el bien o interés que protege el legislador mediante la tipificación de esta conducta, es la intangibilidad del recurso humano militar, sin el cual, las Fuerzas Militares no podrían disponer siempre de los medios personales con los que cuenta para el cumplimiento de su fin constitucional. El fundamento de



esta figura delictiva, en consecuencia, radica en la necesidad de preservar el poder bélico del Estado, imponiendo la obligación de cumplir con los deberes militares en el campo de combate. De esta forma, se busca la mayor disponibilidad para el servicio a través de la imposición del cumplimiento de los deberes militares, entre ellos, el de presencia, que se ve menguado cuando el uniformado se ausenta o se aparta injustificadamente, por cualquier tiempo, del cumplimiento de la operación militar encomendada.

(...)

Teniendo en cuenta lo anterior, el injusto penal en comento requiere para su estructuración, que el abandono de los deberes se realice en campaña o durante el desarrollo de operaciones militares, entendida esta actividad como la ejecución de misiones asignadas a la Fuerza Pública, encaminadas a conjurar alteraciones al orden público, o simplemente a ejercer control de áreas determinadas, mediando para ello las respectivas ordenes emanadas de los comandos superiores, empleando recursos militares para conseguir un objetivo específico; lo que implica la planificación, el cálculo para llevar a cabo una misión de tipo militar estratégica, táctica, de servicios, entrenamiento o administrativa, comprendiendo el proceso de movimiento, suministro, ataque, defensa, descanso y las maniobras necesarias para conseguir los objetivos de la batalla o campaña.

La operación militar abarca desde la fase de planeamiento y alistamiento, incluyendo todas las actividades combativas, administrativas y logísticas, orientadas a cumplir con la misión y termina cuando se regrese a la unidad, Batallón o sitio de origen. **(Rad. 153811, 20 de octubre de 2009, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

• • •

### **ABUSO DE AUTORIDAD**

**Debe ser interpretado de manera amplia y sistemática.**

(...) Ahora bien, la norma descriptiva del tipo penal de abuso de autoridad, debe ser interpretada de manera amplia y sistemática, en el sentido que el abuso de autoridad es simplemente un desafuero de la investidura, del ejercicio del cargo, es decir, se trata de un acto funcional, no de uno que el funcionario ejecute como simple ciudadano; lo que el legislador quiso reprimir con esta disposición, es el hecho que un funcionario público prevalido o amparado en su cargo, en la investidura que ostenta, se exceda, se extralimite en funciones realizando actos arbitrarios en contra de los ciudadanos.

El injusto de abuso de autoridad contiene un ingrediente normativo específico excluyente, pues solo es predicable la comisión de este injusto, en cuanto no esté especialmente previsto en la ley como delito y un elemento funcional implícito,



dado que se trata de una extralimitación necesariamente derivada del abuso de la función, vale decir, se trata de un elemento subjetivo funcional, por lo cual, de manera genérica el abuso de autoridad ha sido consagrado en el artículo 416 del Código Penal, como “Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto”, y de manera especial incluyendo ingredientes descriptivos propios del servicio militar o policial, en el artículo 185 del Estatuto Punitivo Castrense, artículo 185, bajo el epígrafe de “Abuso de autoridad especial”, debiéndose señalar además, que la ley penal lo consagra en otras oportunidades como elemento constitutivo de delitos con denominación propia como en los casos de peculado, concusión, cohecho, detención arbitraria, prevaricato, lesiones personales, etc.

Legalmente por abuso se entiende el mal uso o empleo arbitrario de la autoridad, la acción despótica del poder, la consecuencia exagerada de un principio, en definitiva todo acto que, saliendo fuera de los límites impuestos por la razón, la justicia, ataque en forma directa o indirecta las leyes, el interés general, los derechos, garantías y principios fundamentales. **(Rad. 154451, 17 de diciembre de 2009, MP. MY. © JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

• • •

## **ABUSO DE AUTORIDAD POR OMISIÓN DE DENUNCIA**

**Requiere necesariamente querrela de parte, aunque la ley al momento de los hechos no lo exigiera.**

“...No puede olvidarse que la aplicación de la ley penal permisiva o favorable supone la sucesión de leyes en el tiempo con identidad en el objeto de regulación, también tiene lugar frente a la coexistencia de legislaciones que se ocupan de regular el mismo supuesto de hecho. Lo que acontece en este caso es que si el Legislador penal militar pareciera sugerir que el abuso de autoridad por omisión de denuncia debería investigarse de oficio, al no consagrarlo dentro de las hipótesis contenidas en el artículos 46 del CPM y lo dispuesto al respecto en la Ley 1058 de 2006, donde se puntualiza que entidades delictivas requieren querrela; en acato al principio de legalidad debe observarse es que si dentro del criterio de política criminal el Legislador Colombiano reglamentó que determinados comportamientos requieren para el ejercicio de la acción la querrela, en virtud de la mínima lesividad que se expresa frente a delitos que no tienen como pena la prisión sino la multa o pérdida de empleo, no existe razón para que la Jurisdicción Penal Militar desatienda la aplicación de tal presupuesto de contenido sustancial y que favorece al destinatario de la norma castrense.

Con lo anterior no es que se esté rompiendo la estructura y naturaleza del Código Penal Militar, al traer instituciones totalmente foráneas o ajenas a la ley procesal militar, como acontece con determinados preceptos de la Ley 906 de 2004, ya que



una cosa es el derecho sustancial y otra la forma como se hace efectivo el mismo. Razón por la cual la Honorable Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos ha señalado que ciertos institutos consagrados en la Ley 906 de 2004 son aplicables en otras legislaciones, V.gr, Ley 522 de 1999, Ley 600 de 2000, por vía de favorabilidad cuando de ellos se deriven ‘efectos sustanciales’ que beneficien al inculpinado, por lo que el funcionario judicial debe efectuar la ponderación de los estatutos sucesivos o coexistentes, con el propósito de verificar que no se rompa la estructura del procedimiento, y que al seleccionar la norma más favorable al inculpinado esta sea aplicable. (...) Si bien es cierto cuando el Legislador determina que el ejercicio de la acción penal para específicos delitos de menor impacto social se promueven por vía de la querrela es expresión de política criminal, también lo es que tal decisión encuentra su impacto en el principio de legalidad, lo que en sentir de la Sala no puede ser desatendido, ya que tal principio es de contenido sustancial. Por ello el Tribunal en otra oportunidad, en asunto similar al que nos ocupa señaló:

“(...) Refuerza lo anterior, la circunstancia especial de que de (sic) conformidad con el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, el delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia requiere querrela de parte como requisito de procedibilidad de la acción penal, teniendo en cuenta que este específico delito conlleva una pena no privativa de la libertad, como lo es la multa y la pérdida del empleo o cargo público.

Al no mediar querrela de parte en el presente proceso, es claro que la acción penal no ha debido ni siquiera iniciarse, razón de mas para avalar el cese de procedimiento decretado, aplicando el principio de favorabilidad de la ley penal, habida consideración de que la exigencia de querrela para la investigación del delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia prevista en la Ley 906 de 2004 favorece al procesado y que en tal caso, es de rigor aplicar (...)”<sup>2</sup>. **(Rad.155786, octubre 29 de 2009, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

• • •

### ACCIONES A PROPIO RIESGO

**La imputación objetiva, como mecanismo de solución en casos de convergencia de conductas imprudentes.**

“(...) 2.- Del instituto de las acciones a propio riesgo en la imputación objetiva, como mecanismo de solución en casos de convergencia de conductas imprudentes.

De la situación fáctica presentada emerge desde el punto de vista meramente causal una convergencia de imprudencias, o concausalidad, es decir, que en la realización del resultado intervienen varios cursos lesivos, los cuales pueden ser

<sup>2</sup> Tribunal Superior Militar. Proceso No. 155194. Sala Primera de Decisión. MP. TC. Ismael Enrique López Criollo .Bogotá, D.C., veintidós (22) de enero de dos mil nueve (2009)

producto de la acción de un tercero o producto de la acción propia de la víctima, este último cuando infringe sus deberes de auto protección.

Entonces, en ese orden de ideas necesario resulta fijar cómo se imputa la realización de un tipo penal a título de imprudencia, y es así como la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado el instituto de la denominada imputación objetiva, entendida que para señalar que un resultado es atribuible a un sujeto como producto de su acción, es necesario determinar un vínculo de imputación entre el resultado y la acción; pero no sólo desde el punto de vista naturalístico sino también jurídico.

De manera general recuérdese que para llegar a la construcción dogmática conocida como el instituto de la imputación objetiva, como criterio de imputación, el derecho ha pasado por diversas elaboraciones dogmáticas, i) la teoría de la equivalencia de las condiciones, ii) la teoría de la causalidad adecuada, iii) teoría de la relevancia típica, y llegando iv) a la teoría de la imputación objetiva la cual fija sus bases a partir de un criterio naturalístico y tres criterios de carácter normativo tales como a) creación de un riesgo jurídico penal relevante, b) concreción del riesgo en el resultado y c) el alcance o fin de protección de la norma. En términos generales la imputación se puede realizar a partir de la existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en la producción del resultado, pero no puede ser imputado cuando las acciones realizadas no llegan a quedar cubiertas por el alcance de la prohibición de la norma.

Ahora bien, importante resulta recordar uno de los aportes de Jakobs a la teoría de la imputación objetiva al considerarla como un “primer mecanismo de determinación y limitación de ámbitos de responsabilidad que permite constatar cuándo una conducta adquiere un carácter objetivamente delictivo (...) y esta idea debe formularse en términos dogmáticos (como una cuestión referida a la tipicidad, la justificación, el deber de cuidado, etc.) ahí es donde se debe centrar la discusión jurídico penal” .<sup>7</sup> De acuerdo con esos planteamientos, Jakobs ha descompuesto la imputación objetiva en los siguientes grupos: i) relación de causalidad entre el resultado y una persona ii) que tal relación se desarrolla dentro de la competencia que se tenga sobre el resultado, a partir de organización o de institución, iii) que aquél resultado no sea de la incumbencia jurídica del autor dentro del esquema de la adecuación social de la conducta, ello implica que no existe conducta típica si el autor se puede distanciar objetivamente del hecho, tal distanciamiento bajo la valoración de los siguientes institutos: a.) el riesgo permitido b.) el principio de confianza c.) la exclusión de imputación en caso de consentimiento de la víctima o de actuación a propio riesgo d.) el instituto de la prohibición de regreso. (...).

En otras palabras, se indica que existen eventos de acción a propio riesgo, tanto cuando la conducta de la víctima y del tercero se catalogan como una organización, como también en los eventos en que el lesionado unilateralmente expuso el

<sup>7</sup> Bernardo Feijóo, Resultado Lesivo e Imprudencia, Edit. J.M.Bosch Barcelona, 2003.



peligro<sup>8</sup> y el resultado le será atribuible a su propia obra y no a quien ha creado o favorecido la situación del riesgo. Y es precisamente en este punto dentro del contexto de la imputación objetiva donde la valoración del acontecer fáctico sucedido el 23 de noviembre de 2004 en el Municipio de Arbeláez (Cundinamarca), en aquel momento en que naturalísticamente colisionaron el camión de placas xxx y la motocicleta de placas x causando lesiones al señor S.O.Q. quien conducía la moto al igual que lesiones al señor soldado L.F.G.C. quien viajaba como acompañante del conductor del camión SLP. G.C.J.O. (...).

Dentro de este contexto y en desarrollo de los criterios jurídicos mencionados en precedencia sobre el instituto de la imputación objetiva en cuanto a la intervención imprudente de la víctima, considera esta Sala de Decisión que dentro del curso causal generado por la convergencia de imprudencias por parte de los conductores de los vehículos, y que terminaron en la colisión de los mismos, emerge como importante el análisis de la intervención imprudente por parte del señor S.O.Q. conductor de la motocicleta xxx (...).

Igualmente esta Sala comparte el concepto de la Procuradora Judicial ante esta Corporación, en el sentido que la sola causalidad por sí sola no es suficiente para la imputación jurídica del resultado, pues se debe realizar la valoración de la conducta con conceptos normativos y determinar si ella desbordó el riesgo jurídicamente permitido. Igualmente se comparte el postulado que incluso en aquellas conductas peligrosas por parte del autor el resultado no es atribuible a él por la intervención importante de la conducta imprudente de la víctima, en el curso causal. (...).

Para precisar lo anteriormente señalado, recuérdese que en el derecho penal no se admite el instituto civil de la compensación de culpas, de manera que en el evento de concurrir en el resultado culpa de la víctima el operador judicial deberá precisar, cuál es la causa determinante y si ello se denota en la acción imprudente de la víctima; ello constituiría para el procesado una causal de caso fortuito...". **(Rad. 155960, 14 de abril de 2010, MP. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

• • •

### ACTOS DEL SERVICIO

Hacen parte de ellos las relaciones generales y la formación de personal.

“Ha sido reiterativo al Tribunal en señalar que los actos relacionados con el servicio no pueden ser entendidos a partir de una lectura asistemática de la legislación Colombiana, ni exegética de los artículos 217 y 218 de la Carta Política.

<sup>8</sup> Testimonio del señor Ortiz Quintanilla fl. 28.

Quienes piensan así olvidan que las Constituciones consagran la filosofía que inspira un Estado, sus principios, valores y fundamentos de contenido general que materializan su efectivización en normas que la desarrollan, como lo son la Ley, las ordenanzas, los acuerdos, los reglamentos, directivas, por solo citar unos eventos. Por ello pretender que la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional, el orden constitucional, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz, es donde se expresa de manera única y exclusiva el acto del servicio, resulta desafortunado, toda vez que allí se enuncia la finalidad, pero no la forma como se alcanza la misma.

Los cometidos Constitucionales no se alcanzan si no se tiene una estructura militar y policial que cuente con el recurso humano calificado y logístico que permita efectivizarlos. Para ello se ha de suponer una organización sólida, disciplinada, cohesionada, estructurada y jerarquizada, altamente calificada, en razón de la autoridad que representan y la función que las inspira. Esto es, se ha de contar con el potencial humano, para ello se le debe incorporar, capacitar, instruir, entrenar y reentrenar, se debe tener medios y recursos, con una organización a su interior que garantice el cumplimiento del servicio y la disciplina, lo que se traduce en eficacia operacional. Vale decir, los actos propios del servicio implican actividades de instrucción y entrenamiento, de régimen interno como son las formaciones, los servicios de guarnición, actividades administrativas y las operacionales, las que no se alcanzan si no se cuenta con esa distribución logística, administrativa, si no se tiene una organización que identifica las Fuerzas (Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Policía Nacional), su razón de ser y la definición de roles, sugiere una clasificación estructurada, jerarquizada y perfectamente armonizada.

La formación militar es por excelencia un acto del servicio, es una de las maneras como se ejerce el mando y control, como el comandante transmite a los subalternos las órdenes y las verifica, es uno de los mecanismos para controlar y confrontar, en suma para ejercer la acción de comando. **(Rad. 155828, 12 de marzo de 2010, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

• • • •

## **APLICACIÓN DE INSTITUTOS DE LA LEY 906 DE 2004 EN EL PROCESO PENAL MILITAR**

**Su procedencia obedece a su no imposición con la ley penal militar.**

“Observa la Sala, con total sorpresa que al haberse iniciado la audiencia de corte marcial, el veinticinco (25) de agosto de 2009, y anunciarse la etapa probatoria, el Juez de Conocimiento tras preguntar a los sujetos procesales si deseaban interrogar al sindicado, recibiendo respuesta afirmativa por parte de la Fiscalía y el Ministerio Público, haya procedido a juramentar al procesado; con lo que desco-



noció flagrantemente el derecho a guardar silencio, el principio de presunción de inocencia y prohibición de auto incriminación. El hecho que invocara el artículo 33 Constitucional que corresponde a una previsión imperativa sobre el derecho a no declarar, no morigera la actuación que realizó cuando coloca de pie al encausado y le toma “juramento de rigor”. En la referida audiencia el Juzgador no solo yerra al juramentar al procesado, sino que pretende justificar su actuación invocando una norma que no tiene relación alguna con el momento procesal que se atendía, máxime si se tiene en cuenta que no se conoce a que Legislación se refería (...) Sabido es que la nulidad es el remedio extremo para corregir actos irregulares cuando no exista otra forma de hacerlo en razón de la naturaleza y trascendencia del acto procesal. (...).

Preocupa al Tribunal, lo que se viene haciendo evidente y constante en la actuación de algunos funcionarios que con una imprecisión conceptual absoluta, rompen la estructura del proceso penal militar, al pretender incorporar institutos procesales propios de otras Legislaciones, como acontece con el sistema acusatorio dispuesto en la Ley 906 de 2004, que se inspiran en modelos distintos, filosofía y contenidos que no tienen cabida aún en nuestro Estatuto, su naturaleza es sustancialmente diferente, por lo que traer dichos institutos sin el mayor reparo, logran perturbar el proceso penal castrense, lo que ha de ser corregido por vía de la nulidad; no sin antes llamar la atención a los operadores judiciales sobre el respeto al principio de legalidad y la observancia a las formas propias de cada juicio.” **(Rad. 155246, octubre 20 de 2009, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

• • •

### ATAQUE AL SUPERIOR

**Fines de la medida de aseguramiento de detención preventiva.**

“(...)decimos que se hace evidente, por cuanto frente a este tipo de conductas que se investigan en este proceso, se impone una actitud preventiva tanto de carácter particular como general para proteger a la comunidad militar y a la disciplina, la que ha sido entendida como la condición esencial para la existencia de toda fuerza militar, y de no recibir la comisión de esta clase delitos un trato fuerte y ejemplarizante y al contrario cohonestar con esta clase de actitudes, estaríamos debilitando la confianza tanto de subalternos como de superiores en esa relación mando-obediencia que debe existir al interior de toda institución castrense, cuya observancia basados en las normas y órdenes que consagra el deber profesional, deben siempre estar inspirados en la confianza y respeto mutuo entre superiores y subalternos, trato que se espera sea acorde con la dignidad humana.

Lo anterior quiere decir, que si el Subteniente D.M.V. con el fin de mantener una disciplina y respeto en todos los aspectos entre los integrantes de su Unidad, hace un llamado de atención a uno de sus miembros, en este caso referido al respeto hacia la propiedad privada de quienes hacen parte de su contraguerr-

lla, además porque es su responsabilidad como superior y comandante, respeto entendible entre quienes por su misión conviven las 24 horas del día y no puede existir desconfianza de ninguna clase, la aspiración es que ese militar responda con una conducta acorde con las obligaciones de un subalterno y no poniendo en entredicho la autoridad de su superior, resquebrajando gravemente los cimientos que sirven de base a la existencia de la institución militar, propiciando a otros comportarse de igual manera, haciendo imposible el cumplimiento de la misión.

La gravedad de la conducta es innegable, y merece todo el reproche de la sociedad, siendo bueno recordar que quienes ingresan voluntariamente a hacer parte de una Fuerza Militar quedan inmersos en ese cumulo de derechos y obligaciones que conlleva la disciplina militar, y no pueden abstraerse voluntariamente a cumplirlos.” **(Rad.156327, 9 de febrero de 2010, MP. MY. © MARYCEL PLAZA ARTURO, Sala Tercera de decisión).**

• • • •

## ATAQUE AL SUPERIOR EN LA MODALIDAD DE AMENAZAS

### Elementos para su configuración

Conforme a la descripción típica, el delito se concreta cuando el agente en actos relacionados con el servicio, realiza amenazas de ataque a un superior en grado, antigüedad o categoría, siendo entonces estos los elementos indispensables para su estructuración.

Sin lugar a dudas, en el caso sub examine estamos en presencia de un acto relacionado con el servicio, se trataba de una formación propia de la actividad y naturaleza de las Fuerzas Militares, siendo el procesado inferior en antigüedad respecto del C3. G.T.

Ahora bien, el tema central radica en la concreción del delito “realizar amenazas de ataque”, el cual tiene como presupuesto que se recurra a un medio idóneo o a una aptitud suficiente para manifestar al sujeto de la amenaza de ataque, su intención de causarle daño.

Siendo así, resulta indispensable para la estructuración de este ilícito la presencia de ese ingrediente subjetivo, conclusión acorde con el bien jurídico tutelado a través de esa preceptiva, la disciplina.

En esa medida, el delito de amenazas surge cuando la conducta se dirige conscientemente a la obtención de ese específico propósito que además de incidir en el sujeto que de manera directa recibe la intimidación, ésta atenta a quebrantar la disciplina que es el bien jurídico tutelado. De allí que si la amenaza no trasciende a ese ámbito, el comportamiento deviene en atípico. (...).



La Sala comparte la decisión del ad-quo, al considerar que analizado el acervo probatorio obrante en el proceso no se reúnen los ingredientes normativos objetivos y subjetivos del tipo prohibitivo regulado en el artículo 120 del Código Penal Militar, bajo la denominación de amenazas, tipo de peligro concreto no abstracto, que exige la exteriorización de actos violentos inequívocamente dirigidos a agredir o a atacar a un superior jerárquico directo, que en este caso, quien fungía como comandante del segundo pelotón y debía dar parte del personal que faltaba en la formación que se realizó el 14 de abril de 2002 en el Batallón de Infantería No. 46 “Voltígeros”, pues aunque efectivamente el sumariado cuando su compañero de armas G. manifestó “como novedad Forero” por haber llegado retardado a la formación se descompuso respondiendo de forma grosera, saliéndose de la fila sin autorización de su comandante a unos diez metros, cargó y desaseguró el fusil pero no apuntó el mismo contra nadie sino que lo mantuvo con la boquilla apuntando al suelo y una hora después cuando se encontraban en el alojamiento y debido a que G. le siguió lanzando sátiras, el implicado le dijo sosteniendo un cartucho de fusil en la mano que ése era para él jurándolo por su santa madre, pero G. se retiró del lugar sin que esto fuera relevante. (...).

De otra parte, conviene recordar que de acuerdo con las tendencias minimalistas que inspiran la criminología moderna, el derecho penal debe asumir una función subsidiaria, accesoria y extrema frente a otras ramas del derecho, pues siempre debe operar como última ratio, de manera fragmentaria, vale decir, cuando se trata de reprimir conductas de especial gravedad y trascendencia en la comunidad militar y en la proporción adecuada y no comportamientos de poca entidad tal como acontece en el sub litem, con los que de manera precipitada se puso en marcha el aparato judicial, debiendo adelantarse por la vía disciplinaria y evitar un desgaste innecesario del sistema penal. **(Rad. 155890, 25 de noviembre de 2009, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**

• • •

### ATAQUE AL SUPERIOR O AL INFERIOR

Bilateralidad típica, agresiones físicas mutuas.

(...) Sea lo primero puntualizar que en pretérita oportunidad esta Sala en providencia del 11 de octubre de 2005 <sup>9</sup>, aclaró que en este caso se presentaba un concurso aparente entre el delito de ataque al superior como tal (art. 118 CPM) y la modalidad de amenaza (art.120 CPM), que se resolvía por el principio de consunción, toda vez que con la amenaza (cargar el fusil y apuntar) no se lesionó un nuevo bien jurídico, y fue un acto más realizado dentro del contexto de la reyerta, pues la agresión física ya se había materializado con los golpes o puños que inicialmente el SLP. C.R.R.D. le había atizado al suboficial Q.M..



También se descartó la legítima defensa como causal de justificación siguiendo los derroteros de la jurisprudencia, por cuanto está claro en el proceso que tanto el Cabo Q.M. (superior) como el SLP. C.R.R. (inferior) buscaron causarse daño a través de mutuas agresiones físicas, es decir, que se presentó un auténtico enfrentamiento físico entre los contendores, y justamente lo que diferencia la legítima defensa de la riña, es que en ésta existe mutua voluntad de los peleadores de causarse daño, mientras que la primera, obedece a la necesidad individual de defenderse de una agresión, ajena, actual o inminente, esto es, no propiciada voluntariamente. En la riña existe el propósito de pelear, y en consecuencia, la intención de agredirse y causar daño al contrincante.

También se dijo que cuando voluntariamente el superior e inferior deciden agredirse mutuamente, conociendo dicha condición militar de cada uno, en actos relacionados con el servicio, como en este caso, es decir, se trezan en una riña o pelea, dicho comportamiento genera una bilateralidad típica a la luz de los artículos 118 (ataque al superior) y 199 (ataque al inferior) del Código Penal Militar, por cuanto dicho actuar indiscutiblemente constituye un atentado grave contra la disciplina militar, como bien jurídico tutelado, toda vez que ésta se quebranta o resquebraja, de tal manera que, se hace necesaria la intervención punitiva del Estado, pues el contenido del injusto radica en el peligro que la conducta típica realizada representa para la disciplina, que es el instrumento insustituible que le permite a las fuerzas militares mantener su cohesión, y comportamientos como el investigado perturban la estricta jerarquía y subordinación que rige la conducta de los miembros de las Fuerzas Militares. **(Rad. 151758, 23 de octubre de 2009, TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

• • • •

## **AUTO DE INICIO A JUICIO**

**Naturaleza jurídica. Es un auto de sustanciación que no requiere ser notificado.**

“Para resolver el recurso interpuesto en contra del auto que negó la solicitud de pruebas pedidas por la defensa, la Sala se ve precisada a efectuar el análisis respecto de la naturaleza del auto a través del cual el juez de conocimiento decreta la iniciación del juicio y ordena el traslado por tres (3) días para que las partes tengan la oportunidad de solicitar la practica de pruebas, que es el problema que propone el apelante.

Para su solución, debe partirse de la consideración de que de conformidad con el inciso 3º del artículo 563 del Código Penal Militar, el juez de primera instancia debe proferir un auto a través del cual decreta o dispone la iniciación de la etapa del juicio y a la vez, ordena correr traslado común a los sujetos procesales por el término de tres (3) días para solicitar pruebas. De acuerdo con esta interpretación,



en la justicia penal militar se requiere un pronunciamiento expreso del juez de primera instancia para dar inicio a la etapa del juicio, lo que no es necesario en el sistema de la Ley 600 de 2000<sup>10</sup>.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que dicho auto es de sustanciación y que por no estar relacionado dentro de aquellos que deben notificarse, se precisa que es de cumplimiento inmediato, contra el cual no procede ningún recurso. Pese a ello, es imperioso, a fin de no afectar los derechos de defensa y publicidad, que se entere a los sujetos procesales por el medio más eficaz, acerca del proferimiento del auto a través del cual se dispuso el inicio del juicio y se ordenó correr el traslado para solicitar pruebas, con el fin de que estos tengan la oportunidad de hacer efectivo el derecho que la ley les concede.

Corresponde de igual forma al secretario, previa orden del juez, dejar la constancia a través de la cual se oriente o se informe a las partes, en relación con el inicio y vencimiento del término de traslado; a los sujetos procesales, por su parte, les atañe la obligación de efectuar el control de estos términos, teniendo la carga, dentro del término del traslado, de presentar las solicitudes en relación con las pruebas que pretendan hacer valer en la etapa del juicio, so pena de que la solicitud sea calificada como extemporánea y de que en consecuencia se niegue la práctica de la prueba solicitada, atendiendo el principio de preclusión que rige las actuaciones procedimentales.” (Rad. 155779, 30 de octubre de 2009, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).

• • •

### **CAMBIO DE COMPETENCIA**

**Gozarán de legitimidad las diligencias practicadas por cualquier juez, aún cuando haya cambiado la competencia.**

Es el mismo Código Penal Militar que preceptúa claramente en su artículo 456 que tendrá validez lo actuado en la investigación cuando haya cambio de competencia conservando legitimidad las diligencias practicadas por cualquier juez aunque se produzca dicha permuta, queriendo con esto precisamente el legislador proteger la investigación y el recaudo de los medios probatorios que conlleven a la posible responsabilidad o no del sindicado que es precisamente los fines que persigue la investigación, en cuanto al esclarecimiento de los hechos y la determinación de si se ha infringido o no la ley penal, por lo que dichos actos de instrucción orientados a esa finalidad se consideran válidos ante la eventualidad de que como producto de los mismos se genere una conclusión de cambio de competencia. (Rad. 150815, 22 de octubre de 2009, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).

<sup>10</sup> Al respecto puede verse las Sentencias 12009 del 18 de julio de 2002 y 1927 del 27 de febrero de 2003 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a través de las cuales se ha interpretado que la iniciación de la etapa de juzgamiento no requiere una previa ordenación por parte del juez, bastando simplemente una constancia secretarial.

## CALIFICACIÓN

**En el proceso penal militar no es legalmente posible efectuar la variación de la calificación jurídica en el juicio.**

“Entrara la Sala a pronunciarse respecto de la apelación interpuesta por la representante del Ministerio Público ante la primera instancia, contra el auto que decretó la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de acusación de fecha 10 de diciembre de 2008, siendo necesario que la Sala avoque el conocimiento y análisis sobre la aplicación del instituto de la variación de la calificación prevista en el código de procedimiento penal de 2000, a la justicia penal militar, que es el problema que plantea el recurso de apelación.

Para dar solución al interrogante planteado, es necesario tener en cuenta que el actual Código Penal Militar, expedido mediante la Ley 522 del 12 de agosto de 1999, consagra un sistema de congruencia normativo, por dos razones significativas: (i) el fiscal penal militar esta obligado a expresar, en la resolución de acusación, la calificación jurídica en que fundamenta su acusación, “con señalamiento expreso del delito o delitos y de sus circunstancias específicas”<sup>11</sup> y (ii) el Código Penal Militar no consagra expresamente el mecanismo de la variación de la calificación jurídica, con lo cual no puede entenderse que haya un vacío legislativo, sino mas bien, que tal omisión debe entenderse como la manifestación del sistema de congruencia adoptado.

La consecuencia de la adopción de un sistema normativo, contrario al naturalista, estriba fundamentalmente en la inmutabilidad del hecho y de la denominación jurídica dada a ese mismo hecho. “Por consiguiente, la adecuación típica contenida en el pliego de cargos es inmodificable y sólo puede ser cuestionada a través de la nulidad. Por ejemplo, si se profiere acusación por el delito de prevaricato, cuando en realidad el hecho cometido constituye abuso de autoridad, ante la intangibilidad de la acusación la sentencia no puede proferirse en ningún caso por este hecho punible.”<sup>12</sup>

A juicio de la Sala, si existe error del Fiscal Penal Militar en la calificación jurídica o en el evento en que la prueba sobreviniente practicada en el desarrollo de la Corte Marcial, deje entrever la necesidad de hacer una variación a la calificación jurídica, la única posibilidad de corrección es la nulidad a partir inclusive de la resolución de acusación, posición que varió ésta Corporación que la aceptaba en la audiencia de corte marcial.

Situación que guarda correspondencia con la adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 26050, del 21 de mayo de 2009,

<sup>11</sup> Artículo 557 numeral 4 del C.P.M.

<sup>12</sup> Bernal Cuellar, Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo. El proceso penal, Ed. Universidad Externado de Colombia, 4ª edición, 2002, Págs.552 y 553.



MP. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, en la que decretó oficiosamente la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de acusación, por error en la calificación jurídica, dejando entrever que en la justicia penal militar no opera la variación de dicha calificación, cuando expresó:

“Para efectos de determinar el radio invalidante, en atención a que en el procedimiento penal militar no existe la posibilidad de surtir el trámite de variación de la calificación jurídica provisional, la nulidad, entonces, ha de abarcar desde la resolución de acusación, inclusive”. (Subrayado de esta Sala)” **(Rad. 155789. 09 de noviembre de 2009, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ C., Primera Sala)**

• • •

### **CAMBIO DE RADICACIÓN**

**La solicitud es una carga exclusiva del interesado.**

(...) dicho escrito no puede equipararse a una solicitud de cambio de radicación, como erradamente lo entendió el juzgado instructor, toda vez que la misma, es una carga procesal que le corresponde exclusivamente a la parte interesada, tal como se desprende del contenido normativo del artículo 271 ibídem, petición que debe ser expresa, dirigida al funcionario que adelanta la investigación, motivada y acompañada de las pruebas en que se fundan. **(Rad. 156027, 11 de agosto de 2009, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

• • •

### **CARGA DE LA PRUEBA**

**Al procesado no le corresponde probar su propia inocencia.**

“(…) como acertadamente lo resalta la señora Procuradora Judicial, no se hizo mayor esfuerzo, como era deber del funcionario judicial, para cumplir con las citas hechas por el procesado en la indagatoria, desconociéndose lo normado en el artículo 499 del Código Penal Militar, según el cual, se verificarán con prevalencia y en el menor tiempo posible las citas que hiciere y las demás diligencias que propusiere para comprobar sus aseveraciones.

El procesado dio los nombres de sus patrones V.A.N. y J.S. y pidió que los llamaran a declarar para que se constatará que estaba diciendo la verdad, lo cual fue ignorado por el despacho instructor, la Fiscalía y el a quo, quienes tampoco hicieron el intento de obtener la historia clínica de la madre de C. para esclarecer aspectos relacionados con su salud, omitiendo cumplir con una investigación integral como lo exige el artículo 469 ibídem.

Como el procesado confesó el hecho punible tanto en la indagatoria como en la audiencia de la Corte Marcial, pero hizo un agregado de disculpa, el cual no fue desvirtuado ni confirmado por el Estado quien tiene la carga de la prueba a través de los operadores judiciales, la confesión se torna indivisible, y debe admitirse tanto en lo favorable como en lo desfavorable, evento en el cual opera el principio in dubio pro reo (art. 209 C.P.M.), por lo tanto, la duda sobre la existencia de la causal de justificación se debe resolver con la aceptación de que el procesado actuó de la forma manifestada por él, porque no se ha demostrado su responsabilidad, manteniéndose incólume la presunción de inocencia que lo ampara durante todo el proceso. **(Rad. 156017, 13 de agosto de 2009, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

• • • •

## CAUCIÓN

**Como medida de aseguramiento y como prenda para garantizar la libertad provisional. Consecuencias de su incumplimiento.**

“El problema jurídico a resolver en el presente asunto que hoy convoca nuestra atención, se circunscribe a determinar si había lugar a revocar la libertad provisional concedida por el Juzgado 48 de Instrucción Penal Militar a favor del procesado C3.R.S.J.D. por no haber cancelado la caución prendaria impuesta para garantizar la misma.

En este sentido, habría que distinguir entre la libertad obtenida como consecuencia de caución como medida de aseguramiento y la obtenida mediante libertad provisional garantizada mediante caución.

En el primer caso, es decir, la libertad como consecuencia de haber impuesto como medida de aseguramiento la caución, (artículo 527-3 C.P.M.), tal derecho no puede quedar condicionado a que el imputado deposite el dinero correspondiente, o suscriba la caución juratoria, toda vez que su incumplimiento se encuentra regulado por el artículo 529 del C.P.M., cuando en su numeral 4º prescribe “cuando el procesado, injustificadamente, se abstenga de otorgar la caución prendaria o juratoria dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que la disponga, o del que resuelva el recurso de reposición, (...)”, lo que nos está indicando que el procesado quedó en libertad cuando se le impuso la medida de caución y que solo al no haberla otorgado de manera injustificada, daría lugar a que el juez imponga la detención preventiva en contra del procesado, pasando nuevamente a estar privado de la libertad.

En el segundo caso, esto es, la libertad provisional concedida en aplicación del artículo 539 del Estatuto Punitivo Castrense, esta solo se podrá hacer efectiva en el momento en que se deposite la caución correspondiente. Es decir, que en estos



casos el derecho está sometido a una condición suspensiva. De ahí que en su primera parte la norma mencionada establezca que la libertad provisional será garantizada mediante caución juratoria o prendaria para asegurar su eventual comparecencia al proceso y a la ejecución de la sentencia.

En igual sentido, se puede observar que la Ley 600 de 2000 en su artículo 365 al referirse a las causales de libertad provisional exige que sea garantizada mediante caución prendaria y el artículo 366 de la misma obra reafirma la interpretación anterior cuando preceptúa: “cuando exista detención preventiva, la libertad provisional se hará efectiva después de otorgada la caución prendaria y una vez suscrita la diligencia de compromiso”.

Otra diferencia que se puede observar en estas dos instituciones lo tenemos frente al incumplimiento de las obligaciones establecidas en el acta de caución, pues mientras esto ocurre cuando se trata de medida de aseguramiento de caución, el artículo 529 numeral 4º del Código Penal Militar lo resuelve con la procedencia de la detención preventiva. Para el caso de la libertad provisional conforme al artículo 540 de la misma obra, da lugar a la revocatoria de la libertad provisional (en este evento tiene que estar disfrutando efectivamente de la libertad otorgada y haber suscrito la diligencia de caución respectiva conforme lo ordena el artículo 541 del Código Penal Militar).

Conforme lo anterior, en el evento de la libertad provisional garantizada con caución, si la ley no señaló el término dentro del cual deba depositarse el dinero y el funcionario tampoco estableció discrecionalmente ese término, o si lo hizo y de todas maneras el procesado no cumple con el depósito de la caución correspondiente como condición para gozar de esa libertad, simplemente no se podrá hacer efectiva, sin que sea necesario auto que así lo exprese.

En estos términos, no podía el Juez 48 de Instrucción Penal Militar mezclar dos figuras diferentes y revocar el beneficio otorgado bajo el pretexto de que injustificadamente se había abstenido el procesado de depositar la caución prendaria, dando aplicación del artículo 529 del Código Penal Militar numeral 4º, por cuanto sobre el procesado ya pesaba una medida de aseguramiento de detención preventiva y como ya vimos, este numeral solo se aplica cuando la medida de aseguramiento impuesta ha sido de caución; y tampoco podía proceder a la revocatoria de la libertad provisional (artículo 540 del C.P.M.) por cuanto no se había hecho efectiva y de acuerdo a esta norma solo procede por incumplimiento de las obligaciones contraídas en la diligencia que le imponga la caución. **(Rad.155941, 16 de septiembre de 2009, MP. MY. ® MARYCEL PLAZA ARTURO, Sala Tercera de decisión).**

## CIERRE DE LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN

En la justicia penal militar si es posible decretar cierres parciales.

“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 si es posible aplicar la figura del cierre parcial de la instrucción, pues nada se opone a que por virtud del artículo 18 del C.P.M., se aplique el artículo 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 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 del CT. C.G., pero no en relación con el IT. P.R. 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<sup>13</sup>. Como consecuencia de la decisión que aquí se tomará conforme se expuso, no es posible avalar la ruptura de la unidad procesal, debido a la prescripción de la acción penal precisamente a consecuencia de la nulidad decretada por el A-quo.

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 CPP 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 la conductas punibles”.

<sup>13</sup> Artículo 217 del C.P.M.



Ello resulta a todas luces lógico, puesto que si la causal de nulidad solo cobija a uno de los procesados o respecto de uno de los delitos, nada más absurdo que decretar la nulidad total del proceso, cuando el código penal militar permite la ruptura de la unidad procesal a efectos de que por cuerda separada se subsane la nulidad encontrada. De otra parte, decretar la nulidad total sería desconocer los principios que orientan su declaratoria estipulados en el artículo 392 del C.P.M., respecto del procesado en quien no concurre ninguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 388 ídem.” (Rad. 156007, 26 de febrero de 2010, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).

• • •

### COMPETENCIA

**La falta de competencia releva al funcionario de cualquier pronunciamiento.**

“(…), la declaratoria de nulidad que reclamaba la Fiscalía Primera Seccional solamente podía declararse por el funcionario que en últimas asumiera la competencia, siendo la finalidad de ello, evitar que se tenga que repetir la actuación en el evento que la competencia finalmente se señale en quien la provocó y anuló parte del proceso por considerar que no era de su competencia, de presentarse esa hipótesis; y además, porque resulta un contrasentido que el mismo funcionario que aduce la falta de competencia, reconozca que la tiene para declarar una nulidad, faltando precisamente ese presupuesto necesario para asumir el estudio del proceso.

(…), el recurso del apelante si bien lo dirige contra el proveído del 20 de mayo de 2009 que decreta la nulidad de lo actuado, lo centra en atacar el auto de fecha 18 de mayo del precitado año, por medio del cual el instructor dispuso el envío de la investigación a la justicia ordinaria, olvidando la defensa que la providencia que así lo decide, no es susceptible de recurso alguno, y que además, si bien el Juez de Instrucción no tiene entre sus funciones la de trabar conflictos de competencia, en el presente caso no se presentó controversia al respecto, puesto que a la petición que le hiciera el funcionario de la justicia ordinaria, el juez de instrucción simplemente accedió a ello, sin que se llegara a trabar el conflicto.

Agreguemos a lo anterior, que el procedimiento contemplado en el artículo 273 y siguientes del Código Penal Militar, que regula en forma íntegra el incidente de la colisión de competencia, fue el que siguió el juez de instrucción remitiendo el proceso a quien se lo solicitó afirmando ser el competente. (...).

Y en torno al tema de la no procedencia de recursos contra el auto que dispone el envío de la investigación a otro funcionario, expresamente ha reiterado de la Corte Suprema de Justicia, “... Por manera que **tanto las determinaciones de los**



**funcionarios que proponen y aceptan o rechazan 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". (...).

(...) cuando se trate de conflictos de jurisdicciones entre la justicia penal militar y penal ordinaria, cuando en esta última se adelanta una investigación por el sistema acusatorio contenido en el actual Código de Procedimiento Penal, ya el Consejo Superior de la Judicatura en su Sala Jurisdiccional Disciplinaria en providencia de fecha 23 de enero de 2008, se refirió a la providencia donde con fines de sentar un precedente jurisprudencial con vocación de permanencia, fijó su criterio respecto al tema, teniendo en cuenta que se trata de dos procedimientos de muy distinta naturaleza.

“Justamente los aspectos resaltados evidencian, como ya se había anunciado, que en realidad la Fiscalía General de la Nación, no se encuentra habilitada sino por vía de excepción, y siempre sometida al control del juez de garantías, para asumir decisiones jurisdiccionales, y, no cabe duda que disponer de la competencia es una decisión que debe asumir el juez, y en ningún caso el ente acusador, que como ya se indicó viene a tener en el nuevo orden procesal penal la condición de parte; camino por el cual se podría llegar al absurdo, que el Fiscal, se insiste, parte del proceso, le proponga conflicto de competencias al propio juez de conocimiento, desquiciando por completo el rol que está llamado a desempeñar como ente acusador que, por mucho y que excepcionalmente pueda renunciar a la acción penal, ello no comporta así mismo se encuentre habilitado para disponer de la jurisdicción.

En tales condiciones, es claro que durante las etapas de indagación e investigación, frente a la convicción del Fiscal de que la competencia no radica en la justicia ordinaria, o cuando por el contrario la justicia castrense le reclama el conocimiento del asunto o se lo envía por competencia, es lo propio que proceda a presentar al juez de garantías sus argumentos, junto con los elementos de convicción que haya recaudado y que considere necesarios y suficientes para que el juez de garantías se pronuncie, bien sea para acoger la tesis del fiscal, referida a que la competencia radica en la justicia penal militar, caso en el cual procederá a proponer el conflicto negativo de jurisdicciones, o bien para decidir si acepta el conflicto positivo o negativo de jurisdicciones que los jueces y fiscales castrenses ya mencionados le hayan propuesto y decide el envío del asunto a esta Colegiatura para lo pertinente, o no lo acepta y en consecuencia dispone que la Fiscalía prosiga con la actuación o la envía al despacho judicial castrense, según se trata de conflicto negativo o positivo, respectivamente.

Y se dice que la competencia para proponer un conflicto de jurisdicciones o decidir sobre el que haya propuesto la justicia penal militar en las etapas procesales mencionadas radica en el juez de garantías, porque dado que aún no ha interve-



nido, no tiene por qué hacerlo, el juez del conocimiento; las funciones que miran a materializar las garantías constitucionales y legales -como lo son, entre otras, el derecho a un juez natural imparcial, la legalidad del procedimiento, la prohibición del non bis in ídem y unidad procesal- han sido depositadas por el legislador en este operador judicial". (...).

“Esto es, que es el juez de garantías quien hacia el futuro, y cuando los procesos que se sigan adelantando bajo el nuevo régimen oral acusatorio se encuentren en sus etapas de indagación o investigación, deberá pronunciarse para decidir si propone a la justicia penal militar un conflicto de jurisdicciones o si acepta o no el que ésta le ha propuesto; con tal fin, inmediatamente se presente la situación fáctica que así lo amerite, el fiscal que se encuentre dirigiendo las diligencias de indagación o investigación, deberá concurrir ante el citado juez a presentar sus consideraciones, junto con los elementos de convicción que haya recaudado y que estime necesarios y suficientes para la decisión a lugar.”<sup>14</sup> . **(Rad.155975, 25 de marzo de 2010, MP. MY. © MARYCEL PLAZA ARTURO, Sala Tercera de decisión).**

• • •

### COMPETENCIA DEL FISCAL PENAL MILITAR

**El acto administrativo que asigna nomenclaturas y despachos ante quienes ejerce su función, no sugiere asignación.**

Sin embargo, la Ley 522 de 1999, no determinó ante cual Juez de Instancia la Fiscalía Penal Militar ejercería su competencia funcional, tal determinación la dejó el Legislador para que fuera desarrollada por la administración de la Justicia Penal Militar; y fue así que paralelamente al momento de entrar en vigencia la Ley 599 de 1999 se expidieron actos administrativos que fijaban nomenclaturas a los diferentes despachos judiciales y concretamente en cuanto a las Fiscalías Penales Militares creó el cantidad requerida según el mapa judicial, les asignó nomenclatura y les fijó ante cuál juzgado de instancia ejercerían su competencia funcional de calificar y acusar; y es hoy la misma entidad encargada de la administración judicial dentro de la jurisdicción penal militar la que emitiendo actos administrativos ha redistribuido ante qué jueces de instancia ejercerá la competencia funcional la Fiscalía Penal Militar de Escuelas de Formación. **(Rad. 155851, 25 de marzo de 2010, MP. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

• • •

<sup>14</sup> Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Rad.11001010200020070292400 (344-31). 23 de enero de 2008. Mp.Dr.Eduardo Ocampo Soto.

## CONCUSIÓN

**Abuso de Autoridad Especial con denominación propia, derivado directamente de las funciones o del cargo.**

“Incorre en el delito de Concusión conforme a las previsiones del artículo 404 del Código Penal – ley 599 de 2.000, el servidor público que abusando de su cargo o de su funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, siendo entonces los presupuestos que deben estar probados dentro del proceso, en el grado requerido en cada una de las etapas, para realizar una imputación con vocación de acierto en contra de quien es investigado por un hecho reprochado punitivamente, como los que hoy son objeto de valoración.

La concusión es abuso de autoridad especial con denominación propia, derivado directamente de las funciones o del cargo desempeñado por el funcionario público a quien se le atribuye la comisión del hecho, los comportamientos reprochados punitivamente en la norma, comprende específicamente tres modalidades alternativas de conducta – constreñir – inducir o solicitar -, dinero o cualquier otra utilidad, basta que se realice uno solo de éstos comportamientos alternativos para que se estructure la comisión del reato, sin que sea necesario la real obtención de la dádiva o promesa remuneratoria, por ello, si el tercero a quien se constriñe, se induce o solicita la dádiva, se niega a lo uno o lo otro, no por ello puede aducirse un simple conato de concusión, por el contrario debe tenerse como un reato consumado, dado que por tratarse de un delito de peligro, no requiere para su consumación que se haya entregado de manera real lo prometido o solicitado, siendo además indiferente la cantidad y la calidad de las dádivas, pues ello en nada incide para su tipificación”. (Rad. 153827, 16 de febrero de 2010, MP. MY. © JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).

• • • •

## CONCUSIÓN

**La Concusión, se perfecciona con el simple cumplimiento de la acción descrita, no es necesario la obtención del producto exigido.**

(...) la adecuación en el tipo penal del art. 404 C.P., por ser un tipo de mera conducta se perfecciona con el simple cumplimiento de la acción descrita, sin que se exija, la obtención del producto abusivamente exigido u otro resultado, lo que el legislador desea, según palabras del profesor Pabón Parra <sup>15</sup>, es proteger a la administración pública en su especificación de probidad y rectitud en el ejercicio de la actividad administrativa por parte de los agentes del Estado. En otros

15 PABÓN, Pedro. Manual de Derecho Penal. 7 ed. Bogotá: Ediciones Doctrinas y Ley Ltda, 2005. 1261p.



términos, al legislador en este tipo penal, no le interesa su resultado, beneficio o demás aspectos que rodean el hecho delictivo, sino el de evitar que los servidores públicos pongan en entredicho la confianza, equilibrio, honradez y probidad de la administración pública<sup>16</sup> ". (Rad. 154691, 28 de Enero de 2010, MP. TC PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA Tercera Sala de Decisión).

• • •

### CONCUSIÓN

#### Relación con el servicio. Fuero Penal Militar.

"1. En el Subjudece, la Justicia Penal Militar tiene competencia para conocer del presente asunto, teniendo en cuenta que la conducta imputada al policial LLJJ, guarda estrecha relación con las actividades propias de la Policía Nacional, teniendo en cuenta que precisamente en ejercicio de su cargo de Comandante de la Policía Aeroportuaria (...), y en ejercicio de sus atribuciones policiales, realizó un procedimiento de policía dentro del cual, se excedió en el ejercicio de sus funciones; por lo que es concluyente afirmar que no se trató de una conducta que ab initio tuviera un propósito criminal, sino que por el contrario, este surgió como un acto desmedido o extralimitado, que partió de un procedimiento de policía lícito.

Bajo esta perspectiva, existe una relación entre la conducta juzgada y el servicio, que avala la competencia de la Justicia Penal Militar para conocer de los presentes hechos, en cuanto estos se presentaron como un abuso de la función, que no del cargo; en este sentido la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente forma<sup>17</sup> :

"El delito de concusión previsto en el artículo 140 del Código Penal (198 del Código Penal Militar), puede llegar a estructurarse a través de dos formas, por abuso del cargo o de la función. Solo cuando se presenta la segunda, habrá lugar a investigación y juzgamiento privilegiados, pues, en el primer evento, por no estar el hecho vinculado con la función, no tendrá cabida la protección foral."" (Rad. 153522, 16 de septiembre de 2009, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).

• • •

<sup>16</sup> C.S.J., Op. Cit., p. 16.

<sup>17</sup> Sala de Casación Penal. M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Expediente 10509. Providencias en igual sentido: C.S.J., Sala Penal, sentencias de julio 31 de 1984; febrero 10 de 1981; septiembre 22 de 1987; auto de noviembre 14 de 1980

## CONDUCTA DOLOSA

La conducta realizada con conocimiento de los hechos constitutiva de delito y con voluntad de conciencia final es dolosa y no culposa.

“Confrontado el episodio fáctico con la prueba obrante oportuno es afirmar, que resulta totalmente equivocado y contrario a la estructura del delito concebir que un comportamiento que se realiza con conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal y con voluntad de acción final se conciba como culposos. Debe precisar la Sala a la Funcionaria Instructora, a la Fiscal Militar y al Juzgador que la culpa se identifica por la producción de un resultado típico, no querido pero que era previsible y evitable si el sujeto agente hubiese obrado observando el deber de cuidado, vale decir, se actúa con voluntad pero no intencionalidad. Con todo, atendiendo el aspecto volitivo, la realización del injusto debe corresponder a proceso causal distinto del concebido por el autor, por ello cuando el sujeto agente procede con determinado conocimiento y voluntad y el proceso causal alcanza el resultado querido se ha de estar en la hipótesis del dolo y no de la culpa”. **(Rad. 156167, 27 de octubre de 2009, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

• • • •

## CONDUCTAS CONEXAS EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL

Cuando se investiguen conductas conexas que deban ser rituadas por el procedimiento especial y por el procedimiento ordinario, el trámite a seguir es el previsto para el procedimiento ordinario.

“Antes de realizar el análisis de los fundamentos que motivaron la cesación de procedimiento dictada por el Juez 71 de Instrucción Penal Militar, ha de señalarse que la Sala también se ocupara de estudiar la terminación anticipada que adoptara el A-quo frente a la Deserción, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

El artículo 29 de la Carta Política que consagra el debido proceso, establece que: “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”.

En virtud de este principio de legalidad, en el presente caso, como quiera que se trata de un integrante de la Fuerza Pública en servicio activo cuya conducta se cometió como consecuencia de la función militar encomendada, el juzgamiento debe realizarse teniendo en cuenta las ritualidades de la ley 522 de 1999, es decir, la de Corte Marcial, ahora bien, la ley 1058 de 2006, estableció un procedimiento especial en el Código Penal Militar para ciertos delitos, entre ellos, el delito de deserción, aboliendo para éstos el grado jurisdiccional de consulta.



No obstante, no se previó en dicha Ley el procedimiento a seguir cuando dentro de la investigación se presente concurso de conductas punibles, es decir, si deben ser rituados por el procedimiento ordinario o por el procedimiento especial, como en el caso que nos ocupa –deserción y peculado sobre bienes de dotación–.

Sin embargo, procesalmente debe examinarse la normatividad en conjunto y para ello es válido tener en cuenta lo establecido en el párrafo del artículo 579 del C.P.M. modificado por la Ley 1058 de 2006, que señala: “Los aspectos procesales no previstos en este procedimiento especial se regularán de conformidad con lo normado en este código”.

Siendo preciso entonces, hacer referencia de lo normado en el inciso final del artículo 286 del Código Penal Militar que dispone: “Si uno de los delitos materia de acumulación está sometido al procedimiento de las cortes marciales y otro u otros no, se seguirá el trámite correspondiente a aquellos”.

Así las cosas, al encontrarse presente un delito que deba ser llevado por las ritualidades del procedimiento ordinario y otro por el procedimiento especial, es claro que el trámite correspondiente es el previsto para el procedimiento ordinario, por lo que como ya se había anunciado se analizará en forma íntegra la decisión del 21 de abril de 2009, que culminó con la Cesación de Procedimiento por los delitos de Deserción y Peculado sobre Bienes de Dotación”. **(Rad. 155879, 26 de marzo de 2010, MP. TC PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).**

• • •

### DEBIDO PROCESO

**Nulidad de la sentencia por indefinición de la situación jurídica del procesado.**

La irregularidad a la que nos referimos y que conlleva a la declaratoria de nulidad parcial tiene que ver con la omisión por parte del fallador de primera instancia en haber proferido sentencia condenatoria contra el Patrullero R.B.W.M. por el delito de Cohecho Propio sin haberse contemplado dentro de dicho pronunciamiento la totalidad de los delitos por los cuales se dictó la resolución acusatoria del 31 de enero de 2008 que fue por Falsedad Material en Documento Público y Cohecho Propio, convirtiéndose dicha decisión en errónea y en un acto procesal incompleto e inconcordante con la imputación jurídica, pues el análisis pormenorizado del expediente nos demuestra que la Fiscalía XXX Penal Militar profirió acusación contra el citado policial por los reatos contra la Fe Pública (art. 287 C.P.) y la Administración de Justicia (art. 405 C.P.) y que conforme a dichos cargos el juez primario inició la etapa del juicio y así se desarrolló la audiencia de corte marcial donde la oficina fiscal sustentó la resolución acusatoria por los delitos imputados y solicitó sentencia de carácter condenatorio por estos reatos, petición que en igual

sentido realizó el representante del Ministerio Público ante la primera instancia.

Fue tan clara y diáfana la imputación de los dos reatos –Falsedad Material en Documento Público y Cohecho Propio– que la intervención de la defensa en la corte marcial se encaminó a esgrimir sendos argumentos dirigidos a desvirtuar la endilgación de dichos reatos, lo que ameritaba que el operador judicial de primera instancia se pronunciara respecto a los dos punibles en los términos que dispone el artículo 334 del Código Penal Militar, ya que si bien en la parte considerativa de la providencia impugnada sostuvo que: “...considera el Despacho frente a la comisión de este delito de Falsedad, que muy a pesar de que la conducta del PT. R.B.W.M., en referencia a dicho punible, aparece inequívocamente típica, antijurídica y culpable a título de dolo, no puede procederse a hacer efectiva la sanción punitiva del estado en su contra, por cuanto, por un error involuntario en la formulación de la acusación, se hizo equivocadamente por el delito de Falsedad Material en Documento Público, cuando ha debido hacerse por el punible de Falsedad Ideológica en Documento Público, dada la condición de sujeto calificado, servidor público, que ostentaba el enjuiciado para el momento de los hechos, por lo que en gracia de brevedad, este Juzgado de Instancia, igualmente aceptando parte del error en que involuntariamente se incurrió en el control de legalidad, deberá declarar que desde el punto de vista jurídico-legal, no es procedente enjuiciar al implicado por este punible”, dichas consideraciones en ningún momento son fundamento jurídico para omitir bien un fallo absolutorio o condenatorio, olvidando la operadora judicial castrense que por el reato contra la Fe pública ya se había iniciado el juicio, correspondiéndole pronunciarse y resolver respecto a éste, pues no puede quedar el procesado en la incertidumbre y en espera se resuelva su situación legal por un delito del cual fue acusado y llevado a juicio. (...).

Conforme lo anterior, la Sala en aras de salvaguardar el principio al debido proceso se abstendrá de conocer los motivos de apelación y respetable concepto emitido por el señor representante del Ministerio Público ante esta instancia, decretando nulidad parcial de lo actuado a partir de la notificación de la sentencia de fecha octubre 17 de 2008 como se dejó consignado precedentemente, con el fin se dicte sentencia complementaria respecto al delito de Falsedad Material en Documento Público bajo las previsiones del artículo 334 del Código Penal Militar. **(Rad. 155510, 24 de agosto de 2009, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**

• • • •

## DEBIDO PROCESO

Se afecta por la no comunicación de apertura de la investigación y la vinculación tardía de los procesados.

“Ahora bien, es que si “el proceso es un método y una unidad dialéctica (...)” (Radicado No. 20763 del 11 mayo de 2005, MP. MAURO SOLARTE PORTILLA, Sala Casación penal Corte Suprema de Justicia), y si el legislador previó un proceso



edificado en tres etapas (investigación, calificación y juzgamiento) y si dentro de la primera de ellas, como se anotó atrás, su finalidad es la recaudación de las pruebas para la verificación de una conducta punible y la determinación de los autores o partícipes, e igualmente si el artículo 29 Constitucional prescribe que el debido proceso se aplicara a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y que se tiene derecho a la defensa durante la investigación y juzgamiento, a un proceso público sin dilaciones injustificadas, a presentar las pruebas, y a controvertir las que se alleguen en su contra, entre otros, es posible interpretar el ya también mencionado artículo 467 del Código Penal Militar en el sentido de que en el auto de formal iniciación de la investigación debe ordenar lo necesario para que se hagan viables las “demás garantías a que tiene derecho el procesado”. Si bien este inciso dispone la práctica de todas las pruebas para que puedan ser aplicados los subrogados y beneficios, asunto distinto es lo relacionado con las garantías del procesado, debiéndose interpretar que el funcionario en ejercicio de la acción penal que le corresponde al Estado, cuando dispone la apertura de una investigación penal, momento para el que ya se tiene noticia de una eventual conducta punible y de que una o varias personas determinadas son sus posibles autores, lo que corresponde es darle cuenta a esas personas contra las cuales se abrió la investigación, de que se ha tomado esa decisión, porque a partir de ese momento bien pueden ejercer el derecho de defensa material, y también técnico, otorgándosele poder al profesional que estimen conveniente. Es decir, no hay razón para que abierta una investigación el funcionario Instructor comience a practicar las pruebas para la verificación de la conducta y de los autores o partícipes, sin habersele comunicado al investigado, o sin que las personas contra las cuales se abrió la actuación, tengan conocimiento de ello. (...).

No hay por otro lado en esa actuación ningún esfuerzo para que a los Patrulleros hoy procesados, se les hubiere comunicado la apertura de la investigación, de tal forma que ella se adelantó hasta el momento en que fueron vinculados con la indagatoria sin que los procesados hubiesen podido intervenir en el lapso importante transcurrido (14 meses), con el fin de poder materializar la defensa que a ellos les competía. Es claro sobre este tema, que entre la persecución penal y la sanción a los responsables, median garantías que equilibran el poder del Estado a través de sus autoridades judiciales, y la inicial inferioridad del imputado o procesado, de tal forma que si se obvian ellas, el desbalance es material. Por ello es que si las pruebas deben ser practicadas oportunamente, la defensa también debe ser oportuna, de tal forma que no aflora defensa cuando, como en este caso, en forma morosa se decidió vincular a los procesados con indagatoria, la que a propósito fue expedita en su recepción, pues bastó con que el Juzgado Instructor enviara una comisión a otro Juzgado Instructor para que ellas pudieran practicarse, por supuesto coadyuvado con la convicción de que policiales están en servicio activo. Nada pues justifica, a criterio de esta Sala, que a los procesados se les hubiere sorprendido con la recepción de la indagatoria luego de haberse allegado diligencias relevantes (...)

No se trata entonces de concluir que objetivamente por el transcurso del tiempo entre apertura de investigación y vinculación de los procesados se ha vulnerado



el derecho de defensa, sino que materialmente la omisión de comunicárseles la apertura de la investigación en su contra, o de que ellos hubieren tenido conocimiento en este sentido, no les facilitó estar atentos desde el inicio de la etapa instructiva para que de alguna forma hubieren desplegado todas las diligencias necesarias a la demostración, bien sea, a manera de ejemplo, que los hechos no existieron, que la conducta no es relevante para el derecho penal, o que por carencia de algunos elementos del tipo es atípica, o que medió alguna causal de justificación, o que la conducta si es relevante para el derecho penal pudiera ser otro más benigna, etcétera, garantía que no lo puede ser desde avanzada la investigación, sino desde el principio de la misma, pues esas actividades son las que pueden desplegar los eventuales procesados ab initio de la investigación, y lo que es más importante, oportunamente, por lo que no puede predicarse que en estos momentos, ya vinculados y detenidos, sí lo puedan hacer, cuando ya su derecho de defensa ha sido demeritado. Es que la controversia de la prueba a través de la contradicción, si como lo acotó la Corte Constitucional en el sentencia C-412-1993, que también cita una de las distinguidas Defensoras, se extiende por supuesto a la etapa previa, qué no decir de una investigación penal formal como la califica así el ya tan citado artículo 467 del Código Penal Militar. **(Rad. 156121 30 de septiembre de 2009, MP. CN. © JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

• • • •

## DEFINICIÓN DE SITUACIÓN JURÍDICA

Su imputación es de carácter provisional.

“Sobre el primer punto, es necesario recordar que el artículo 521 del Código Penal Militar prescribe que las situación jurídica debe definirse mediante auto interlocutorio, con medida de aseguramiento si hubiere prueba que la justifique, u ordenando la libertad inmediata del encartado, y el art. 523 siguiente, dispone como uno de los requisitos formales de la decisión en comento, que se exprese “Los hechos que se investigan, su calificación provisional y la pena correspondiente”.

Lo anterior significa prima facie, que el presupuesto indicado contiene dos elementos; esto es, la situación fáctica y la situación jurídica, esta última que es la que preocupa al recurrente, y que es, conviene recordarlo, una “calificación” provisional. Esto precisamente tiene asidero en la estructura del proceso penal, pues en la primera etapa, la investigación, el Instructor debe llevar a efecto todas las diligencias necesarias para verificar los hechos denunciados y por los cuales fue vinculado el procesado bien con indagatoria o mediante declaratoria de persona ausente, de tal forma que se pueda evaluar su posible responsabilidad en etapa posterior. En la calificación el Fiscal debe tomar finalmente la decisión de cesar procedimiento o acusar al procesado, y en la etapa del juicio, el Juez de Conocimiento dispondrá la absolucón o condena, conservando el principio de congruencia entre la acusación



y la sentencia, teniendo como referente tanto la imputación fáctica como la jurídica. Pero obsérvese que en la primera de las etapas la cuestión fáctica se explica provisional, porque precisamente es la etapa en la que se está en procura de reconstruir los hechos ocurridos materialmente, y es al Fiscal Penal Militar a quien le corresponde evaluar la situación fáctica circunstanciada para definir la imputación jurídica, sobre la que, junto con la primera, ha de versar el juzgamiento. Por ello es que la calificación jurídica en la etapa de acusación puede ser diferente a la que se esgrimió por el Juez Instructor, y ello explica que el art. 557-4 de la misma obra exija como requisito formal de la resolución de acusación, entre otros, “La calificación jurídica en que argumenta su acusación con señalamiento expreso del delito o delitos y de sus circunstancias específicas”. **(Rad. 155927, 17 de diciembre de 2009, MP. CN. ® JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

• • •

### **DELITOS CONTRA EL SERVICIO**

**El ejercicio de la función permite diferenciar un delito del centinela del abandono del puesto.**

“Cuando la función que se cumple es específica, se ha de entender que es un centinela porque es una persona entrenada y equipada para tal fin, se despliegan actividades de seguridad y vigilancia, de alerta y vigía, en un sector determinado, de suyo al asumir el cargo se está de facción; situación diferente acontece con otro tipo de servicios de guarnición, como acontece con el oficial de servicio o de inspección, que si pueden conllevar al abandono del puesto.

(...)

Es innegable que el centinela cumple una vital función en la actividad militar y policial, ya que se convierte en los ojos y oídos de la Unidad, su responsabilidad se proyecta a la integridad de individuos y bienes, vigilancia y seguridad de instalaciones, del personal y elementos que allí se encuentran. El centinela es la primera línea de defensa, por lo que no asalta el juicio afirmar que su presencia se torna importante de cara a la realidad Colombiana donde se viven condiciones de inseguridad y riesgo potencial. Lamentablemente, y máxime en zonas alejadas, el que una Unidad castrense o policial sea atacada por grupos organizados al margen de la ley o delincuencia común no es una simple hipótesis, sino una triste realidad. Sobre la importancia del centinela en la actividad de la Fuerza, de tiempo atrás han sido prolijos los pronunciamientos del Tribunal, basta con referir lo que al respecto consideró la Corporación en el año 1965 y que hoy tiene plena vigencia:

“(...) El oficio de centinela, como se sabe, es de capitalísima importancia en las funciones de la milicia, porque del puntual, estricto y alerta servicio de vigilancia dependen, casi por entero, la seguridad de los Ejércitos y la eficacia de su acción defensiva, no solamente cuando se hallan en campaña, durante las duras y agota-

doras jornadas de tensión bélica, respirando ráfagas de pólvora y de muerte, a la espera de sorpresivos ataques enemigos; sino también en el tranquilo discurrir de los días de rutina, en épocas de orden y de paz. Sencillamente porque, en todos los tiempos, la imprudencia será siempre la antesala de la calamidad, y porque los azares y los riesgos únicamente los conjura y detiene el espíritu de prevención. La atención vigilante del centinela, desplegada a toda hora sobre el ámbito de los cuarteles, es el genio tutelar de las tropas. Por sus ojos y sus oídos, ve y oye ese cuerpo gigante, lento y parsimonioso, que es el organismo militar, y precisamente por eso se le denomina también “veedor” y “escucha”. Ha de tener como argos una jauría despierta de cincuenta miradas, y la oreja profunda y ubica de Dionisio, que según la leyenda, percibía hasta las palpitaciones del pensamiento.

Hablando de la inevitable y encadenada vinculación social del género humano decía Dostoiewski con palabras proféticas: “Cada uno es responsable de todos y todos de cada uno”. Y la genial sentencia rige como un axioma y gobierna con rígido imperio las relaciones solidarias de la vida militar, puesto que en ella el centinela viene a ser como el depositario y hasta el dispensador de la suerte de los demás.

La seguridad y la eficiencia operativa de los Ejércitos dependen, pues, por la mayor parte, de la diligencia atención y puntualidad de sus escuchas y atalayas (...)<sup>9</sup>” (Rad, 156393, 09 de marzo de 2010, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).

• • • •

## DELITO DEL CENTINELA

Las consignas particulares hacen parte de una de sus modalidades.

Desde otro punto de vista, también recuérdese que el artículo 131 del Código Penal Militar prescribe que el Centinela que se “duerma, se embriague o se ponga bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, o falte a las consignas especiales que haya recibido, o se separe de su puesto, o se deje relevar por quien no esté legítimamente autorizado, incurrirá en arresto de uno (1) a tres (3) años” (subrayado nuestro), significa que una de las modalidades es la de desatender las consignas especiales, y por ello no puede ser de recibo la apreciación del Señor Fiscal Penal Militar en el sentido de que la ley Penal Militar hace punible también el incumplimiento de las consignas generales. Sobre este tema debe recordarse las funciones que cumple el tipo, entre otras de garantía y de fundamento. Sobre este tema, es bueno citar al Maestro Luigi Ferrajoli, que en su obra Derecho y Razón – teoría del garantismo penal – (Pág. 34), al referirse al convencionalismo penal y la estricta legalidad, refiere dos condiciones: el carácter formal o legal del criterio

<sup>9</sup> Tribunal Superior Militar. MP. Julio Soriano Ordóñez. Agosto 30 de 1966. Citado por Eduardo Vásquez Cachón. Código de Justicia Penal Militar. 2ª. Ed. Ediciones Ciencia y Derecho. Pág. 186



de definición de la desviación y el carácter empírico o fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas. Respecto la primera predicó:

“La primera condición equivale al principio de la reserva de ley en materia penal y del consiguiente sometimiento del juez a la ley: conforme a ella, el juez no puede calificar como delitos todos (y solo) los fenómenos que considera inmorales o, en todo caso, merecedores de sanción, sino solo (y todos) los que, con independencia de sus valoraciones, viene formalmente designados en la ley como presupuesto de una pena”,

Este mismo estudioso, manifestó en líneas siguientes:

“En consecuencia, como quiere la primera de tales concepciones, le presupuesto de la pena debe ser la comisión de un hecho unívocamente descrito y denotado como delito no solo por la ley, sino también por la hipótesis de la acusación, de modo que resulte susceptible de prueba o de confutación judicial según la fórmula nulla poena et nulla culpa sine iudicio. Al propio tiempo, para que el juicio no sea apodíctico, sino que se base en el control empírico, es preciso también que las hipótesis acusatorias, como exige la segunda condición, sean concretamente sometidas a verificación y expuesta a refutación, de forma que resultan convalidadas solo si resultan apoyadas por pruebas y contrapruebas según la máxima nullum iudicium sine probatione”. (155422, 23 de julio de 2009, CN. © JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).

• • •

## DOSIFICACIÓN PUNITIVA

**Concurrencia de rebajas de pena por causales objetivas y subjetivas.**

“Conforme la norma en cita, es evidente y así se observa del estudio realizado al plenario, que el procesado S.C.S. se presentó a la unidad militar dentro del término establecido en la mencionada disposición, toda vez que al hacer un recuento de la consumación del hecho punible, tenemos que este tuvo ocurrencia el 24 de septiembre de 2007 y a partir de esta fecha es que comienza a contarse los ocho (8) días que exige la norma; apreciándose claramente que el conscripto hizo su presentación el 29 de septiembre del mismo año, es decir, dentro del término dispuesto por la ley para la rebaja punitiva de que trata el Digesto 130 Ibídem, por lo que deberá reconocérsele dicha atenuación punitiva en aras del principio de legalidad.

En este orden de ideas, y como se hace el acreedor el procesado a diversas reducciones en cuanto a su pena, seguiremos el siguiente orden: primero, se establecerá el límite mínimo y máximo en que nos podemos mover para la individualización de la sanción para fijar la pena en concreto y a partir de ahí se aplicaran las reducciones a que haya a lugar.

Tenemos entonces que el artículo 128 del C.P.M., consagra para el delito de deserción, una pena de 6 meses a dos años de arresto y el artículo 130 de la misma codificación, una reducción hasta en la mitad cuando el responsable se presentare voluntariamente dentro de los ocho días siguientes. Siguiendo las reglas que para tal efecto contempla el Código Penal en su artículo 60-3, a falta de norma que así nos lo indique la legislación penal castrense, cuando la pena se aumenta o disminuye hasta en una proporción determinada, ésta se aplicará al mínimo la infracción básica. Ósea que el mínimo de la pena, esto es 6 meses de arresto, se puede disminuir en concreto, en una proporción que fluctúa entre un día y 3 meses de la pena privativa de la libertad.

Así las cosas, el nuevo marco punitivo quedaría contemplado de 3 meses a 2 años de arresto.

Al haber considerado el A Quo para el caso en concreto que no concurrían agravantes genéricos partía de la mínima, pudiéndosele sumar a ese argumento, que como atenuantes genéricos tenemos su buena conducta anterior, lo que nos permite ubicarnos en el mínimo contemplado para el ámbito punitivo, esto es, 3 meses de arresto, siguiendo los parámetros del artículo 70 de la Ley 522 de 1999.

Fijada la pena en concreto, procederemos a dar aplicación a la rebaja de la sexta parte de que habla la Ley 1058 de 2004 por aceptación de cargos. Luego, al quedar la pena imponible determinada de 3 meses de arresto, la rebaja mencionada quedaría en 15 días, que aplicada al anterior guarismo, nos daría una pena final de 2 meses y 15 días de arresto.” **(Rad.155003, 30 de octubre de 2009, MP. MY. ® MARYCEL PLAZA ARTURO, Sala Tercera de decisión).**

• • • •

## EL CASO FORTUITO

**Interrumpe el curso normal de la acción en el delito imprudente.**

“(…) 2.- Ahora bien, esta Sala de Decisión entrará a analizar de manera puntual la figura del caso fortuito como causa que interrumpe la acción en el tipo imprudente, específicamente en el peculado culposo de que se trata la sentencia consultada.

En primer término se parte del análisis sobre la existencia de un nexo causal entre aquella conducta infractora al deber de cuidado y el resultado dañoso, precisando que el fundamento del reproche jurídico en la culpa, es la omisión del deber de cuidado por parte del sujeto agente, y que tal omisión en el deber de cuidado es la que deberá generar la pérdida del objeto material, que en el caso subjudice tal nexo causal se concretaría en la pérdida del revólver Smith & Wesson. Es decir, se debe analizar si el procesado creó un riesgo jurídicamente desaprobado



en cuanto a la tenencia del revólver, y consecuente con ello si tal riesgo se concretó en el resultado. En el caso subjudice, analizar la forma como el AG. M.B. portaba, custodiaba y guardaba el arma de dotación oficial, y valorar si tales acciones se encontraban acordes o no a la debida forma como se ejerce la posesión y tenencia de un arma de dotación oficial por parte de la comunidad policial.

Sin embargo, esta valoración de si existen conductas descuidadas, despreocupadas, desatentas o faltas de diligencia sobre la tenencia del revólver de dotación por parte del AG. M.B., resultarán innecesarias, toda vez que el accidente de tránsito ocurrido momentos antes a la verificación de la pérdida del arma, se califica como un evento de caso fortuito que rompe el nexo causal entre la conducta imprudente y el resultado. (...).

3.- Del fundamento de la absolución por parte del Fallador de Primera Instancia.

La decisión absolutoria de Primera Instancia objeto de análisis por vía de consulta se fundamentó esencialmente, en que la causa de la pérdida del revólver que portaba el AG. M.B. como dotación por su quehacer policial como orgánico del Departamento de Policía Tolima, obedeció al accidente de tránsito que sufrió la noche del 8 de agosto de 2008 cuando se encontraba a bordo de la motocicleta Suzuki de placas RFL68A y que colisionó con el vehículo Chevrolet Optra de placas GRE 058, consecuencia de tal accidente, un tercero aprovechando las circunstancias se apropió del arma de fuego (revólver Smith & Wesson), lo anterior se infiere del siguiente texto: “Como consecuencia de este fuerte impacto, tanto el piloto como el copiloto de la moto cayeron al suelo golpeándose y perdiendo el sentido momentáneamente, situación que aprovecharon los amigos de lo ajeno para hurtar el arma de fuego (...) llevándonos a proferir una sentencia absolutoria, pues al analizar las pruebas no se encontraba prueba alguna en cabeza del AG. J.I.M.B., por lo que el resultado se tornaba inevitable, emergiendo así el clásico caso fortuito que excluye la responsabilidad del agente”.<sup>18</sup> **(Rad. 159999, 25 de marzo de 2010, MP. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

• • •

## EL RIESGO PERMITIDO

Sus efectos en el deber objetivo de cuidado.

“Por ello el punto de partida para establecer si el procesado obró con el debido cuidado, si su actuar consulta el riesgo permitido o si incrementó el riesgo, corresponde a precisar que la imputación objetiva, en forma por demás sucinta, es el intento de delimitar los hechos propios de los acontecimientos accidentales, equivale a la creación de un riesgo y su concreción en el resultado.(...)Desde las

<sup>18</sup> Sentencia absolutoria del 2 de junio de 2009 fl. 191.

propuestas del profesor Honig el mero acontecer causal no era suficiente para imputar el resultado, por lo que era necesario la manifestación de voluntad para poder imputar el resultado. Roxin (en su obra de Derecho Penal Parte General) elabora los criterios de la teoría de la imputación objetiva a partir de: a) disminución del riesgo, b) creación de un riesgo jurídicamente relevante, c) aumento de riesgo permitido y d) esfera de protección de la norma.

Cierto es que el riesgo forma parte del desarrollo y evolución de las sociedades y que de ello emana la concepción de riesgo permitido, afirmación que sugiere que el deber objetivo de cuidado se encuentre normado para evitar el desborde del referido riesgo. De igual manera que entre la creación del riesgo y su concreción en el resultado debe haber un nexo de causalidad, que de no existir no hay lugar a imputación, por ello cuando se afirma que alguien es el causante de determinado hecho y en consecuencia es responsable, es porque hay plena prueba que lleva a inferir que este acontecimiento es su propia obra, su propia voluntad y no un suceso de la accidentalidad. Así, si el resultado no se puede explicar a partir de la creación del riesgo desaprobado no es viable imputar el resultado. Por consiguiente, se imputa un resultado cuando este solo se puede explicar a partir del riesgo creado, o cuando se incrementa el mismo de forma jurídicamente desaprobada, por ello el peligro es determinante para la producción del resultado. A contrario cuando se actúa dentro del cauce del riesgo permitido, éste se disminuye más cuando el sujeto agente procede en el marco de situaciones lícitas, con lo que se acata el deber de cuidado". (Rad. 155099, 27 de noviembre de 2009, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).

• • • •

## **ERROR DE PROHIBICIÓN**

**La actualización del conocimiento por parte del Centinela.**

Corolario de lo anterior, lo que se desprende de la situación fáctica, es que eventualmente el procesado actuó bajo el postulado de existir los presupuestos para una casual de ausencia de responsabilidad, en este caso, una legítima defensa. Es que en su condición de centinela se veía compelido a repeler una situación concreta, es decir, el asomo inminente de una amenaza o peligro, pues no otra cosa puede entenderse del acercamiento de la sombra que no acató la señal para que se identificara. Veamos: aunque nada preocupó a la instrucción y a los funcionarios de la primera instancia la verificación de las consignas de los puestos de centinela, respecto al prestado por el procesado, el CT Z.R. se refirió en general a la seguridad perimétrica del puesto, y por otro lado el personal hacia parte del dispuesto para la misión táctica de destrucción con maniobra de emboscada, bajo el método de infiltración, a que se refiere el documento obrante a folio 110 del expediente. Por otro lado, el reglamento de Servicio de Guarnición prescribe que el centinela es un individuo de la guardia, armado y colocado en un sitio determinado con misiones



definidas de vigilancia y seguridad, que debe tener el arma cargada y asegurada, debiendo además estar en constante actividad, sin hacer cosa alguna que distraiga su atención. Téngase entonces en cuenta que no se trata de la vigilancia estrictamente, sino de la condición de seguridad que debe prestar el centinela, en este caso, con referencia a la Base en la que estaba destacado el recurso humano y la logística de la tropa. Así, puede indicarse que el centinela debe estar atento contra cualquier situación que pudiere afectar la seguridad. (...).

Entonces, el Soldado Profesional, con el propósito de atender lo que a él le había sido impuesto, encontró la necesidad de llevar a efecto su acción, esto es, disparar al objetivo, pues no de otra manera podía procurar neutralizar la amenaza que había percibido, y que se encontraba a una distancia bien cercana esto es, entre 07 y 10 metros aproximadamente. Lo que se quiere significar, es que el SLP M.M. actuó consciente, no solamente de la amenaza, que de acuerdo a la situación en concreto era inminente, sino que también consciente de su acción de disparo para la protección de la Base, y especialmente de sus hombres, incluyendo su propia humanidad.

Sin embargo, si bien es cierto, ante la amenaza que constituía un inminente peligro, el centinela resolvió disparar, a propósito haciéndolo en ráfaga, es necesario consignar igualmente que en el área no se encontraba solo, que se trataba de un lugar donde podía comunicar de alguna forma la situación irregular que se presentaba, especialmente si el extraño se acercaba, con el fin de obtener no solamente apoyo, sino que las otras personas acantonadas en la Base pudieran intervenir para neutralizar la situación; e igualmente que hubiere sido prudente en esas condiciones, tomar una posición que le permitiera su protección mientras se verificaba de quién se trataba. Es decir, podían haberse llevado a efecto concretamente dos medidas para conjurar la amenaza, fuera de que debió haber estado tan atento en el servicio, de tal forma que no lo fuera a sorprender el extraño a la poca distancia que lo divisó, queriéndose significar con ello, que hubiera podido percibirse una mayor distancia, lo que le habría facilitado las acciones para conjurar el peligro: la una, es la adopción de una posición que permitiera su propia protección y el seguimiento de la sombra o extraño, y la otra, la comunicación de la novedad observada, mediante voces claras y fuertes de auxilio y advertencia, e inclusive la realización de un disparo “al aire”.

(...).

Con base en lo anterior, debe descartarse lo expuesto por el Señor Defensor y el concepto del Ministerio Público ante esta Instancia, pues lo que movió al procesado a actuar fue la sombra que se acercaba, convencido de que se trataba de un enemigo, lo que se hizo más relevante cuando escuchó partir unos palitos. Ese peligro, que en las condiciones concretas era no solamente inminente, sino que había adquirido la característica de real, es lo que no permite acudir al cumplimiento de un deber legal, pues debe entenderse que el centinela condicionado por las consignas que se le hayan impartido, no puede actuar sino en forma razonable y proporcionada con su arma de fuego, de tal forma que no puede considerarse como una regla, el que pueda disparar siempre contra un objetivo que le merece



extrañeza, sino que debe ser reflexivo antes de actuar.

En conclusión, sin asistirle razón a la señora Defensora, se confirmará la decisión, si bien no por los argumentos en que se condensó la culpa por parte del Juez A- quo, sino por evidenciarse un error de tipo de prohibición (considerado error de tipo según la teoría limitada de la culpabilidad), pues se trate de una defensa putativa, con un tratamiento como error de tipo (artículo 32-10 ley 599 de 2000) por razones de política criminal, por lo que sí es vencible es punible, por cuanto el tipo admite la modalidad de culpa. **(Rad. 155420, 12 de agosto de 2009, MP. CN. ® JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

• • • •

## **ERROR DE PROHIBICIÓN VENCIBLE**

**Frente a la coautoría aditiva.**

El recaudo probatorio incorporado al presente paginario, especialmente las injuradas rendidas por los procesados, son las que nos da el margen de las circunstancias de tiempo, modo y lugar como ocurrieron los hechos, no pudiéndose aceptar la errada fundamentación de que los enjuiciados actuaron bajo el error de prohibición invencible, ya que de las versiones rendidas por los superiores de estos se encuentra que actuaron voluntariamente y sin previa orden de abrir fuego, desconociendo las indicaciones que al respecto se habían impartido, precisamente en aras de evitar hechos lamentables como el ocurrido, dejando de lado su experiencia e instrucción recibida, pues la orden de alto que dio D. en tono bajo, no fue para los civiles que transitaban sino para que la tropa tomara la posición de defensa, surgiendo que si bien no hubo intención dolosa de causar daño a los particulares, si una imprudencia de parte de estos al haberse precipitado al disparar contra un objetivo no identificado únicamente por haberles alumbrado, omitiendo repetimos, que han sido capacitados e instruidos para afrontar esta clase de situaciones, demostrando así mismo negligencia en su actuar, precisamente al no percatarse como se les había encomendado de los objetivos como lo hicieron los demás miembros de la patrulla militar, ya que las órdenes eran precisas en cuanto al manejo de las armas e identificación de los objetivos, en aras específicamente de evitar y causar daño a la población civil.

Nos permite lo anterior señalar sin mayores elucubraciones que los soldados voluntarios F. R. y M.C. en el momento de la ocurrencia del hecho accionaron sus armas de dotación – fusiles galil 5.56- violentando sin justa causa el bien jurídico tutelado de la vida y la integridad personal de los ofendidos A.J.Á.V. quitándole la vida a éste y a R.M.O. causándole heridas por las cuales el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses le dictaminó incapacidad médico legal definitiva de ciento ochenta (180) días y como secuela de carácter permanente una



perturbación funcional del miembro inferior izquierdo<sup>19</sup>, observándose que los militares enjuiciados con su comportamiento a raíz de considerar en su realidad psíquica que estaban frente a una posible agresión actual e injusta contra su vida y la de sus compañeros, sin existir dicho ataque, reaccionaron de forma como si en realidad estuviesen frente a una agresión del enemigo, lo que se desprende diáfamanamente del reporte que se dio de la cantidad de munición que utilizó cada uno de ellos, con lo cual su conducta se hace típica y antijurídica al lesionar efectivamente sin justa causa el bien jurídico tutelado de la vida y la integridad personal, máxime que en la orden de operaciones No. “050 ACORAZADO” en uno de sus apartes manifiesta:

“2). FUEGOS Inicialmente se emplean los fuegos orgánicos de la compañía, fuego aerotáctico de acuerdo al desarrollo de la operación y a pedido del Comandante de la Unidad de Maniobra”.

Asimismo el CT. J.O. R.P. en su diligencia de declaración rendida el 14 de agosto de 2002 señaló:<sup>20</sup>

“... di normas claras precisas referentes al manejo con las armas de fuego, haciendo énfasis en el decálogo de las armas de fuego, insistiendo constantemente a todo el personal desde comandantes de pelotón, sección y escuadras sobre el manejo de las armas de fuego, recalcando que se debían

extremar las medidas de seguridad e identificar muy bien los objetivos, ya que gran parte de la operación se desarrollaba en la parte urbana de Cuturu por lo tanto muy seguramente se iba a recibir fuego desde las ventanas o solares de las casas, para en lo posible no hacer uso de las armas buscando capturar a los narcoterroristas, por lo que se debía reducir al máximo la silueta....”(Subrayado nuestro). En igual sentido se expresó el MY. C.H.B.O.<sup>21</sup>.

Luego la orden para el personal que hacía parte de la operación era clara, no debían hacer uso de sus armas sin la orden del superior, razón por la cual se encuentra demostrado que los procesados actuaron bajo su percepción psíquica de que debían defenderse de una agresión sin que hubiese recibido ataque alguno y sin que se les hubiera dado la orden de accionar sus armas de dotación.

Respecto a la conducta delictiva conjunta ha señalado la Honorable Corte Suprema de Justicia que no es dable separar lo actuado para responsabilizar a cada interviniente sólo por la infracción de hecho que haya ejecutado materialmente, manifestando:

---

19 Fl. 166  
20 Fl. 6  
21 Fl. 23

“No es jurídico que en los delitos cometidos por un número plural de personas, que han actuado bajo un designio común, la acción se divida para responsabilizar a cada interviniente sólo por la fracción de hecho que haya ejecutado materialmente. El acto colectivo debe apreciarse en su conjunto y por lustros ha sostenido la Corte que “en los casos en que varias personas proceden en una empresa criminal, con consciente y voluntaria división del trabajo para la producción del resultado típico, todos los partícipes tienen la calidad de autores, así su conducta vista en forma aislada no permita una directa subsunción en el tipo, porque todos están unidos en el criminal designio y actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido o, por lo menos, aceptado como probable” (febrero 28 de 1985, M. P. Luis Enrique Aldana Rozo).

Sobre dicho aspecto, además de lo establecido en los apartes citados por el ad quem, entre ellos el de la providencia del 24 de marzo de 1993 (M. P. Jorge Carreño Luengas, rad. 6.932, “...es indiferente determinar cuál de los comprometidos en el episodio delictivo fue el autor material de la infracción, pues lo que acá interesa es demostrar el acuerdo previo entre los varios concurrentes al delito y la unidad de designio criminal”), la jurisprudencia también ha precisado lo siguiente:

“Una cosa es que de un grupo de personas no se tenga certeza respecto a quienes participaron en el hecho, y otra muy diferente, que exista seguridad de que un hecho fue producido por la acción conjunta de un grupo de individuos, pues en este último evento la imprecisión de los detalles no altera la responsabilidad que como autores les es imputable a todos.” (Julio 6/93, M. P. Ricardo Calvete Rangel, rad. 7.446).

Háyase o no “omitido el examen de balística”, mención del demandante que no presenta como cargo separado, haber quedado sin establecer dónde hicieron impacto los disparos efectuados por uno y otro sindicado, no desvirtúa su obrar mancomunado, dirigido a quitarle la vida a Juan Carlos Silva Silva. Por ende, no incurrió la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín en error alguno al concluir, como igualmente estimó el a quo, que DANILSON RONDON OROZCO también accionó contra Juan Carlos Silva Silva el arma que portaba, en desarrollo de conducta previamente convenida. (Radicado 12993 del 24 de enero de 2001, Magistrado Ponente doctor NILSON PINILLA PINILLA).



Así las cosas, es claro y palpable para esta sala de Decisión que los procesados están incurso en una causal de ausencia de responsabilidad – error de prohibición vencible- teniendo en cuenta que nuestro actual estatuto procesal castrense es de corriente causalista (art. 23) presentándose un nexo de causalidad entre la conducta de los enjuiciados y la vulneración del interés jurídico tutelado de las víctimas, dado que si estos hubiesen observado y acatado lo dispuesto por sus superiores en cuanto al uso de las armas de fuego e identificación plena de los objetivos perseguidos con la operación, jamás hubiese sucedido tan lamentable evento, ya que fueron los procesados quienes en forma personal tomaron la determinación de accionar sus armas de dotación contra los particulares, creyéndolo conveniente para su seguridad y la de sus compañeros al considerar que iban a ser atacados cuando ello no era así como se reseñó en acápite que antecede, ya que si bien se desplazaban por un sector fusco y se les había informado que era inminente el enfrentamiento con un grupo de las autodefensas ilegales, ello lógicamente no justificaba que dejaran de observar las consignas impartidas y proceder a accionar las armas que portaban, por lo que nos mostramos en total desacuerdo con la decisión absolutoria proferida a favor de los procesados, pues actuaron imprudente y negligentemente desatendiendo las consignas impartidas sobre el uso de las armas e identificación plena de los objetivos, para evitar precisamente daños a la población civil como en este evento; siendo evidente el nexo causal entre el actuar de los procesados y los resultados Homicidio y Lesiones, que nos conlleva indefectiblemente a revocar el fallo absolutoria de fecha 10 de septiembre de 2008 para proceder a proferir sentencia condenatoria contra F.R.L.A. y M.C.E. al tenor de lo consagrado en el artículo 396 del Código Penal Militar al haberse demostrado con certeza sobre los hechos y responsabilidad de los procesados.

Creieron que les estaba permitido disparar por encontrarse frente a una agresión, creieron que obraban bien, se equivocaron, la causal de justificación sí existe en el ordenamiento jurídico, pero lo que sucede es que en el caso específico tal causa no existe porque no se dan los presupuestos. En este caso el sujeto yerra sobre los presupuestos objetivos de una entre las varias causales de justificación, sobre los presupuestos objetivos de la legítima defensa, agresión o injusticia de la misma.

En efecto, cuando el sujeto se equivoca sobre los presupuestos objetivos de la legítima defensa, bien sea sobre la existencia misma de la agresión o sobre la injusticia de ellos, estamos en presencia de lo que se conoce como la defensa putativa.

En este caso el ataque o agresión no existe en el mundo real u objetivo, sino en la mente del sujeto; es una mera realidad psíquica porque la agresión ni es real sino pensada, no hay peligro real para el sujeto, pero sí existe en el mundo subjetivo, el sujeto lo vive como real que lo mueve a defenderse en la misma forma que lo haría si la agresión efectivamente existiera, siendo un fenómeno jurídico de entero raigambre psicológico, por eso una cosa pueden decir los testigos, y otra haber sentido y vivido el procesado.

En el evento subexamine es claro que F.R.L.A. y M.C.E. sabían que estaban matando y efectivamente quisieron ese resultado, existiendo un elemento intelectual y volitivo de muerte (conocía y querían el hecho), sin embargo la conciencia y voluntad no estuvieron orientadas a la “realización antijurídica del hecho muerte”, ni el sujeto no tuvo el propósito de matar con conciencia de la antijuricidad puesto que creyó que se daban los presupuestos objetivos de la causal de justificación. **(Rad. 154454, 27 de octubre de 2009, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**

• • • •

## **EXTINCIÓN DE LAS PENAS**

**Privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego de conformidad con los artículos 109 y 120 del código penal, es una pena principal concurrente de prisión y la multa.**

(...) fue erróneo el rechazo de la extinción de la pena que hiciera el juez primario, toda vez que el cumplimiento de la pena de restricción de Tenencia y Porte de Armas de Fuego impuesta por tres (3) años, se empieza a contar desde el día siguiente de quedar ejecutoriada la sentencia condenatoria, para este caso desde el 9 de mayo de 2007 que fue la fecha en que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal inadmitió la demanda de casación interpuesta por el condenado y no desde el acto administrativo que dio precisamente cumplimiento a la ejecutoria de la pena impuesta, lo que quiere decir, que desde el 10 de mayo de 2007 se comenzó a contabilizar el cumplimiento de dicha pena, que de acuerdo al término fijado por el juez de primera instancia se cumpliría el 10 de mayo del año en curso, pero como quiera que esta sanción de privación al derecho a la tenencia y porte de armas de fuego se ha venido tomando y señalado erradamente como pena accesoria cuando en realidad es una pena principal como así la fijó el legislador en el artículo 109 de la Ley 599 de 2000, por tal motivo fue que el Ad-Quo al conceder el subrogado de la condena de ejecución condicional no la exceptuó de dicho beneficio, esta Sala con base a las facultades conferidas, habrá de corregir tal postura concediendo lo pedido por el apelante de extinguir la acción penal. (...).

Nótese, que es el mismo legislador quien introduce dentro del tipo penal descrito anteriormente la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego como pena principal concurrente con la de prisión y la multa, sin desconocerse que si bien el artículo 45 del estatuto punitivo castrense preceptúa como pena accesoria privativa de otros derechos la prohibición de porte y tenencia de armas de fuego, remitiéndonos a lo consagrado en el artículo 59 Ibídem que ratifica dicha prohibición al sentenciado, la Sala encuentra que dicha pena accesoria se aplica única y exclusivamente cuando no ha sido prevista como principal por el legislador. **(Rad. 151753, 02 de marzo de 2010, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**



### **FALSA ALARMA.**

**Antijuridicidad.- Para que sea punible debe afectar o poner en peligro la seguridad de la Fuerza Pública.-**

“Tales complementos subjetivos son diversos del dolo, por cuanto expresan especiales tendencias, motivos o finalidades exigidos por el legislador en la construcción, constitución y adecuación típica del comportamiento. Es así como encontramos en el tipo penal que describe el delito de falsa alarma, que el legislador exige para su configuración, una finalidad que debe guiar al sujeto activo en la realización de la conducta típica, estos es que debe existir el ánimo de que se produzca o se difunda la alarma para obtener la preparación a la defensa o al combate; sin la presencia de tal complemento subjetivo, no se constituirá integralmente el tipo, frustrándose el juicio de tipicidad.

Con fundamento en lo anterior y frente al acervo probatorio recaudado, encontramos que esa finalidad específica no acompañó al procesado, quien al disparar solo pretendía asustar a una “babilla” que se le acercó con la boca abierta y para protegerse de ésta, hizo uso de su arma de dotación oficial.

(...)

Indica lo anterior, que el procesado no actuó con la intención de preparar a sus compañeros para la defensa o para un combate y que éstos solo reaccionaron para averiguar de dónde venía el disparo y cuando el procesado les explicó lo sucedido, cada uno regresó a sus actividades y los que estaban de servicio de centinela, no se desplazaron, solo se alertaron en sus puestos de centinela, tal y como lo manifestaron en sus declaraciones.

Ahora, es necesario tener en cuenta que no se debe tratar de cualquier actividad, sino de una que cree gran pavor, que obligue a movilizar a la reacción, ocasionando un desgaste a los miembros de la institución, y que además conlleve el abandono de otros servicios, para atender lo que a la postre, resultare ser una falsa alarma.

Es así que la actividad desplegada por el soldado, no produjo en las autoridades militares comprometidas, la necesidad de desplegar un férreo dispositivo; por el contrario, el incidente fue tomado desprevenidamente por sus miembros, lo que está indicando que no produjo miedo, ni temor, pues no desplegaron ninguna actividad relacionada con la misma, ni hubo preparación para la defensa o el combate.

Entonces, se debe puntualizar que quienes lanzan una falsa alarma “no sólo provocan miedo e inconvenientes sino que ponen en riesgo los medios de seguridad disponibles”, aspectos que no se vieron comprometidos en este suceso fáctico, y que se desprenden de la ausencia de reacción por parte de los integrantes de la compañía.” (Rad. 155861, 15 de octubre de 2009, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).

• • •

## **FALSA ALARMA**

### **Elemento subjetivo para su configuración.**

“Falsa alarma. El miembro de la Fuerza Pública que produzca o difunda falsa alarma para la preparación a la defensa o al combate, incurrirá en arresto de seis (6) meses a un año.

“Si a consecuencia del comportamiento...”

De la anterior descripción típica se desprende que es elemento fundamental para la configuración del injusto militar de falsa alarma, que el sujeto agente realice la conducta allí descrita con el propósito de que las tropas se preparen para la defensa o el combate, es decir, que su actuar debe buscar dicho resultado, de tal manera, que si ésta no fue la intención, la conducta deviene atípica, se trata de un ingrediente subjetivo que el legislador incrustó en el tipo penal, sin el cual no se estructura el reato en mención, que además desde el punto de vista subjetivo solo es atribuible en la modalidad dolosa, pues no admite, la culpa ni la preterintención, esto es, que debe realizarse con la intención deliberada de afectar el bien jurídico-La seguridad de la Fuerza Pública, sabiendo y queriendo lo que hace.

Para el caso en estudio, al parecer, según lo manifestado por el procesado en la diligencia de indagatoria, lo cual no fue desvirtuado en la investigación, no hizo los disparos para crear alarma en la contraguerrilla y que esta se preparara para la defensa o el combate, e inclusive rápidamente sus integrantes se dieron cuenta que DÍAZ BARERRA era quien había hecho los 5 primeros disparos, lo cual trajo la calma, pero este continuó disparando hasta agotar el proveedor, lo cual permite inferir que su intención no habría sido la exigida por la citada preceptiva, además porque se quedó con una granada sin permitir que sus compañeros se le acercaran porque tenía rabia, quería estar solo, y no hablar con nadie, a lo cual se suma, que al parecer estaba bajo los efectos de sustancias alucinógenas según su dicho, lo cual tampoco se aclaró en la investigación.

Vistas así las cosas, y como no se confirmó o infirmó el dicho del procesado, habrá de creérsele que los hechos sucedieron como él los presentó, de los cuales emerge incertidumbre en torno a la tipicidad de la conducta imputada, imponiéndose por mandato legal la aplicación del principio in dubio pro reo, previsto en el artículo 209 ibídem, según el cual, toda duda que surja en el proceso se resolverá a favor del sindicado, cuando no haya modo de eliminarla. **(Rad. 155717, 15 de octubre de 2009, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

• • • •



### **FAVORECIMIENTO EN LA FUGA DE PRESOS**

**La evasión de un menor de edad por negligencia del custodio es atípica si se tiene en cuenta que en contra de estos no procede ni la detención ni la condena.**

“Entendiendo que el instituto procesal de la consulta es un mecanismo de revisión de la legalidad de ciertas decisiones judiciales, que opera por ministerio de la ley y que se apoya en razones de interés general y con carácter imperativo, procederá este Tribunal, como superior jerárquico del Juzgado de Instrucción Penal Militar, a revisar la providencia del 18 de mayo de 2009, por medio de la cual se dispuso el cese de procedimiento, por atipicidad de la conducta, en favor del PT. T.J.C..

Al efecto, basta considerar que una vez analizadas las pruebas que obran en el proceso, se tiene que los argumentos y la conclusión a la que arribó el juez A-quo, se corresponden con un análisis objetivo, sereno e imparcial de la prueba y del análisis dogmático del tipo imputado, que impone a esta Sala considerar que la decisión de cesar procedimiento esta sujeta a la legalidad y que por ende, merece ser confirmada.

Así y analizado el material probatorio allegado al expediente, la Sala encuentra que en este momento procesal se reúnen los requisitos para dar por terminada en forma anormal la presente investigación, por cuanto con grado de certeza, se tiene que el día 31 de diciembre de 2007, antes de la media noche, el joven XX se evadió del Hospital Lleras Acosta de la ciudad de Ibagué-Tolima, donde se encontraba internado a causa de varias heridas causadas durante una riña.

(...)

El citado, conforme se infiere del escrito del Juzgado de Menores, era un menor de edad, que se encontraba siendo objeto de investigación bajo las normas del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) y al momento de los hechos se encontraba pendiente de ser oído en exposición.

El citado menor se encontraba, conforme se aprecia del citado documento, sujeto a una medida de protección denominada “ubicación institucional”<sup>22</sup>; esta era su situación jurídica.

(...)

Esto quiere significar que el menor, no ostentaba la condición de detenido, mucho menos la de condenado, pues en primera instancia habría que considerar que en tratándose de un menor de edad, catalogado como inimputable, según el artículo 165 del Código ibidem, no procedería la medida de aseguramiento de detención preventiva, ni tampoco en el caso de ser encontrado responsable se haría merecedor a una condena de carácter penal.

<sup>22</sup> Artículos 178, 204 numeral 4 y 208 del Código del Menor.



Por tanto, como bien lo expuso el Juez A-quo, y como así lo ha considerado la H. Corte Suprema de Justicia, jurídicamente se encuentra detenido quien se encuentra privado de la libertad en virtud de una medida de aseguramiento de detención preventiva y condenado a quien mediante sentencia condenatoria se le ha impuesto una pena de prisión o de arresto<sup>23</sup>. De esta forma, no se alcanza a estructurar el punible descrito en el artículo 449 del Código Penal y por ende se presenta atipicidad de la conducta.” **(Rad.156003, 25 de marzo de 2010, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

• • •

## **FISCALES PENALES MILITARES**

**Cumplen su función ante el juez de conocimiento ante el cual son designados.**

Por otro lado en el libro tercero, “procedimiento Penal Militar”, título tercero, “De la jurisdicción y de la competencia”, se establecen las competencias de los distintos jueces (Corte Suprema de Justicia, Tribunal Superior Militar y Jueces de Instancia). Más específicamente en el artículo 243 se predica que “Los Juzgados Militares de Brigada conoce en primera instancia de los procesos penales militares contra los Oficiales, Suboficiales y Soldados del Cuartel General del Comando de la Brigada, y contra los Comandantes Oficiales, Suboficiales, y Soldados de los Batallones de la Brigada donde ejercen sus funciones”, mientras que en el artículo 254 se estipuló que “los Juzgados Militares de Escuelas de Formación, Capacitación y Técnicas conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra Oficiales, Suboficiales, Alumnos y Soldados de las respectivas escuelas”.

Por otro lado, en el Título mencionado, en el Capítulo XXI, se hace alusión a los Fiscales Penales Militares, expresando la norma (artículo 260) lo siguiente “los Fiscales Penales Militares ejercerán la función de calificación en el proceso penal militar, y ejercerán sus funciones ante el Tribunal Superior Militar y los Juzgados de Conocimiento de manera ordinaria y permanente en cada una de las instancias de conformidad en lo previsto en este Código”. El artículo siguiente, el 261 contempla las funciones de los Fiscales Penales Militares ante el Tribunal Superior Militar, y el 262 las funciones de los Fiscales Penales Militares ante los Juzgados de Primera Instancia en los términos siguientes:

“Corresponde a los Fiscales Penales Militares ante los Juzgados de Primera Instancia, calificar y acusar si a ello hubiere lugar, por delitos cuyo juzgamiento este atribuido a los Jueces de Conocimiento ante quienes ejercen sus funciones, de conformidad con lo dispuesto en este Código”.

<sup>23</sup> Ver por ejemplo, CSJ, Sala penal, Sentencia de febrero 18 de 1983, M.P., Dr. Aldana Rozo, Luis Enrique, G.J. T. CLXXIII Num. 2412 de 1983 Pag. 88, Expediente 27174



Significa lo anterior que a los jueces en sus distintas categorías en la Jurisdicción Penal Militar, se les asigna la competencia, en cada caso para conocer de determinados procesos penales, insertando unas categorías que pueden apreciarse a partir del artículo 234 del Código Penal Militar. Pero distinto es lo que el Legislador contempló para los Fiscales Penales Militares a partir del artículo 260 de dicha obra, en los que en tres disposiciones refirió que la calificación es una “función”; Es así como inicialmente la ley expresa que los Fiscales Penales Militares “ejercerán la función”, seguidamente las “funciones de los Fiscales Penales Militares”, y finalmente “funciones de los Fiscales Penales Militares” (arts. 260, 261 y 262 respectivamente). Fuera de lo anterior, esas mismas disposiciones también aducen que esa función de calificación se ejercerá ante el Tribunal Superior Militar y los Juzgados de Conocimiento (artículo 260), o “Ante quienes ejercen su función, de conformidad con lo dispuesto en este Código”. Por ello es claro que el Fiscal Penal Militar actúa en cada una de las instancias de conformidad con lo dispuesto en la ley, o sea ante quienes tienen el conocimiento del proceso penal. Ello explica el por qué una vez perfeccionada la investigación, o vencido el término de instrucción, se debe remitir el proceso al Fiscal respectivo esto es, al Fiscal que le correspondiere actuar ante la instancia competente, vale decir por ejemplo el Juez de Instancia de Brigada, de División o de Fuerza, de Inspección, etcétera. **(Rad. 156114 30 de septiembre de 2009, MP. CN. © JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

• • •

### FUGA DE PRESOS

**El director del establecimiento también puede ser sujeto activo de este delito.**

“Corolario de lo anterior, no es cierto, como se predicó en la providencia recurrida, que por estar cumpliendo el Director del Establecimiento de Reclusión Militar funciones administrativas, no pueda ser en ningún momento sujeto activo del delito de Favorecimiento de la Fuga, o lo que es lo mismo, que un Director de un establecimiento destinado a la reclusión de personal de detenidos o condenados, no incurra en esta clase de conductas, pues una conclusión así, no consulta la clase de intervención en el delito (autoría y participación), y la modalidad del tipo, bien sea doloso o culposo. Pero no solamente por ello, sino que como lo manifestó el distinguido representante del Ministerio Público que recurrió la providencia, en cuanto es fácil “comprender que es precisamente el Director de ese Centro Reclusorio el directamente encargado de la vigilancia y custodia de todas las personas recluidas allí, dado que es la máxima autoridad de la estamento carcelario”.

Efectivamente, no puede colegirse que el Director de un establecimiento carcelario o penitenciario sea ajeno a la vigilancia, custodia, y conducción del personal

recluido en el Centro, pues precisamente su reclusión obedece no solamente a unos fines (de la medida o la pena), que entraña, que deban permanecer en el lugar indicado, bajo las medidas necesarias de seguridad y dignidad humana para cumplir los propósitos constitucionales y legales. Precisamente el art. 35 de la ley 65 de 1.003, expresa en relación a la ejecución de la detención y la pena, que “Son funcionarios competentes para hacer efectiva las providencias judiciales sobre privación de la libertad en los centros de reclusión, el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, los Directores Regionales y los directores de los establecimientos enunciados en el Título II”, mientras que el 143 predica sobre el tratamiento penitenciario: “El tratamiento penitenciario debe realizarse conforme a la dignidad humana y a las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto. Se verifica a través de la educación, la instrucción, el trabajo, la actividad cultural, recreativa y deportiva y las relaciones de familia. Se basará en el estudio científico de la personalidad del interno, será progresivo y programado e individualizado hasta donde sea posible”. **(Rad. 155410, 16 de julio de 2009, MP. CN. © JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

• • • •

## **FINES INDAGACIÓN PRELIMINAR**

**La falta de investigación integral, no constituye el presupuesto de la duda.**

“En efecto, para la Sala, el recurso de apelación instaurado por el apoderado del denunciante está llamado a prosperar, no solo porque la motivación gravitada en la incipiente prueba recaudada en la instrucción no es lo suficientemente contundente, sino también porque el Juez Instructor en últimas y entre líneas se apoyó en la Duda, que no es propia para inhibirse de abrir formal investigación penal, y menos aún cuando la instrucción no ha ahondado lo necesario, para que por lo menos se pueda establecer y reconocer alguna de las causales que predica el precitado 458 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999. (...).

Como emerge de Autos existen tres versiones de los policiales que intervinieron en los sucesos, las cuales no fueron valoradas ni siquiera tangencialmente por el Juzgado Instructor, pero que imponían el detenerse a un examen individual de cada uno de ellas, como el de contrastarlas entre sí y con los demás medios probatorios, con el fin de esbozar y relacionar contradicciones de parte y parte que subsisten en la investigación, y que hacen perentoria su claridad, (...)

Y en este sentido, es apreciable el concepto del Ministerio Público, y el análisis que la Sala hace de la duda que existe alrededor de lo acontecido y que entre líneas fue la aparente razón en la que se pretende apoyar el Juez Ad- quo para disponer el archivo de las diligencias, porque ello es equivoco, máxime cuando sí existe duda



sobre lo verdaderamente acontecido, duda que es precisamente la que amarra al operador jurídico para tomar decisión Inhibitoria alguna.

Lo procedente en consecuencia, es que la Indagación Preliminar siga su curso, y como quiera que fracasó la finalidad que buscaba la Audiencia de Conciliación prevista en la Ley 1058 de 2006, debe practicarse por parte del Juzgado Instructor todas y cada una de las pruebas que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, individualización de los autores o partícipes del mismo y búsqueda de la verdad; y de ser procedente a Aperturar Formal Investigación Penal, pues recuérdese que “El sumario tiene por objeto la recaudación de las pruebas tendientes a la comprobación del delito y a la individualización de los autores o partícipes del mismo, o al establecimiento de la falta de responsabilidad de aquellos y éstos”, tal como lo preceptúa el artículo 460 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999-.

Así las cosas, aquí y ante la incertidumbre de lo realmente acontecido, debe recordarse que el Auto Inhibitorio solo procede expresamente, cuando se de alguna de las causales señaladas en el artículo 458 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999-, esto es, cuando aparezca “que el hecho no ha existido o que la conducta es atípica o que la acción penal no puede iniciarse”; y por ende, a contrario sensu, según el precitado artículo 458, el funcionario se abstendrá de iniciar proceso cuando de las diligencias practicadas apareciere “que el hecho no ha existido o que la conducta es atípica o que la acción penal no puede iniciarse”; lo cual revela que estando reguladas en el Código Penal Militar las causales que dan lugar a una decisión inhibitoria, las cuales ni tangencialmente incluyen la posibilidad de la Duda -que en el caso sub examine vagamente reconoce el a- quo-, mal podría el Juez de Instrucción Penal Militar abstenerse de abrir Investigación Formal al amparo de la regulación ordinaria, porque lo que aquí debe plasmar el plenario indubitablemente es que el “hecho no ha existido, o que la conducta es atípica o que la acción penal no puede iniciarse”, mandatos de los cuales ninguno ha sido probado en los acontecimientos que ocupan nuestra atención.

Por ello, la Honorable Corte Constitucional con sobrada razón en Sentencia C- 175/2001, siendo Magistrado Ponente el doctor MP. doctor ALFREDO BELTRAN SIERRA, resalta cómo en todos los procesos judiciales o administrativos, ha de garantizarse el Debido Proceso y por lo tanto resolverse el asunto en juridicidad de conformidad con la estructura para Aperturar Formal Investigación, por lo que señala:

*“2.2. Las funciones que en un Estado de Derecho se desempeñan por los servidores públicos, son una actividad que en manera alguna puede ser arbitraria, ni dejarse librada al capricho del funcionario, sino que, siempre se trata de una actividad reglada, cuyo desempeño exige el sometimiento estricto a la Constitución, la ley o el reglamento”.*

Y ante la frágil providencia que aquí se analiza, que en su lacónica motivación jamás identifica y mucho menos estudia la causal por la que invoca la decisión inhibitoria, en tanto que si deja ver entre líneas una tenue argumentación fundamentada en la existencia de “La Duda”; impone a la Sala recordar que la Indagación Preliminar tiene como propósito el conciliar la atención entre la presunción de inocencia y los intereses de la comunidad entregados al poder público con facultad punitiva, que si bien evita la apertura abusiva de procesos penales, cuando los elementos por lo menos objetivos del cuestionamiento delictuoso no se hacen latentes; también su sentido avocatorio apunta exclusivamente a definir la existencia fáctica del suceso, su presencia normativa en el ámbito de la tipicidad, la identidad o individualización de presuntos autores o partícipes y en algunos eventos, la pertinencia del ejercicio de la acción penal, conforme a las voces del artículo 451 del Código Penal Militar; por lo que resulta necesario afinar que en este estadio procesal y en punto al Auto Inhibitorio no procede el Indubio Pro Reo, como bien lo ha indicado el Honorable Tribunal Superior Militar en precedente judicial, (...).

Precisamente por ello es de afianzar, que a la luz de la Ley Procesal Penal Militar -Ley 552 de 1999-, en el proceso Penal Militar existen cuatro etapas claramente diferenciadas, a saber, la de Indagación Preliminar -artículos 451 al 459-, la Formal Investigación -reglada en los artículos 460 al 551-, la Calificación -dispuesta en los artículos 552 al 558- y la del Juicio o Corte Marcial -contemplada en los artículos 559 al 577-, y es en este último estadio procesal y en sede de Sentencia condenatoria en la única en que asiste el Indubio Pro Reo, pues a las voces del artículo 396 del Código Penal Militar -Ley 522 de 1999- que regla la Prueba para Condenar “No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obren en el proceso pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado”.

En tal virtud, de lo analizado se impone para la Sala avalada por el Ministerio Público ante la Corporación, y a las voces del artículo 459 del Código Penal Militar que preceptúa que “el Auto Inhibitorio podrá ser Revocado de oficio o a petición del denunciante o querellante, aunque se encuentre ejecutoriado (...)”, acoger sin mayor esfuerzo, la decisión de revocar el Auto Interlocutorio datado 10 de Agosto de 2009, pues el operador judicial vulnera flagrantemente el principio de investigación integral al ordenar el Archivo Provisional de las presentes Diligencias Previas, limitándose como ya se dijo a valorar tan sólo las inconsistencias que denota el quejoso y su único testigo, en tanto que olvida surtir tal ejercicio valorativo con los dichos de los policiales, con el corolario que ni siquiera acude a agotar otros medios de prueba a fin de determinar todos los hechos y circunstancias que establezcan indubitablemente “que el hecho no ha existido o que la conducta es atípica o que la acción penal no puede iniciarse”, puesto lo que no existe en el mundo del proceso no puede existir para el mundo del Juez.

En consecuencia, como se ha anunciado reiteradamente se revocará la decisión inhibitoria, disponiendo en su lugar y a las voces del artículo 451 del Código Penal Militar -Ley 522 de 1999- que se continúe con la Indagación Preliminar Penal a fin de que se practiquen y recauden no solo las pruebas cuyo aporte extraña el recurso, sino todas las indispensables y pertinentes al establecimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieran los hechos y que permitan



determinar la procedibilidad de la acción penal y la identidad o la individualización de los autores o partícipes del mismo, por cuanto se reitera, no existe un mínimo material probatorio que permita avalar la decisión adoptada por el Instructor, pues de reconocer que la conducta ocurrió al amparo de la Duda, que además no es procedente examinarla en este estadio procesal, constituiría una afrenta a las reglas del Procedimiento Penal Militar y por ende a la Administración de Justicia. **(Rad. 156132, 26 de febrero de 2010, MP. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Segunda Sala de Decisión).**

• • •

### **FISCAL PENAL MILITAR**

**Obligación de acatar el auto que dispone la práctica de más pruebas necesarias para la calificación.**

“La Sala desde ya acoge el concepto que emitió el distinguido procurador Judicial ante ésta instancia corporativa, en virtud de que sus argumentos responden eficazmente al problema planteado.

Ciertamente, la solicitud del defensor no esta llamada a prosperar porque en primer lugar, la apelación no era procedente y en segundo lugar, el recurso no se sustentó en la forma debida. Veamos:

El artículo 553 del Código Penal Militar faculta al Fiscal Penal Militar para devolver el proceso al funcionario de instrucción, cuando de su estudio se advierta que se han dejado de practicar pruebas que resultan necesarias a efectos de una eventual calificación del proceso. En uso de esta facultad y ante la petición de la defensa, la Fiscalía penal militar dispuso la devolución del proceso al Juzgado de Instrucción Penal, señalando en forma precisa las pruebas que a su criterio necesitaba para calificar el mérito del sumario y las que eran necesarias para los intereses de la defensa, atendiendo favorablemente su petición.

En términos generales, puede decirse que una vez recibido el proceso “en comisión de pruebas”, el juez de instrucción penal militar no tiene otra opción que atender lo ordenado por el Fiscal Penal Militar, sin que le sea factible hacer consideraciones respecto de la conducencia o pertinencia de las pruebas o diligencias ordenadas, no siendo admisible otra opción diferente a la de cumplir en lo posible lo decidido por el funcionario calificador. Lo contrario, negarse o modificar lo dispuesto, podría acarrear consecuencias adversas para el funcionario renuente, en la medida en que ello podría generar investigaciones penales y disciplinarias.

En efecto, debe considerarse que la administración de justicia se ejerce en representación del Estado y no con un criterio personal o autocrático, que presupon el cumplimiento de estrictos estándares fijados previamente por la ley y que

determinan el procedimiento, los principios y el rol asignado a cada uno de los funcionarios a quienes corresponde administrar justicia. Así, la ley asigna al juez penal militar la función de instrucción, que básicamente se centra en el acopio del material probatorio necesario a los fines de la investigación, pero que bajo el principio de permanencia de la prueba, sirve también para la calificación y el juicio. Concluida la investigación, el proceso pasa a conocimiento del Fiscal Penal Militar, funcionario que a través del estudio de la investigación, evalúa a través de un juicio analítico, las cuestiones valorativas puestas a su consideración, para concluir si la investigación se encuentra perfeccionada o si por el contrario, necesita de más acopio probatorio. Este análisis presupone el conocimiento del asunto por parte del Fiscal, para lo cual la ley le concede competencia y bajo ésta orbita, administra justicia resolviendo entre el cierre de la investigación o la devolución del proceso al juzgado de instrucción penal militar. De esta forma, el Fiscal cumple su rol asignado por el artículo 553 del C.P.M., aprehendiendo de fondo el asunto sometido bajo su consideración,

Darle una interpretación o contenido diverso a las perceptivas que vienen de reseñarse, podría conducir al absurdo de que sea el juez de instrucción penal militar el que termine suplantando al fiscal penal militar, o bien, generando una situación anárquica o desordenada si se permitiese que sin facultad legal, se desestimasesen decisiones tomadas en instancias superiores de la actuación procesal.

Es por ello que nuestra dinámica procesal impone la obligación de cumplir lo resuelto por otro funcionario dentro de su orbita de autonomía y competencia, no pudiendo actuar según su capricho.

(...)

Lo anterior no obsta para llamar la atención a los jueces de instrucción penal militar, respecto de la obligación legal de acatar las decisiones de los fiscales penales militares que hacen uso de la facultad consagrada en el artículo 553 del C.P.M., so pena de que una actuación contraria e injustificada, como se dijo en párrafos iniciales, origine investigaciones penales y disciplinarias. Por ello se sugiere a la Juez de I.P.M., si es que en verdad negó alguna de las pruebas ya ordenadas por el Fiscal Penal Militar, tal como lo mencionó el defensor en su escrito, que enderece su actuación y preordene el impulso procesal hacia el obedecimiento de lo dispuesto por el funcionario calificador.” **(Rad. 155338, 22 de febrero de 2010, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

• • • •



### **HIPÓTESIS DE CONDUCTAS DE OMISIÓN DE DENUNCIA SE IMPUTA**

**Juicio de imputación en los delitos de comisión por omisión.**

“Resulta oportuno recodar que la estructura del tipo objetivo de omisión impropia está conformado por cinco elementos sobre los que en últimas versan los criterios de imputación, tales son: a) situación típica, b) ausencia de acción ordenada, c) capacidad individual de acción en la situación concreta, d) resultado típico y e) posición de garante. Sin duda el Cabo E. como comandante de una Unidad militar destacada en una área de operaciones y en desarrollo de una misión táctica, ostentaba la posición de garante, que para el caso encuentra su origen en la propia estructura de la sociedad, derivándose marcos de responsabilidad por organización e institución, y en particular E. tenía esta última obligación, que es de donde surge el deber concreto de evitar el resultado.

Conforme la evolución que viene teniendo la compleja temática de la responsabilidad de comisión por omisión, el núcleo de imputación no gira en torno a la pregunta si el hecho era previsible o cognoscible ya que lo primero que se determina es, si el sujeto agente, Cabo E., era competente para desplegar deberes de seguridad en el tráfico social o para la protección de bienes jurídicos expuestos a ciertos riesgos, y luego si se verifica si el episodio era evitable o cognoscible. Para la Sala respecto del Cabo E., si se predica el ámbito de competencia que se ha referido, lo que le exigía desplegar deberes de seguridad en la situación concreta, postulado que infringe al hacer caso omiso a la orden de no pernoctar en viviendas, su desatención generó un riesgo que produjo un resultado típico, esto es, creó un peligro que se concreta en el resultado. Las pruebas hasta ahora recaudadas muestran que si el Cabo E. hubiera atendido lo dispuesto, cumplido su deber, el resultado típico se habría evitado.

(...).

Tal y como se viene exponiendo, para la Sala se puede estar frente a una responsabilidad en comisión por omisión respecto del Cabo E., por tanto se equivoca el instructor cuando solo enuncia una hipótesis de imputar la infracción del deber, cuando lo ajustado a derecho, y acorde con las voces del Ministerio Público, es endilgar el resultado típico producido.

Lo que nos muestran las sumarias es que el pluricitado Suboficial no cumplió con los deberes que surgían de su posición de garante, que no solo adquiere por deberes de competencia institucional sino, en la situación concreta, por haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado, al no acatar las obligaciones de seguridad que le imponían el ejercicio de una actividad riesgosa como era la que cumplía en una zona crítica, donde fue detectado y seguido por la guerrilla, según refiere un testigo, lo que encuentra respaldo en el episodio fáctico y que generó como consecuencia el ataque, por haberse ubicado en una finca y quedarse varios días en una casa donde habitaban civiles, estar en los alrededores y ordenar que su Unidad se situara allí, incrementando el riesgo que conllevó a que la guerrilla les



embistiera como en efecto aconteció; era tan evidente la ubicación y el sedentarismo del Suboficial E. que obsérvese como las víctimas no militares aducen que los subversivos llegaron hasta su morada y entraron a ultimarlos pensando que eran Soldados.

En consecuencia, es perfectamente dable que se le imputen al Cabo E. en comisión por omisión los delitos de homicidio y lesiones personales, por los que se le preguntó en su injurada, y de los cuales fueron víctimas no solo sus subalternos, sino población civil que resulta afectada por la negligencia del tantas veces referido procesado. En tal entendido lo que observa el Tribunal, por lo menos por ahora, es que las conductas endilgadas en comisión por omisión, encuentran sustento en el artículo 23 del Estatuto Penal Militar, lo que permite considerar a E. como autor culposo, ya que no existe elemento de juicio que permita afirmar que el resultado producido sea fruto de conocimiento y voluntad de provocar tal consecuencia lesiva, nada indica que el Suboficial hubiese querido la muerte y lesiones generadas, sino que ello obedece a un factor de violación del deber de cuidado expresado en la negligencia que se hace palmaria en la conducta objeto de examen. Es oportuno señalar que la postura de la Sala no deviene en asistemática, toda vez que en la expansión del Derecho Penal es concebible que en el proceso ejecutivo del delito, la génesis sea un punible doloso y en el decurso se realicen injustos a título de culpa, unidos por vínculos de conexidad consecencial u ocasional, los que no pueden quedar exentos de valoración jurídica.” **(Rad.155479, 24 de marzo de 2010, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

• • • •

## HOMICIDIO EN COMBATE

**El Derecho Internacional Humanitario, como fuente de interpretación en delitos causados en situación de conflicto.**

“(...) 1.1.- Por virtud de la Constitución Política de 1991, el Estado Colombiano se ha impuesto como finalidad la de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo<sup>24</sup>.

En cumplimiento de los últimos fines citados, es decir, la defensa de la independencia nacional, la integridad territorial, la preservación del orden público y de la convivencia pacífica, la Carta asignó el uso legítimo de la fuerza a las Fuerzas

<sup>24</sup> Constitución Política de 1991, art. 2º.



Militares y a la Policía Nacional y así lo ha entendido la Corte Constitucional al interpretar la Carta Fundamental (...).  
(...).

1.2.- A partir del postulado anterior, resulta necesario definir el tamiz normativo dentro del cual se verificará la legalidad y legitimidad, o no, del uso de la fuerza que ejercieron los integrantes de la Patrulla "ATACADOR II". Marco normativo que inicia en el análisis de los elementos que estructuran el tipo penal de homicidio previsto en nuestra legislación penal interna, valoración jurídica que debe contar por vía del bloque de constitucionalidad con aquellos instrumentos internacionales como herramienta de interpretación<sup>25</sup>. Ahora bien, para desarrollar el proceso de adecuación al punible de homicidio, es necesario partir de la identificación del nivel de violencia (disturbios internos, motines, conflicto armado de carácter no internacional)<sup>26</sup>, dentro del cual se ejerció la fuerza, marco fáctico que no sólo comprende el instante en que se ejecutó la fuerza, sino también aquellos momentos anteriores y posteriores al uso de la misma<sup>27</sup>, y dependiendo de ello se identificará el marco jurídico aplicable, ya sea el comprendido por las normas de Derechos Humanos,<sup>28</sup> o el comprendido por la normatividad del Derecho Internacional Humanitario<sup>29</sup>. En este último entorno jurídico es donde se desarrolla la valoración de legalidad sobre el uso de la fuerza en situaciones de conflicto y para nuestro Estado Colombiano características de conflicto armado de carácter no internacional.

Del planteamiento general anterior, se debe hacer una adecuación al caso sub-judice y a partir del recaudo probatorio determinar si existen o no los supuestos de hecho que generan la viabilidad de la existencia de un conflicto de carácter no internacional, de unas operaciones militares y de un combate. En desarrollo de tales criterios de interpretación, determinar bajo la norma que enseña el punible de homicidio, si el uso de la fuerza que causó el deceso del señor M.G.R. reviste las características de legalidad o no y bajo el argumento planteado por el Fallador

25 Como lo refiere el Manual de Derecho Operacional FF.MM. 341 Público, pag. 84, "...No es entonces de una decisión subjetiva si existe o no un escenario de ostilidades que conlleva un determinado uso de la fuerza, sino todo lo contrario: Se trata de "realizar un estudio objetivo de los hechos en un caso concreto". La Corte Constitucional ha dicho con claridad "El D.I.H. se aplica automáticamente cuando están dadas las condiciones de índole temporal, espacial y material; y la presencia de esas condiciones de conflicto se establece en atención a las características de cada caso en particular (citando Corte Constitucional sentencia C-291 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

26 "Frente al análisis del nivel de organización y de intensidad de las amenazas se pueden tener en cuenta diferentes aspectos que permiten ponderar estos criterios de aplicación del DIH. Por ejemplo, la Corte Constitucional ha explicado que "al apreciar la intensidad de un determinado conflicto, las Cortes internacionales han aplicado, por ejemplo, factores tales como la seriedad de los ataques y si ha habido un incremento en las confrontaciones armadas, la extensión de las hostilidades a lo largo de un territorio y de un periodo de tiempo, el aumento en las fuerzas armadas estatales y en su movilización, así como la movilidad y distribución de armas de las distintas partes enfrentadas. En cuanto a la organización de los grupos enfrentados, las cortes internacionales la han apreciado de conformidad con criterios tales como la existencia de cuarteles, zonas designadas de operación, y la capacidad de procurar, transportar y distribuir armas" - Corte Constitucional, Sentencia C-291 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

27 Las hostilidades han sido definidas como: "Actos de guerra que por su índole o finalidad están destinados a atacar al personal y el material de las fuerzas armadas del adversario" sin embargo varias delegaciones estimaron que el término "hostilidades" cubría igualmente los preparativos y el retorno del combate. Comentario al Protocolo II de 1977 Comité Internacional de la Cruz Roja, Editorial Plaza & Janes, Pag. 244.

Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.

28 Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

29 Artículo 3º común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado en Colombia bajo la Ley 5ª de 1960. Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1977, aprobado en Colombia bajo la Ley 171 de 1994

de Primera Instancia determinar si las causales de justificación, al obrar en estricto cumplimiento de un deber legal y el ejercicio de la legítima defensa se enmarcan en los postulados normativos y de interpretación señalados para una situación de conflicto.

1.2.1.- En cuanto a la existencia de conflicto armado de carácter no internacional y sin pretender ahondar en el estudio jurídico al respecto, si puede esta Sala de Decisión apoyarse en el entendido general que los requisitos para predicar la existencia de conflicto armado de carácter no internacional, están comprendidos: i) por la existencia de dos grupos armados enfrentados, entendiendo como grupo armado aquella fuerza disidente armada, con un líder responsable quien emite órdenes y sus subordinados las cumplen, al igual que responde por el comportamiento de su personal, ii) por un área de influencia entendiendo que el grupo armado es capaz de desarrollar su actividad en un espacio geográfico, iii) en cuanto a la actividad desarrollada por el grupo armado se señala que debe tener la capacidad de desarrollar operaciones militares sostenidas, e incluso que sean concertadas. Es en este aspecto donde resulta importante para el proceso allegar el acopio probatorio que permita identificar aquél grupo con el que se enfrentaron las fuerzas del Estado, recobrando así vital importancia los testimonios de los oficiales en la cadena de mando que planearon y ordenaron dicha operación en especial el señor Teniente Coronel M.A.J.F., adicional a la información que brinde sobre las características del grupo que enfrentaba, podrá indicar las dependencias donde se encuentran los soportes de orden documental que se hayan elaborado al respecto, en principio y a manera de ilustración obtener una orden de batalla de aquél momento y que ésta sea legible, una copia del antecedente de inteligencia que motivó la acción militar, etc.

1.2.2.- Otro elemento importante a probar es la situación de la operación militar concretamente el evento del combate, entendiendo que en la operación militar se analizan y designan los movimientos o las maniobras de las Fuerzas Armadas o grupos armados en acción, circunstancia que no presenta una identidad probatoria, desde los testimonios del SV. S.P.J.E., S.P.O.R.C.J. y el señor CT.G.F.E., toda vez que cada uno de ellos relata de manera distinta cómo se recibieron las instrucciones para dirigirse al Cerro La Cumbre, lugar donde desarrollarían la operación de registro y control militar de área, e incluso mencionan a un TE.C.D.C.G. como participante directo en la operación y al compararlo con el INSITOP del 28 de mayo de 2002 aparece un CT.C.G. pero integrante de la Compañía C, xx 6 y ubicado en el área de Curillo, resultando así importante para la investigación aclarar esta contradicción y adicionalmente oír a aquél Capitán sobre su grado o no de intervención en los hechos que aquí se investigan.

1.2.3.- En cuanto al combate que refieren los indagados se presentó en el área rural de La Cumbre del Municipio de San José de la Fragua (Caquetá), del acervo probatorio emergen bastantes contradicciones, y así lo hará ver ésta Sala de Decisión, previo a indicar el argumento teórico de lo que se ha entendido por combate, "...comporta un enfrentamiento armado de carácter militar, regular o irregular, colectivo, determinado en tiempo y espacio, con el propósito de someter al con-



trario y con el fin último de imponer un nuevo régimen constitucional o derrocar al Gobierno Nacional por parte de los rebeldes (...) Confrontación que implica una lucha de contrarios, una reacción ante el ataque que depende no sólo de la capacidad de respuesta, sino que exige además la respuesta de que se pueda repeler”<sup>30</sup>.

En principio, un homicidio en combate de un miembro de un grupo armado ilegal no es objeto de reproche penal y así lo enseñó la Corte Constitucional “... Se reitera, que no se remite a duda que los Estados tienen derecho a perseguir a los grupos alzados en armas y que, por ello, la muerte en combate que la Fuerza Pública ocasione a los miembros de estos grupos insurgentes no constituye jurídicamente un “homicidio”, y no es tipificada como una conducta punible....”<sup>31</sup> . (...).

Razones que demandan una mayor profundidad en la investigación para enriquecer el caudal probatorio que genere en el operador judicial mayores herramientas para tomar la decisión. Tal como lo ha enseñado la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“...La salvaguarda del derecho a la vida requiere que se realice una investigación oficial efectiva cuando hay personas que pierden la vida como resultado del uso de la fuerza por parte de agentes del Estado. Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos ha indicado que la prohibición general que tienen los agentes estatales de abstenerse de privar arbitrariamente de la vida a un individuo (...) sería inefectiva, en la práctica, si no existiera un procedimiento en el que se revisara la legalidad del uso de la fuerza de tal por parte de dichas autoridades. La obligación que impone el artículo 2º respecto de la protección del derecho a la vida, tomada en conjunto con la obligación general (...) del Estado (...) de asegurar a todos los individuos bajo su jurisdicción el goce de los derechos y libertades en la Convención, requiere la realización del (...) una investigación oficial efectiva, cuando algún individuo haya fallecido como consecuencia del uso de la fuerza...”<sup>32</sup> “

Retomando lo expuesto y de manera general se tiene que el Estado, en búsqueda de los fines constitucionales, de la independencia nacional, la integridad territorial y el aseguramiento de una convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo; le ha entregado a la Fuerza Pública dentro de un marco normativo<sup>33</sup> el uso de la fuerza para combatir a los grupos alzados en armas. Y es natural que en dicha confrontación armada resulten muertos o heridos integrantes de aquellos grupos. Al mismo tiempo, de la ocurrencia del resultado en mención, se impone la obligación al propio Estado, de desarrollar una investigación que permita determinar bajo la preceptiva del Derecho Penal, el Derecho Internacional Humanitario y el

<sup>30</sup> Corte Suprema de Justicia, Rad. 21330, Aclaración de voto H.M. Doctor Mauro Solarte Portilla, 15 de febrero de 2006.

<sup>31</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-177 de 2001 M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>32</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos – Jurisprudencia Un Cuarto de Siglo 2005, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, párrafo 131; Caso Byrna Mack Chang párrafo 157 y Caso Juan Humberto Sánchez párrafo 112.

<sup>33</sup> Art. 217, 218 y 93 de la Constitución Política de 1991.

Artículo 3º común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado en Colombia bajo la Ley 5ª de 1960. Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1977, aprobado en Colombia bajo la Ley 171 de 1994.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos, si tal acontecer fue o no licito...”.  
**(Rad. 155439, 26 de febrero de 2010, MP. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

• • • •

## **IMPEDIMENTO**

**Asesor jurídico disciplinario, está impedido para actuar en el mismo asunto, como funcionario en la Justicia Penal Militar.**

“Tal y como se refiere en precedente acápite a través de proveído adiado veintidós (22) de enero de 2010 la Teniente Mónica Bustos Sánchez, se declara impedida para avocar conocimiento de las diligencias disciplinarias que se adelantaron a disfavor de los Oficiales y Técnicos que vienen de referirse y que fueran compulsadas para iniciar la acción penal respectiva por hechos suscitados el 03 de febrero de 2008, en el municipio de Villagarzón, Putumayo. El sustento de su argumento corresponde a que en cumplimiento de su función como Asesora Legal del Comando Aéreo de Combate No. 6, desde mayo de 2007 hasta el 09 de abril de 2008, fecha en la que fue nombrada por la Dirección Ejecutiva de Justicia Penal Militar para desempeñar el cargo que hoy regenta, realizó actividades de asesoría al funcionario con competencia disciplinaria emitiendo conceptos y opiniones en temas de fondo.

Efectivamente, como lo indica la Juez de Instrucción, el artículo 277 del Digesto Punitivo Castrense establece como causal de impedimento: “(...) 4o. Ser o haber sido el juez, el fiscal o el Magistrado, apoderado o defensor de alguna de las partes, o ser o haber sido contraparte de cualquiera de ellos, o haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso (...)” (negrilla de la Sala), al estar acreditada la causal, conforme a lo obrante, necesario es afirmar que se encuentra fundada, ya que la actuación surtida en el proceso Disciplinario, que versa sobre el mismo asunto que hoy ocuparía la jurisdicción penal militar, es de tal entidad que significó tomar postura o fijar posición frente a las resultas del proceso, lo que a todas luces afecta la independencia y autonomía de la administración de justicia en este momento”. **(Rad.156369, 08 de febrero de 2010, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

• • • •



### **IMPEDIMENTO**

**Las causales son taxativas, en consecuencia no todo escrúpulo o inquietud espiritual del juzgador basta para separarlo del asunto.**

(...) el instituto procesal del impedimento consiste en asegurar la imparcialidad del juez frente a la decisión, marginándose del proceso del cual viene conociendo o ha de conocer cuando se configura en su caso específico alguna de las causales señaladas en la ley, lo cual se asegura cuando se deja en cabeza de funcionario distinto, la definición acerca de si debe prosperar o no el impedimento invocado por el juez, lo cual no dirime nada de fondo, sino que resuelve la situación del operador judicial dentro del proceso justamente para garantizar su imparcialidad, debiendo por tanto el funcionario que se declara impedido expresar claramente los motivos en que sustenta su manifestación y aportar las pruebas que lo corroboren, para de esta manera verificar su correspondencia con lo determinado en la ley.

La declaratoria de impedimento por parte del funcionario judicial se caracteriza por ser un acto unilateral, voluntario, oficioso y obligatorio ante la presencia de cualquiera de los supuestos de exclusión, que se encuentra regida por la taxatividad de las causales de impedimento y por su debida fundamentación.

Por ser taxativas, las causales invocadas deben ser previstas en la ley expresamente, sin que haya lugar a analogías o pretendidos afanes protectores de esquemas por encima de las garantías esenciales de carácter constitucional. En consecuencia, no todo escrúpulo, inquietud espiritual del juzgador basta para separarlo del asunto.

Tan diáfano es lo anterior, que el mismo legislador contempló en la legislación Penal Militar como causal de impedimento, ser el Juez, el fiscal o el magistrado, o su cónyuge o compañera permanente, pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del apoderado o defensor de alguna de las partes. Este es la única exclusión del funcionario que consagra la ley<sup>34</sup> en tratándose de los defensores.

De esta manera el Código Penal Militar, al unísono con las leyes 600 de 2.000 y 906 de 2.004 consagran taxativamente las causales de impedimento, que al ser revisadas cuidadosamente ninguna contempla la expuesta por el señor Mayor B. A. A.G. Juez XX de Primera Instancia adscrito al Departamento de Policía xxxxx relacionada con la imposibilidad por parte del Juez de conocer o seguir conociendo de determinado asunto cuando el defensor del sindicado o procesado es el mismo que representa al Operador Judicial en una investigación penal seguida en contra de éste, pues debe demostrar que su ánimo se encontraría perturbado por afecto, resquemor o animadversión contra el sindicado o defensor, o que sus análisis lo conduciría a tomar una decisión contraria a los intereses de la defensa o a favor de esta que se pueda entenderse como parcialidad, o que ello afecte su serenidad

<sup>34</sup> Art.277 numeral 3 de la Ley 522 de 1999

jurídica vulnerando su buena fe o que podría tomar la decisión correspondiente contrario a derecho y fuera de sus funciones judiciales afectando su rectitud, independencia e imparcialidad que es en definitiva lo que en sí persigue el instituto de los impedimentos. **(Rad. 152831, 21 de enero de 2010, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**

• • • •

## **IMPUTACIÓN OBJETIVA.**

### **Acciones a propio riesgo.**

“Un entendimiento sucinto de los institutos planteados sugiere la realización de acciones peligrosas desarrolladas por el propio individuo, o la creación del peligro por la víctima, riesgo que se concreta en el resultado, lo que demanda que la víctima tenga el control, el dominio total del curso causal. El interrogante que se debe formular y absolver es si la víctima tenía el dominio total y absoluto del curso causal.

Lo que muestra la prueba obrante, de cara a la estructura dogmática que gobierna la culpa exclusiva de la víctima o la creación de riesgos por ésta, es, que no es el Soldado R. (occiso) quien genera el riesgo y menos aún el que tiene el control del curso causal de la acción; el resultado producido no es consecuencia directa de su supuesta creación de peligro, pues fácil es advertir que para el momento del disparo, no es R. quien manipula el arma homicida, ni el que dirige su arma contra sí, es P. quien desenfunda su revólver, apunta a distancia cercana y dispara contra R., lo que sin dificultad y con total objetividad permite inferir que era el procesado quien tenía el control y dominio absoluto del curso causal.(...).

Así las cosas, es claro que el comportamiento desplegado por el encartado era previsible, y no aviene en acertado ni tan siquiera sugerir la hipótesis de legítima defensa, por lo que jamás existió una agresión efectiva impetuosa, o inminente, que demandara e hiciera comprensible la respuesta del encartado, a contrario durante el tiempo del servicio, ex ante y durante el acontecimiento todo se desarrolló en el marco y contexto de un juego, que no tenía la entidad de generar la aludida amenaza que refiere el enjuiciado, no hubo discusión, riña o enfrentamiento, sino que todo acontece en un escenario de solaz imprudente, característico de dos amigos, o de lo que llamó el testigo “recocha”, ajena a cualquier rivalidad. Por manera que la conducta esperada corresponde a que si era un juego el que desarrollaba la víctima, lo que se esperaba era que el procesado lo invitara o conminara a no continuar, o informar a su superior sobre lo que ocurría, pero nunca que tomara su arma, le apuntara y le disparara dentro del marco de la evidente violación del deber de cuidado.(...). **(Rad. 155605, 25 de marzo de 2010, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**



### **INVESTIGACIÓN INTEGRAL**

**Se debe determinar el estado de imputabilidad o inimputabilidad del procesado.**

“A la luz del contenido del artículo 461 del Código Penal Militar<sup>35</sup>, se tiene que para cumplir con el principio de investigación integral, el Juzgado de instrucción Penal Militar ha debido profundizar en el concepto psicológico relacionado, de tal manera que para cumplir con el este principio, le hubiese bastado determinar si al momento o para la época de los hechos, el hoy procesado se encontraba en uso de sus facultades mentales y psicológicas o si por el contrario tenía alguna perturbación que le haya impedido comprender la ilicitud de su acto o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Del concepto de la Psicóloga<sup>36</sup> y de los testimonios obrantes en el plenario, se establece que éste muy posiblemente puede tener la categoría jurídica de inimputable al momento de haber abandonado el servicio, o por lo menos se vislumbra como una hipótesis que debe confirmar o infirmar el juzgado instructor; al respecto no sobra recordar que el artículo 36 del Código Penal Militar, preceptúa: “Se considera inimputable a quien en el momento de ejecutar el delito no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión por inmadurez psicológica o trastorno mental.”

Entonces, siendo que el delito de abandono del servicio es un delito eminentemente doloso, para la estructuración del indicio fundante de la medida de aseguramiento, debe efectuarse un análisis concerniente a la culpabilidad, como categoría dogmática, a efectos de determinar si obró dolosamente. En este punto juega papel primordial la presanidad del procesado, pues de encontrar que hay alguna alteración mental con incidencia en la estructura del delito, debe procederse a la imposición de una medida de seguridad y no de aseguramiento, siempre y cuando se reúnan los presupuestos exigidos por la ley.” (Rad. 156392, 09 de marzo de 2010, M.P. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).

• • • •

### **JUEZ PENAL MILITAR, FUNGE TAMBIÉN COMO JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS**

**No viola el principio de legalidad.**

“Cosa distinta ocurre respecto del requerimiento orientado a que se fije plazo para el pago de la multa impuesta, toda vez que resulta acertado afirmar que ello lo prevé el Legislador Penal Militar en el artículo 51 de la Ley 522 de 1999, al

<sup>35</sup> Que preceptúa: “Investigación integral. El juez debe investigar con igual esmero no solo los hechos y circunstancias que establezcan la responsabilidad del procesado, sino también las que lo eximan de ella o la atenúen y las que puedan dar lugar a la extinción o cesación de la acción.”

<sup>36</sup> Declaró en el proceso el 03 de diciembre de 2009 (fl. 43) y se ratifica en el contenido del informe de psicología que rindió



disponer: “Plazo y pago por cuotas. Al imponer la multa o posteriormente, el juez podrá, atendidas las circunstancias del artículo anterior, señalar plazo para el pago o autorizarlo por cuotas adecuadas, dentro de un término no superior a tres (3) años, previa caución” (negrilla de la Sala).

(...).

Se equivoca en su particular argumento el Juzgador cuando considera que para los efectos de fijar el plazo para el pago de la multa los términos fenecieron al estar en firme la sentencia y que al haber suscrito el acta de compromiso y no manifestar nada al respecto ello lo vinculaba. Olvida el Juez los alcances y contenidos del principio de legalidad que se expresan en el doble carácter que identifica al Juez Penal Militar cuando funge como fallador primario o como ejecutor de pena; de igual forma desconoce el A Quo que una cosa es lo decidido en una sentencia, su ataque y firmeza, y otra la ejecución y los efectos de la misma.

Es claro el referido artículo 51 al señalar que para el pago de la multa puede fijarse un plazo, disposición que puede acontecer con posterioridad a la imposición de la misma en sentencia. En consecuencia, al encontrar concebible lo expresado por el impugnante se entrará a revocar lo decidido por el A quo y se autorizará que efectúe la cancelación de la multa en treinta y seis (36) cuotas, que deberá amortizar a partir de la ejecutoria de este proveído y dentro de los próximos tres (03) años.” **(Rad. 156271, 15 de marzo de 2010, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

• • • •

## JUICIO

**Improcedencia de la cesación de procedimiento por causales subjetivas. Iniciado el juicio no es procedente la terminación anticipada del proceso por causales subjetivas, por ser tema de debate en la audiencia de corte marcial y objeto de sentencia.**

Si bien la cesación de procedimiento en nuestro ordenamiento procesal únicamente puede declararse con base en las causales taxativamente señaladas en la ley, ya sea por causas objetivas como son la muerte del procesado (art. 79), el desistimiento (art. 80), la amnistía o indulto (art. 81), la prescripción (art. 83), la oblación (art. 93) y la rehabilitación (art. 94); o por causas subjetivas en cuanto a) Que el hecho imputado no ha existido, b) Que el procesado no lo ha cometido o que la conducta es atípica; c) Que obró dentro de una causal de ausencia de responsabilidad; no es menos cierto que a pesar de indicar la norma que la cesación de procedimiento puede declararse en cualquier estado del proceso en que aparezca comprobado la ocurrencia de las mencionadas circunstancias, dicha terminación anticipada del proceso a la luz de la doctrina y la jurisprudencia opera



exclusivamente desde la apertura de la investigación hasta cuando el fiscal califica el mérito probatorio del sumario, pudiendo declarar la cesación de procedimiento por cualquier de las causales señaladas en el digesto 231, al ser ésta una de las formas de calificación que precisamente contempla la ley Penal Militar (art. 554), puesto que una vez ejecutoriada la resolución acusatoria y el Juez haya decretado la iniciación del juicio, únicamente puede cesar procedimiento por causales objetivas, al ser las subjetivas precisamente el tema que ha de debatirse en el juicio y su estructuración se define al dictarse la correspondiente sentencia.

Esta forma de finiquitación anticipada del proceso en la etapa de juicio por causales subjetivas no ha sido contemplada ni siquiera en nuestro anterior estatuto procesal castrense Decreto 2550 de 1988 (art. 316), ni el actual Ley 522 de 1999 (art. 231) y similarmente en el antepuesto Código de Procedimiento Penal Decreto 2700 de 1991 (art. 36), sino ello vino a ocurrir en la ley 600 de 2000, donde se reguló dicho procedimiento en el inciso 2º del artículo 39, trámite que fue variando ya en la Ley 906 de 2004 (art. 332), donde el legislador dispuso que únicamente en la etapa de juicio se puede precluir anticipadamente el proceso por dos circunstancias que son a) La imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal y b) La inexistencia del hecho investigado, habiendo dejado el restante de causas subjetivas de terminación antecedente del proceso para la etapa calificatoria, lo que nos da mayor certeza para señalar que fue improcedente la motivación del juez de primera instancia como se pronunció frente a la solicitud de cesación de procedimiento, omitiendo que ya había iniciado la etapa del juicio y que esto es tema de debate en la respectiva audiencia de corte marcial, no queriendo decir esto, que nos estamos regulando por el procedimiento señalado en la normativa ordinaria, por el contrario, estamos siguiendo los lineamientos constitucionales de ser una jurisdicción especializada y con un procedimiento plenamente establecido como primeramente lo indicamos, además teniendo en cuenta que ha sido la doctrina y la jurisprudencia la que nos dan dado la razón, que la actuación surtida a partir de la solicitud de cesación fue errónea...". **(Rad. 148962, 15 de febrero de 2010, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**

• • •

### LA DISCIPLINA

**No se circunscribe a los límites de una instalación militar o policial, sino en todo acto del servicio.**

“Sobre la Disciplina militar conviene precisar que el artículo 217 Constitucional que le encomienda a las Fuerzas Militares la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, obliga a la sujeción a una organización jerárquica, ordenada y rigurosa que pueda garantizar el cumplimiento de la misión, de tal forma que el quebrantamiento de los deberes por un servidor público militar genera peligros gravísimos en la cohesión de la

organización militar, razón por lo que la Disciplina como bien jurídico exige severa protección. Precisamente la Ley 836 del 2003 en su artículo 17 le da a la Disciplina la categoría de “Condición esencial para la existencia de toda Fuerza Militar”, que implica mando y obediencia con sujeción a las atribuciones y a las obligaciones del Subalterno, facilitar la exigencia y obtención del cumplimiento de las ordenes -con exactitud y sin vacilación-, y en fin la observancia de las normas y ordenes que consagran el deber militar. Igualmente en el artículo 23 de la misma ley se preceptúa que ella –La Disciplina- se mantiene cumpliendo los propios deberes y ayudando a los demás a cumplir los suyos, y que de su mantenimiento serán responsables todos los miembros de las Fuerza Militares, en forma proporcional a las obligaciones que se tiene según al grado o cargo asignado, y refuerza que el ejemplo y los estímulos son los mejores ingredientes para mantener la disciplina. Finalmente, en el artículo 24 eleva la obediencia a la categoría de valor militar, y acusa que el respeto entre Superiores y Subalternos es una obligación para todo el personal militar.

Pero esa Disciplina se extiende, por supuesto, esencialmente a la protección de intereses colectivos, que trascienden en la mayoría de los eventos a la órbita externa de los cuarteles, en cuanto la gran tarea constitucional que debe atender la Fuerza Pública, por lo que debe entenderse que en este caso su destinatario es toda la Nación, aunque transita también por su entorno más natural –los cuarteles-, para la protección colectiva de intereses de grupo, como el de la Unidad Militar y sus miembros, pero proyectados a la comunidad en general, como se puede apreciar en el caso de los artículos. 118 y 119 del Código Penal Militar”.  
**(Rad. 152792 30 de octubre de 2009, MP. CN. © JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

• • • •

## LA DUDA

**Como fundamento para cesar procedimiento, difiere de la duda como presupuesto para definir conflictos de jurisdicciones.**

(...) se concluye que gravita la duda en torno a la existencia de la causal de ausencia de responsabilidad invocada por el despacho instructor para poner fin anticipadamente a la acción penal, mediante el cese de procedimiento, con fundamento en el artículo 231 del Código Penal Militar, instituto jurídico respecto del cual, tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden en sostener que para su aplicación es imprescindible la demostración plena de la causal invocada.

Las pruebas en que se sustente el cese de procedimiento deben mostrar por sí mismas en forma plena y completa que adelantar la investigación es inútil; el concepto de plena prueba utilizado en la aludida norma “impide que, ante cualquier duda u oscuridad que desdibuje y haga borrosa su prueba y aun la simple



posibilidad de que el motivo pueda ser posteriormente desvirtuado, debilitado o eliminado, se de aplicación a la medida excepcional del proceso debiéndose, en consecuencia, continuar con el adelantamiento de la acción<sup>37</sup>.

(...) La Sala reitera que es deber del despacho instructor investigar con acuciosidad a fin de esclarecer todas las circunstancias que puedan poner en duda la actuación legítima de los procesados, y en caso de no existir certeza respecto de la causal que se enarbola para cesar procedimiento, el proceso debe remitirse a la Fiscalía Penal Militar correspondiente para que proceda a calificar el mérito del sumario, de conformidad con lo previsto en el artículo 554 ibídem.

(...)De otra parte, consideramos que las falencias probatorias enunciadas, no permiten construir, hasta el momento, una duda razonable de que el hecho investigado no haya tenido relación directa y próxima con el servicio, como para aplicar la doctrina constitucional vertida en la sentencia C-358 de 1997, tema sobre el cual nos sirve de orientación y guía el precedente jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional del 21 de septiembre de 2001, donde aclaró el alcance de la duda a que se refiere la citada doctrina constitucional como aspecto determinante de la asignación de competencia a favor de la jurisdicción penal común. **(Rad. 154187, 13 de julio de 2009, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

• • •

### LA INIMPUTABILIDAD

Es un concepto jurídico y no médico que corresponde al funcionario declararla.

(..) Olvidaron quienes tuvieron a cargo la actuación procesal, pues el dictamen se rinde desde la etapa instructiva, que el peritazgo de Medicina Legal es de contenido técnico científico, pero la declaratoria de inimputabilidad es un concepto jurídico que compete ponderarlo al funcionario judicial y así declararlo. Observa la Sala que, aún contando con varias evaluaciones médicas, con el informe psiquiátrico forense del 06 de septiembre de 2004, en el que se refirió trastorno mental transitorio con base patológica, ello no inquietó ni despertó el menor interés en los operadores jurídicos que conocieron de la investigación, lo que en verdad preocupa y demanda un sentido llamado de atención.

Encuentra el Colegiado que ni el ente Instructor, ni la Fiscalía de primera y segunda Instancia, que resolvió la apelación, y mucho menos el Juez de Conocimiento se pronunciaron sobre lo que era imprescindible, declarar al procesado

<sup>37</sup> C. S. de J. Sala Penal, auto del 6 de abril de 1989, MP. Rodolfo Mantilla Jácome, citado por Jaime Bernal Cuellar en el Proceso Penal, 4ª edición, 2002, pag.505-506.

inimputable. Reproche que se formula especialmente del Juzgador quien olvidó lo preceptuado en el artículo 36 del Código Penal Militar, desatendió que el inimputable si realiza el injusto típico y que la discusión sobre su responsabilidad se concreta en las medidas de seguridad que se adopten”. (Rad. 155519, 16 de febrero de 2010, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).

• • • •

## LEGÍTIMA DEFENSA

**Quien ejecute el comportamiento amparado en la legítima defensa, no realiza el tipo subjetivo. Requisitos.**

“De ahí que, el actuar de los militares, se dio en razón de proteger el bien jurídico de la vida que era atacado injustamente por un miembro de un grupo armado ilegal, lo cual se desprende al estar vestido con uniforme exclusivo de la Fuerza Pública y el de portar un fusil o arma larga con sus respectivos proveedores y cartuchos, constituyéndose el actuar de los implicados no solamente en una reacción de defender subjetivamente su derecho a la vida sino también de esa necesidad de defensa del orden jurídico, siendo el ataque proporcional a la agresión.

(...)

En segundo lugar, debe ser actual, la que se concreto en el daño real antes referido. Sin embargo, la sola amenaza, le permitía a la tropa actuar en pro de sus derechos.

(...)

Como tercer aspecto, la agresión debe ser injusta o antijurídica, es decir, contraria al ordenamiento jurídico, lo que se vislumbra en el presente caso cuando el subversivo que no está investido de autoridad legal, crea una situación de riesgo al disparar de manera indiscriminada y de sorpresa a la tropa. Aunado a que debe ser real, lo que es evidente en esta actuación, pues se infiere de las lesiones de uno de los soldados.

Asimismo, que se produzca contra un derecho propio o ajeno, lo que efectivamente aconteció, pues se atentó contra el bien jurídico de la vida e integridad personal en cabeza de cada uno de los miembros de la tropa, pero también es viable defender ese interés social cuyo portador es el Estado, pero que afectan al particular. E igualmente, no existía otro medio menos gravoso para repeler el ataque, y hubo la necesidad de ejercer esa defensa con las armas asignadas por el Estado a los soldados instituidos para proteger el Orden Constitucional y público.

En cuanto a que debe ser proporcionada a la agresión, está más que demostrada, pues la agresión se realizó con armas largas y la conducta ejercida por los soldados fue con los fusiles que para el efecto le fueron asignadas, de otro modo, no era viable la protección del bien jurídico, sumado a que la voluntad de los impli-



cados no fue otra diferente de defender su propia vida y la de sus compañeros, sin desconocer la protección al orden constitucional”. (Rad. 154239, 26 de marzo de 2010. MP. TC PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA, Tercera Sala de Decisión).

• • • •

### LESIONES PERSONALES

**En la Justicia Penal Militar no procede la cesación de procedimiento por reparación integral cuando la incapacidad médico legal supere los treinta días o hayan secuelas.**

“La funcionaria a Quo, ha sustentado su decisión en la aplicación de la Ley 600 de 2000 que en su artículo 42 contempla la figura de la indemnización integral, desconociendo que nuestra jurisdicción penal castrense goza de fuero Constitucional especial y autónomo que la diferencia de la jurisdicción ordinaria, siendo justamente esta circunstancia la que no hace viable aplicar la figura de la indemnización integral. (...).

De otra parte, el legislador señaló en el inciso 2 del artículo 80 de la Ley 522 de 1999 que el instituto del desistimiento opera únicamente para los delitos de lesiones personales cuya incapacidad para trabajar o enfermedad no supere los treinta (30) días sin secuelas, (subrayado del despacho), norma declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia 228 de 2003, siendo introducida similarmente en la Ley 1058 de 2006 “Por medio de la cual se estableció un procedimiento especial en el Código Penal Militar”, pero contemplándose bajo la figura de la conciliación para los delitos de lesiones personales cuya incapacidad no supere los treinta (30) días sin secuelas. Lo anterior quiere decir, que no ha sido voluntad del legislador traer la figura de la indemnización integral al procedimiento penal militar, a pesar que ha tenido la oportunidad de su modificación en forma posterior a la existencia de la misma en la justicia ordinaria, quedando regulado en forma total el desistimiento en el Estatuto Penal Castrense.” (Rad.155829, 29 de enero de 2010, MP. MY. ® MARYCEL PLAZA ARTURO, Sala Tercera de decisión).

• • • •

## LESIONES PERSONALES CULPOSAS

Constituye falta al deber objetivo de cuidado exigible jugar con el arma de dotación.

De acuerdo a estas consignas es por lo que no podemos estar de acuerdo con los fundamentos de la decisión consultada, ya que claramente se le había indicado al procesado y a sus homólogos que no debían cargar el arma, siendo precisamente dicha desatención lo que el derecho penal sanciona, no pudiéndose catalogar dicho actuar como una responsabilidad objetiva, pues O. creó un riesgo jurídicamente desaprobado al hacer parte de su juego el arma de fuego que se le había dotado para el servicio y con la cual se causó el daño conocido, contraviniendo las observaciones impartidas en instrucciones por sus superiores y en el referido decálogo de seguridad, no siendo desconocido para él, pues recibió la instrucción debida para el manejo y seguridad de las armas de fuego al servicio de las fuerzas militares, y el hecho que se le refiriera la posible presencia de un grupo de antisociales y ello generar una tensión, no daba lugar a que desestimara dicha consigna y actuara unilateralmente, tratando de justificar su actuar culposo, cuando las mismas probanzas indican clara y detalladamente que inobservó el deber objetivo de cuidado que le era exigible con el elemento bélico. **(Rad. 155972, 23 de febrero de 2010, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**

• • • •

## MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Fines, especialidad Justicia Penal Militar.

(...) de las pruebas legalmente aportadas a la investigación emerge el indicio grave de responsabilidad que para imponer medida de aseguramiento exige el artículo 522 del Código Penal Militar, que en este caso por tratarse de un delito típicamente militar, abandono del puesto, consagrado en el artículo 124 ibídem, no es otra que la detención preventiva (art. 529.2 CPM), sin beneficio de libertad provisional, por cuanto no se da el requisito que para este efecto exige el artículo 539.1 ibídem, pues en caso de sentencia condenatoria, no se harían acreedores al subrogado de la condena de ejecución condicional, acorde con lo previsto en el artículo 71.3 ibídem por tratarse de un delito contra el servicio. Además tampoco se presenta ninguna otra de las causales establecidas en el artículo 539 ibídem para disfrutar de tal beneficio.

De tal manera, que de conformidad con las normas antes citadas del Código Penal Militar, que es una legislación especial y autónoma, como lo ha reconocido en reiteradas oportunidades la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para el delito por el que se procede, la única medida aseguramiento es la detención preventiva, y ello no es contrario a la Carta Política, toda vez que ciertos delitos previstos en el digesto castrense por su importancia para el cumplimiento de las



funciones de la Fuerza Pública, así como la naturaleza del bien jurídico protegido, el legislador ha determinado que sólo dicha medida es la indicada.

Observa la Corte, que la disparidad de trato en cuanto a la procedencia de los subrogados penales se encuentra ajustada a fines constitucionalmente válidos, porque los delitos en los que se excluyen los beneficios penales, son aquellos que se encuentran directamente relacionados con la función asignada a los miembros de la Fuerza Pública, en tanto que los delitos que el actor cita como parámetros de comparación, a saber, el devastamiento, el saqueo y el peculado, si bien requieren la cualificación del sujeto activo de la conducta, no se encuentran directamente relacionados con las funciones asignadas a la Fuerza Pública.

Es claro para la Corte que el legislador, en ejercicio de la potestad configurativa de la ley puede diseñar y establecer la política criminal del Estado. Así, para erigir ciertas conductas en delitos, para determinar las penas que a ellos correspondan, para establecer subrogados penales, beneficios de carácter administrativo en el cumplimiento de las penas, así como para indicar cuando es procedente la detención preventiva, o cuando se puede exceptuar esa medida de aseguramiento con la prestación de cauciones juratoria o prendaria, respecto de cuáles delitos y con qué requisitos puede concederse por el juez en algunos casos la libertad provisional o la condena de ejecución condicional, sin que por ello se viole la Constitución Política.

(...)En el caso sub examine, como se ha visto no resulta irrazonable ni desproporcionada la restricción a la libertad de los miembros de la Fuerza Pública que han incurrido en los hechos punibles que se encuentran excluidos de este beneficio (art. 71, numeral 3° Ley 522/99), dada la especialísima relevancia que el legislador le ha otorgado a esa clase de delitos, habida consideración de que la disciplina, el servicio y el honor, son considerados piedras basales sobre las cuales se estructura la institución castrense.

(...)Como quiera que es evidente, por las razones acabadas de anotar, que el despacho instructor incurrió en yerro al sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva, por la de caución prendaria, sin estar presentes para tal efecto, las exigencias del artículo 538 del C.P.M., se revocará el numeral segundo de la parte resolutive de la providencia apelada, y se ordenará hacer efectivo el auto de detención, para lo cual previamente el despacho instructor dará aplicación al artículo 531 del Código Penal Militar. **(Rad. 155600, 10 de septiembre de 2009, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

• • •



## MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

**Prevalencia de los contenidos formales legales y materiales sustanciales para su imposición.**

“Deviene en oportuno señalar que la estructura del proceso penal militar, no puede mirarse o interpretarse de forma aislada, sino dentro de la sistemática Constitucional y la que imperativo es incorporar por vía del bloque de Constitucionalidad (Artículo 198 *Ibídem*), dispuesto en los cánones 93 y 94 Superior, presupuesto que hemos venido aclarando cuando indicamos que hoy el derecho penal castrense se estudia y aplica desde la perspectiva constitucional y no en la mera visión legal que identificó el estado Liberal, que lamentablemente sigue rigiendo en algunos de nuestros funcionarios.

Parafraseando las Altas Cortes nacionales como internacionales, el Tribunal Superior Militar entiende que la jurisdicción Especial “no es un comportamiento estanco”, sino que como jurisdicción administra justicia, conforme al artículo 116 Constitucional, debe ceñir sus decisiones a la dinámica que inspira el Estado Social de Derecho, lo que nos permite aseverar que la reafirmación de la libertad, se inspira desde el principio pro homine y la consecuente dignidad, tanto en instrumentos internacionales, como en prolija normatividad interna, lo que sugiere afirmar que la detención intramural es hoy la excepción; por lo que solo se privará de libertad al procesado cuando se verifiquen presupuestos de contenido formal, vale decir, la existencia de motivo definido en la Ley (delito, quantum punitivo, modalidad del delito), y de contenido material sustancial, estos es, verificación -demostración- de los fines de la medida sobre criterios de necesidad y razonabilidad, es decir, se torna en imperativo al funcionario judicial aplicar el test de proporcionalidad a la medida de aseguramiento que afecta derechos fundamentales”. **(Rad. 156190, 10 de noviembre de 2009, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

• • • •

## MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

**Nulidad.**

“En efecto, son varios los desaciertos encontrados en la providencia apelada, que impiden su estudio de fondo, encontrando a primera vista que las argumentaciones en que se sustenta la medida de aseguramiento por el delito de homicidio, que cobijó a todos los procesados, es dilógica o ambivalente, pues resultan contradictorias y excluyentes, a tal punto que impiden conocer su verdadero sentido. Así, la funcionaria de instrucción discutió entre el reconocimiento de una causal de ausencia de responsabilidad, específicamente la legítima defensa, la culpa, el dolo y hasta el exceso en la legítima defensa, quedando inconcluso finalmente su resolución, pues no entró a definirse o a optar por alguna de las alternativas por



ella misma planteadas. Luego, sin tener en cuenta que la responsabilidad penal es individual, les impuso medida de aseguramiento de detención a todos los procesados, por el delito de homicidio, cuando solo uno de ellos tuvo participación directa en el hecho investigado; o por lo menos, no justificó o argumentó sobre la razón por la cual procedía la medida frente a los otros policiales que no hicieron uso de su arma de dotación oficial.

De otro lado y en cuanto al delito de abuso de autoridad, existe contradicción entre lo sustentado y lo resuelto, puesto que en su parte motiva afirma que los policiales actuaron en cumplimiento de su deber, pero sin embargo y sin individualizar, les impuso a todos medida de aseguramiento por este delito, sin explicar la razón de ello.

Lo mismo aplica para la medida impuesta con relación al delito de prevaricato por omisión, en cuanto no distinguió la imputación para cada uno, cobijando a todos bajo una misma situación, apreciándose de autos que cada uno de los procesados actuó de manera diversa. Así mismo, no logra concretar exactamente el cargo o la conducta sobre la que infiere provisionalmente la configuración del tipo penal de prevaricato por omisión.

Lo anterior resulta suficiente para concluir en que la providencia apelada socava las garantías fundamentales del debido proceso y del derecho de defensa, pues la irregular motivación vulnera el derecho de contradicción, estructurando así causal de nulidad que obliga a repetir el auto bajo una adecuada y clara motivación.

Debe tenerse en cuenta que la funcionaria judicial estaba en la obligación de motivar la decisión, conforme el artículo 336 del Código Penal Militar; pero además, porque dentro de un Estado Social de Derecho los jueces en sus providencias tienen que ceñirse estrictamente a la ley y no al capricho personal, lo que supone la necesidad de que las decisiones de fondo deban ser motivadas, máxime cuando con ellas pueden resultar afectados derechos fundamentales. Es claro entonces, que el juez no puede proferir decisiones sin argumentar de manera precisa las razones que la soportan.

(...)

En este sentido, la indebida motivación tiene la trascendencia relevante para enervar la legalidad de la actuación, debido a la existencia de posiciones contradictorias que impiden desentrañar su verdadero sentido, lo que justifica la declaratoria de nulidad con fundamento en los numerales 2 y 3 del artículo 388 del Código Penal Militar y atendiendo a que no es posible convalidar el acto, por afectar directamente el derecho de defensa y a que no existe otro medio distinto para subsanar la irregularidad sustancial." **(Rad. 155637, 26 de febrero de 2010, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

## **MULTA**

**El pago de la sanción pecuniaria de multa impuesta al procesado comienza a correr desde su imposición, no siendo procedente su condonación al no configurarse ésta en una deuda civil.**

(...)la aplicabilidad del artículo 28 de la Carta Política no opera en este caso, pues lo impuesto es una multa y no una sanción pecuniaria por una deuda civil como lo dejó sentado el alto Tribunal constitucional y que la misma no puede ser indultada de tal forma, ya que es la misma ley la que prevé los mecanismos para su sufragación como es a través de trabajo no remunerado libremente escogido por el condenado y realizado a favor de la administración pública o de la comunidad, que se computara en la forma prevista por la ley (art. 52 C.P.M.), o dicha multa convertida en arresto computable en los términos definidos por el legislador, que podrá cesar en cualquier momento cuando se satisfaga la parte proporcional de la multa que no se haya cumplido en arresto (art. 53 C.P.M.).

Al ser la multa una potestad punitiva del Estado debidamente incorporada dentro de las penas a imponer como principal o parte de la misma (art.44 C.P.M), cuyo principio es el comportamiento delictual del individuo, y su finalidad no es el enriquecimiento del erario público ni carga pecuniaria de naturaleza resarcitoria que persiga reparar el daño provocado por el delito, sino la represión de la conducta socialmente reprochable, ésta no puede ser objeto de prohibición para su pago a través de otras formas determinadas en la ley, como lo señalamos en acápite que antecede, por tanto razón le asiste a la apelante en solicitar la conversión de la multa impuesta a su representado en trabajo al no contar éste con una capacidad económica para cumplir su obligación penal, cuando es la misma ley la que prevé otros mecanismos alternos para ello, como es el enunciado en el artículo 52 del estatuto Castrense de amortización de la multa mediante trabajo, que fue lo indicado por el juez de primera instancia al apelante O.G. quien al manifestar su deseo de realizar trabajo social en la Alcaldía de Alban oficina de la mujer, se le reconvinó por el operador judicial primario allegara certificación de autorización de la mencionada entidad para que éste realizara dicha actividad, donde se determine horario, formas de control y valor asignado a la actividad y de esta forma comenzaría a amortizar la multa impuesta.

Teniendo en cuenta la Sala que la multa impuesta acompañante de la pena de privación de la libertad debe pagarse de manera inmediata o dentro del término establecido en la ley (tres (3) años-art. 51 C.P.M.), es por lo que se acoge los razonamientos del A-Quo respecto a que contrario a lo argumentado por la apelante, el término legal para el pago de la multa comienza a correr desde la imposición de la misma y no cuando se dio a conocer el valor en pesos de esta , ya que es el mismo artículo 51 que claramente dispone y sin necesidad de remitirnos al código penal ordinario, que al imponer la multa o “posteriormente” el juez señalara el plazo para el pago o autorizarlo en cuotas adecuadas dentro de un término no superior a tres (3) años previa caución, advirtiéndose de la revisión de la sentencia



condenatoria, que en la misma se le dio a conocer a los enjuiciados el monto en salarios de la sanción pecuniaria, siendo fácil la operación matemática que como lo hizo el A-Quo pudieron desarrollar los sentenciados y de esta forma obtener el valor preciso a sufragar. **(Rad. 151754, 28 de septiembre de 2009, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**

• • •

### MULTA

**Su exoneración no es procedente por principio de legalidad.**

(...) En primer término, se puntualiza, que no era jurídicamente viable en este caso, exonerar al procesado de la pena pecuniaria, porque aquella se impuso por mandato expreso de la ley, contemplada específicamente en relación con el delito por el cual fue acusado y condenado, evento en el cual es la propia ley la que determina su intensidad, estableciendo claramente sus extremos mínimo y máximo (...).

De manera tal, que es nítido que la petición que hizo el condenado es desacertada, como lo reconoce su apoderado, porque además de las anteriores razones, la sentencia condenatoria está ejecutoriada, sin que sea susceptible de reforma alguna (art.335 CPM), máxime que la ejecución de misma se halla suspendida, en virtud del subrogado penal de la condena de ejecución condicional, como atinadamente lo advierte el apelante, y dicha suspensión desde luego, comprende la pena pecuniaria, sencillamente porque el fallo condenatorio no hizo la excepción respecto de ésta, pues el funcionario judicial al otorgar la condena de ejecución condicional, cuenta con la discrecionalidad que le otorga el artículo 72 del Código Penal Militar, para exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad que considere convenientes, y en este caso, es evidente que no lo hizo. **(Rad. 154831, 04 de agosto de 2009, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

• • •

### NULIDAD

**Error en el nombre del procesado no genera su declaratoria.**

En este caso, se trata de un error en el nombre del procesado, simplemente formal, que puede subsanarse, porque del contenido de la decisión cuestionada no queda la más mínima duda de que la persona a la que se refiere es al SS. S.Y.H., quien fuera vinculado al proceso mediante diligencia de indagatoria el 26

de abril de 2005,<sup>38</sup> y resuelta su situación jurídica el 31 de octubre de esa misma anualidad<sup>39</sup>, la misma persona a quien la Fiscalía 27 Penal Militar acusó el 10 de abril de 2007<sup>40</sup> por el delito de ataque al inferior y lesiones personales, la cual fue confirmada por el superior, respecto de dicho suboficial.

(...) En síntesis, como en el proceso no existe duda en torno a la identidad e individualización física del acusado, que en este asunto, no es otra persona, que el suboficial del Ejército Nacional S.Y.H., no se decreta la nulidad del auto en mención, máxime que según se desprende del cuaderno de copias, dicha irregularidad se habría subsanado, teniendo en cuenta que aparece una página repetida (la 24) de la providencia en mención, donde se cita correctamente el nombre del procesado, como lo ha hecho notar el impugnante.

Ahora, la circunstancia de que las citaciones hechas al procesado y a su defensor, para que acudieran a notificarse personalmente de la providencia de segunda instancia emitida por la Fiscalía 3ª ante esta Corporación, confirmatoria de la resolución de acusación, no hubieran llegado a su destino por haberlas enviado a direcciones distintas a las registradas en el expediente, aunque es una irregularidad, tampoco es trascendente, porque además de que no era obligatorio notificarles personalmente la misma, quedó ejecutoriada la fecha en que fue suscrita (art. 187 CPP – Ley 600), y además contra aquella no procedía ningún recurso, lo que significa que tal error no afectó las garantías del procesado, ni socavó las bases del juicio, como aduce con razón la señora Procuradora Judicial, por cuanto al estar confirmada la resolución de acusación debía proseguirse con el juicio, razón por la cual se deniega la nulidad por el aludido error. **(Rad. 155669, 30 de septiembre de 2009, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión).**

• • • •

## NULIDAD

**No es procedente decretarla en la audiencia de corte marcial sin tener en cuenta los principios que la rigen, así como los efectos de convalidación de los actos irregulares.**

El postulado anterior es lo que nos conlleva a cuestionar y refutar la caprichosa actuación de la señora Juez primaria, al declarar innecesariamente dentro de la audiencia de corte marcial de fecha 16 de abril de 2008 la nulidad del auto que dio inicio a la etapa de juicio, aduciendo que ello procedía al haberse omitido librar el correspondiente oficio de comunicación al Ministerio de Defensa Nacional para que se constituyera en parte civil conforme lo consagrado en la ley 190 de 1995, sin tener en cuenta los principios que rigen la declaratoria de las nulidades

<sup>38</sup> Folio 82 y ss. c.c. 1  
<sup>39</sup> Folio 132 y ss idem  
<sup>40</sup> Folio 283 y ss idem



y la convalidación de los actos irregulares (art. 392 C.P.M) y sin mediar pesquisa, examen alguno, o verificar si existía otro medio procesal para subsanar la presunta irregularidad desconociendo de contera el contenido de los artículos 205 al decretar una nulidad que no tenía fundamento en las causales consagradas en el estatuto procesal militar, omitiendo el principio de trascendencia que exige que la nulidad no puede invocarse en el sólo interés de la ley, sino que es necesario que la irregularidad sustancial afecte garantías de los sujetos procesales o desmejore las bases fundamentales del juicio, garantías que únicamente no se refieren al derecho de defensa sino que comprenden también la estructura del proceso, debiéndose proceder a su declaratoria cuando se quebranta las formas de la actuación que especialmente protege el canon constitucional (art. 29 C.N.) cuando se revela la creación de procedimientos diferentes y extraños a los consagrados en la ley como manifestación del arbitrio del juez u operador judicial, por tanto, la nulidad de un acto o procedimiento sólo podrá declararse cuando la violación de la ley hubiese producido un perjuicio que no pueda ser reparado sin la declaratoria de nulidad, pues la ley establece una serie de ritualidades que configuran la estructura del proceso con miras precisamente a garantizar la efectividad del ejercicio de los derechos de los sujetos procesales que intervienen en él, significando, que para que una vulneración a la ley procedimental genere nulidad, es necesario que de la violación se derive un perjuicio concreto para alguna de las partes o se rompa la estructura básica del proceso.

Es recriminante que los funcionarios de primera instancia estén optando por acudir a la figura de la nulidad en la audiencia de corte marcial sin tener en cuenta los postulados como lo indicamos, del principio de aplicabilidad de las nulidades y más aún sin que se avizore irregularidad que transgreda algún derecho de los sujetos procesales, existiendo una pre etapa procesal de control de legalidad precisamente para establecer la existencia o no de causales de nulidad (art. 563 C.P.M.) y evitar que el proceso se dilate por esta clase de actuaciones. **(Rad. 155370, 08 de julio de 2009, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**

• • •

### OMISIÓN EN EL ABASTECIMIENTO

Relación funcional del sujeto activo con la obligación.

“Razón le asiste a las partes cuando dejan ver en sus argumentos que el delito de Omisión en el Abastecimiento es un tipo penal de gravedad intermedia, esto es, que admite para su estructuración la modalidad dolosa o culposa, y que para ser destinatario de la norma penal dispuesta en el artículo 134 del Código Penal Militar se debe estar encargado “legalmente”, requisito que se desatendió por parte del Comando del Batallón para el caso del Cabo R.. Tal y como lo señala el instructor, tras ser requerido al Comando de la Unidad, no existe en el plenario acto

administrativo alguno u orden de ese nivel que nombrara a R. como suboficial de abastecimientos. (...) el material probatorio obrante recaudado permite verificar de forma suficiente que el comportamiento endilgado al encartado por parte del denunciante carece de entidad delictiva para estructurarlo en la descripción comportamental dispuesta en el artículo 134 del CPM, lo realizado por el procesado no erige reproche alguno ni siquiera de forma culposa, ya que R. confió en lo dicho por los pilotos, quienes luego cambiaron su itinerario.” **(Rad. 156151, 30 de noviembre de 2009, MP. TC. CAMILO ANDRES SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de decisión).**

• • •

## PECULADO CULPOSO

**Comandante de Estación de Policía. Relación funcional con los bienes bajo custodia.**

(...) En el peculado culposo, se hace necesario que exista una relación funcional entre el sujeto activo de la conducta y el bien confiado en administración, custodia o tenencia, ingrediente de carácter normativo alternativo del tipo, que determina que esa relación funcional puede darse de manera indistinta por administración, por custodia o por tenencia, no se necesita que se den las tres posiciones, conforme a la conjunción disyuntiva, “o”, que las une, pues si la conjunción allí consagrada fuera la “y”, necesariamente implicaría unión y se tendrían que dar las tres posiciones para predicar la relación de funcionalidad, pero como es disyuntiva, solo basta que se presente una de las tres, que para el caso sería la custodia asumida por el procesado en razón de la función policial, miembro de la Policía Nacional que fungía como comandante de la Estación de Policía Amalfi.

Así las cosas y como quiera que se requiere que exista una relación de funcionalidad, necesariamente ha de determinarse primeramente cuales eran las funciones que le correspondían en su condición de Suboficial en ramo de vigilancia de la Policía Nacional y Comandante de Estación. (...).

En este orden de ideas, debe precisarse que el Comandante de la Estación de Policía, por disposición del Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional, así como del Manual de Administración del material de Guerra de la Policía Nacional, en concordancia con la Constitución Política y la ley 62 de 1.993, debe adoptar las medidas de seguridad necesarias para evitar la pérdida, extravió, hurto o daños, tanto del material de intendencia, comunicaciones, transporte y armamento de la Institución dotados a la Unidad para el servicio, así como de los bienes de la misma especie, recibidos de las Autoridades Judiciales en custodia.

Como corolario de lo hasta aquí expuesto, se debe precisar que la actividad de Policía es reglada, igualmente que conforme a los lineamientos preestablecidos, para el caso bajo estudio la obligación del suboficial en su condición de Comandan-



te de la Estación de Policía Amalfi, era la de adoptar las medidas de seguridad establecidas en las normas analizadas en precedencia, para evitar el hurto, pérdida, extravío o daño, no solo de las armas que había recibido en custodia, cuya pérdida constituye el objeto de ésta investigación, sino de los demás elementos recibidos en custodia y los de propiedad de la Policía Nacional.

Determinadas con precisión las funciones que le competían en su condición de miembro de la Policía Nacional y en especial como Comandante de la Estación de Policía Amalfi, igualmente, así como la relación funcional con las armas dejadas en custodia por la Fiscalía, consecuente con el material probatorio legalmente aportado al proceso, forzoso es colegir, que se presentó una omisión en las obligaciones, deberes y funciones que el suboficial tenía en su condición de Comandante de Estación, en relación con las medidas de seguridad que debía adoptar con las armas dejadas bajo su custodia por la Fiscalía.

De manera expresa, tanto el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional, como la Resolución No. 9960 del 13 de Noviembre de 1.992, en el artículo 131, la resolución No. 3971 del 22 Noviembre de 2.000, Manual de Administración del material de Guerra de la Policía Nacional, en el capítulo III, le imponían obligaciones en relación con el armamento entre otras: Encargar de las llaves para el acceso a las dependencias, al cuidado de la persona o personas responsables de la custodia o administración de tales bienes; evitar el acceso a las dependencias del Almacén o armerillo, de personas diferentes a las que laboran en esa dependencia; colocar más de una cerradura a las dependencias donde se conserve el material de guerra y documentos relacionados con el mismo; Disponer que las guardias de prevención de las unidades de Policía, asignen en cada turno de servicio, personal que preste seguridad a los almacenes y depósitos de material de guerra en sus áreas adyacentes; Realizar revistas físicas al armamento, municiones, gases y explosivos que se encuentran depositados en los almacenes y armerillos de las unidades; y, cumplir diligentemente los mecanismos de control establecidos.

No obstante existir disposiciones precisas en la materia, las cuales las puede cumplir cualesquier Comandante de Estación, sin necesidad de ser “un super funcionario”, como lo refiere la defensa, como quiera que solo requería la designación de un subalterno para que ejerciera las funciones de subalmacenista o armerillo y ejercer el control con revistas permanentes, no adoptó ninguna de las medidas ordenadas en los reglamentos, elevando el riesgo de esos bienes, al entregar sin ningún control las llaves a uniformados para que sacaran elementos, permitir el acceso a esas dependencias de personas ajenas al armerillo, no verificar de manera permanente la existencia de esos bienes, siendo tal la negligencia, el descuido, la incuria que solo hasta el momento en que fue a entregar la Estación se dio cuenta que le faltaban las armas. (...). **(Rad. 155570, 23 de marzo de 2010, MP. MY. © José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).**



## PECULADO CULPOSO

### La prescripción en el peculado culposo. Delitos comunes, militares y militarizados.

“El asunto a resolver en el presente caso, es si en verdad ya transcurrió el término prescriptivo de la acción como fue considerado por el A –Quo y Ministerio Público, o si aún no transcurre dicho término de acuerdo a la interpretación que se le dé al parágrafo del artículo 83 del Código Penal Militar, en relación al delito por el cual se procede.

Debe previamente reiterarse, que en materia penal el fenómeno prescriptivo de la acción opera en un tiempo igual al máximo de la pena privativa de la libertad prevista para el delito imputado, tenidas en cuenta las circunstancias sustanciales modificadoras de la punibilidad concurrentes, sin que en ningún caso pueda ser inferior de cinco años o superior de veinte, salvo las excepciones que la propia normatividad establece <sup>41</sup>.

Dicho término se interrumpe con la resolución de acusación o su equivalente debidamente ejecutoriada. Cuando esto acontece, debe comenzar a correr de nuevo y el fenómeno se consolida en la mitad del tiempo respectivo, sin que pueda ser inferior a cinco años, ni superior de diez<sup>42</sup>.

Tanto uno como otro término se aumentan en una tercera parte cuando el delito es cometido en el país por servidor público en ejercicio de sus funciones, o de su cargo, o con ocasión de ellos <sup>43</sup>, según viene siendo reiterado por la jurisprudencia de la Corte<sup>44</sup>.

Sobre este tópico se ha dicho, que si un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realiza una conducta punible, la prescripción de la acción penal ocurrirá en un tiempo no menor de seis (6) años y ocho (8) meses, bien que el fenómeno ocurra en la etapa de instrucción (antes de quedar ejecutoriada la resolución de acusación), bien que acaezca en la fase del juzgamiento (después de alcanzar firmeza la resolución acusatoria); no importando que el delito se sancione con pena no privativa de la libertad, o que la pena máxima de prisión – si la hubiere – fuere inferior a cinco años<sup>45</sup>.

Conviene en este punto aclarar, si el delito por el cual se procede en este proceso es de aquellos que se consideran comunes, para así poderle darle aplicación al parágrafo mencionado, que prescribe: “cuando se trate de delitos comunes, la acción penal prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal ordinario para los hechos punibles cometidos por servidores públicos”.

41 Artículo 83 del Código Penal Militar.

42 Artículo 86 del Código Penal Militar

43 Parágrafo del artículo 83 y 83 del Código Penal Militar y Código Penal respectivamente

44 Casación oct. 27/2004, Rad. 21090.

45 Sentencia del 4 de junio de 2008, radicado 28.547, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.



Tenemos que para ello, es necesario analizar qué clase de delitos se encuentran tipificados en el Código Penal Militar, encontrando que hay delitos típicamente militares, que son aquellos que única y exclusivamente pueden cometer los miembros de las Fuerzas Militares o la Policía Nacional, que están referidos directamente a la función que cumplen y que atentan contra bienes jurídicos especiales considerados al interior de la Institución, como son: contra la disciplina, el servicio, intereses de la Fuerza Pública y la seguridad de la Fuerza Pública.

Hay también, delitos comunes que están igualmente considerados en el Código Penal ordinario pero han sido adaptados al contexto de la función militar o policiva (ejemplo: abuso de autoridad especial art.185 C.P.M.), y que por lo tanto serían los militarizados. Cabe recordar, lo dicho por la Corte Constitucional en relación a estos delitos cuando se refirió a los que aluden los arts. 155, 156, 157, 158, 159 y 160 del proyecto de Código Penal Militar, los que fueron incorporados al mismo adaptándoles elementos propios del servicio militar o policial para escenarios diferentes al de conflicto armado, caso en el cual escaparían a la denominación de delitos comunes:

“La lectura de los artículos objetados 154, 155, 156, 157, 158, 159 y 160 del proyecto de Código Penal Militar da a entender que se trata de comportamientos delictivos en los cuales el sujeto activo está calificado por la calidad de miembro de la Fuerza Pública, tipos penales a los cuales se añade el elemento funcional que circunscribe la conducta a hechos relacionados directamente con la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les han asignado.

Además, las circunstancias de hecho previstas en los artículos objetados no están presentes en las normas trascritas pertenecientes al Código Penal -ley 599 de 2000-, pues en éstas el sujeto activo es indeterminado, el objeto jurídico está representado por los bienes y las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, los cuales se encuentran precisados como elemento normativo del tipo a lo largo de las normas penales, y las circunstancias del tipo están referidas a hechos cometidos con ocasión y en desarrollo de conflicto armado. (..).

En virtud de su potestad de configuración, el legislador puede crear tipos penales militares, o modificar o incorporar los tipos penales ordinarios siempre y cuando tome en cuenta elementos estructurales que genuinamente tengan relación directa con los actos propios de servicio militar y policial, es decir, puede adaptarlos al contexto de la función militar o policiva.”<sup>46</sup>

Y también se encuentran delitos comunes que igualmente se tipifican en el Código Penal ordinario, pero que no fueron adaptados al contexto de la función militar o policiva, que no le han sido incluidos ningún elemento normativo diferente y que por lo tanto las circunstancias de hecho previstas en aquellas normas se repiten en el Código Penal Militar; ello hace que se consideren comunes tipificados en el Código Penal Militar.

Respecto del delito de peculado culposo que contempla el artículo 182 del Código Penal Militar, observa esta Sala, que tal conducta no tiene elementos compositivos que difiera de la tipificada en el Código Penal ordinario en el Título XV, Capítulo Primero, artículo 400, contra la administración pública; y por lo tanto las circunstancias de hecho previstas en aquella norma se repiten en forma idéntica en el Código Penal Militar, lo que nos está indicando que se trata de un delito común y que por lo tanto queda comprendido en las previsiones del párrafo del artículo 83 del Estatuto Penal Castrense.

No es entonces la ubicación del delito en una u otra codificación lo que hace que un tipo penal pueda considerar común, militar o militarizado, sino sus características especiales, el bien jurídico protegido, su identidad o modificaciones introducidas respecto del común, etc., como antes se explicó.

(...).

En el caso analizado, la conducta materia de investigación y juzgamiento, en efecto, es de aquellas que se consideran comunes, razón por la cual resulta procedente aplicar el incremento de una tercera parte al término prescriptivo, contrario a lo que hizo el A Quo.

Por razón de lo dicho, el término de prescripción de la acción penal para el delito de peculado culposo en la fase del instrucción, sería en estos casos, de seis (6) años y ocho (8) meses, por tal motivo no le asiste por tanto razón al A Quo ni al Delegado del Ministerio Público cuando sostienen que cuando se profirió la resolución de acusación, la acción penal ya se encontraba prescrita para el dicho delito por haber transcurrido más de 5 años desde el momento de la ocurrencia de los hechos, pues es claro que no tuvieron en cuenta el aumento del término prescriptivo que consagra el artículo antes mencionado, cuando se trate de delitos comunes” (Rad.155827, 29 de enero de 2010, MP. MY. ® MARYCEL PLAZA ARTURO, Sala Tercera de decisión).

• • • •

## PECULADO POR APROPIACIÓN

También se estructura con la existencia de una relación de hecho del funcionario con la cosa.

Ahora bien, la frase “en relación de sus funciones” no se puede entender como una competencia estrictamente legal ya que la atribución de administración, tenencia o custodia puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso, lo esencial es la relación de hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en una situación de ejercer poder de disposición del bien, sin vigilancia inmediata del titular; que dicha relación de hecho, se haya logrado en ejercicio de una función



pública (su precisa calidad de soldado integrante de la Batería Bombardero 2), así dicha competencia concreta de tenencia o administración no le corresponda, o lo que es similar, que el ejercicio de la función de tenencia o administración sea una función nominalmente de otro empleado.

De acuerdo a los criterios jurisprudenciales expuestos, resulta conforme a derecho señalar que la disponibilidad de los bienes sobre los cuales recae la conducta debe ser entendida tanto como disponibilidad material, como disponibilidad jurídica. Aquella disponibilidad material se predica de la situación fáctica desarrollada por el SLP. F.D.L. aquel 3 de marzo de 2009 cuando en su condición de militar en grado de soldado, orgánico de la Batería Bombardero 2 recibió los dineros y víveres, destinados para abastecer a la misma unidad de la cual era orgánico.

En igual sentido, en cuanto a la calidad de sujeto activo que requiere el peculado entiende esta Sala de Decisión que aquella disponibilidad material que tuvo el procesado sobre los dineros para compra de víveres se generó en primer término por su calidad de militar integrante de la Batería Bombardero 2 orgánica del Batallón de Artillería No. 13, por tal calidad es en la que se debe entender que el CP. C.C. le entregara los dineros y víveres tantas veces mencionados. Razón por la cual no se comparte el argumento esgrimido por la Juez de Instrucción en el sentido que el procesado no ostenta la calidad cualificada que requiere el punible de peculado, fundamentándose en que la delegación que le hace el cabo para el manejo de aquellos dineros no tiene la capacidad jurídica para atribuir el rol de administrador, tenedor o custodio. Parece entender que se requiere un acto administrativo complejo que así lo decida, desconociendo los propios ingredientes normativos que trae el tipo penal de peculado.

Confirma la posición anterior, que incluso aquellas conductas delictuales desplegadas por los denominados funcionarios de hecho generan consecuencias penales, así lo ha aceptado de manera pacífica la Doctrina: "...Creemos como la mayoría de la Doctrina, que la mencionada irregularidad puede llegar a tener importancia en el campo del derecho administrativo pero no en la esfera del derecho penal, ya que para este es suficiente el efectivo desempeño de una función pública, al tiempo que carece de toda importancia lo relativo a la designación del funcionario por presunta invalidez o nulidad del acto. Por lo anterior es dable predicar que el funcionario de hecho es empleado oficial para los efectos penales de que aquí se trata, y que, en verdad, incurren en el delito de peculado cuando se den los restantes requisitos..."<sup>47</sup>. **(Rad. 156036, 18 de marzo de 2010, MP. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS VARGAS, Segunda Sala de Decisión).**

• • •

## PRÁCTICA DE PRUEBAS

**Para el juez de instrucción es un imperativo practicar las pruebas ordenadas por el fiscal penal militar, conforme a lo establecido en el artículo 553 del C.P.M.**

“También, es pertinente referirnos a la providencia mediante la cual la Fiscalía 19 Penal Militar<sup>48</sup> al recibir el proceso procedente del Juzgado 79 de Instrucción Penal Militar, mediante el cual dispuso la práctica de unas diligencias, que en efecto lo hizo, por la facultad que le concede el artículo 553 de la Ley 522 de 1999, pues si previo a su estudio encontró que se hubieran dejado de practicar pruebas, la norma indica claramente que lo devolverá al mismo funcionario para que las practique en el término de 15 días, el que se puede ampliar hasta en otro tanto, si se tratare de delitos conexos o fueron más de 2 procesados.

En este aspecto, esta norma resulta taxativa e imperativa para el funcionario de instrucción, a quien no le está dado la opción de acatar o no la disposición de práctica de pruebas, al no tratarse de una solicitud sino de un mandato que lo obliga a actuar necesariamente según lo dispuesto, sin que pueda decidir la realización de otra conducta diferente.

Lo anterior, por cuanto se observa que el funcionario de instrucción recibido el proceso de parte de la Fiscalía 19 Penal Militar, entró a cuestionar cada una de las pruebas dispuestas por aquel funcionario, aceptando unas y denegando otras, como si se tratara de una solicitud normal de pruebas<sup>49</sup>.

Debe recordársele a este funcionario, que es la Fiscalía Penal Militar la que debe calificar el merito del sumario con fundamento en los elementos de juicio aportados al proceso, determinando si son suficientes o no para acusar o si por el contrario constituyen la plena prueba demostrativa de alguna de las causales para cesar procedimiento y que al Juez de Instrucción no le está dado realizar tal juicio, pues su función es única y exclusivamente de investigación.”<sup>50</sup> **(Rad.156281, 15 de enero de 2010, MP. MY. ® MARYCEL PLAZA ARTURO, Sala Tercera de decisión).**

• • • •

## PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

**En el delito de deserción, la acción penal prescribe un (1) año después de la ejecutoria de la resolución de acusación.**

“Hubiese sido interesante acometer el estudio de fondo del debate planteado por el Ministerio Público, si no fuera porque una vez revisada cuidadosamente la actuación, se encuentra que a la fecha de la presente providencia la acción penal

48 Fls.200 al 204 C.O. interlocutorio de la Fiscalía 19 Penal Militar de Brigada que declaró la nulidad del interlocutorio de fecha 24 de septiembre de 2009 del Juzgado 79 de Instrucción Penal Militar  
 49 Fls.239 al 241 C.O proveído de la Juez 79 de Instrucción Penal Militar.  
 50 Artículo 264 del Código Penal Militar.



ha prescrito y a consecuencia de ello se debe declarar su extinción y el consiguiente cese de procedimiento.

En efecto, se encuentra que con fecha 24 de octubre de 2009, la Fiscalía ante el Tribunal Superior Militar revocó la cesación de procedimiento dispuesta por la Fiscalía Penal Militar al momento de calificar el mérito del sumario y en su lugar dispuso acusar al SLR. RCFA.

Conforme al contenido del artículo 86 del Código Penal Militar, la prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación. Una vez interrumpida, el termino de prescripción comenzará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83, es decir por un (1) año, teniendo en cuenta que para el delito de deserción el término de prescripción esta fijado en dos (2) años.

Luego, si la resolución de acusación se profirió con fecha 24 de octubre de 2008, día en que fue suscrita por el Fiscal ante el Tribunal Superior Militar al desatar la apelación, quiere decir que a la fecha ha transcurrido mas de un (1) año desde que se interrumpió la prescripción, por lo que la acción penal se ha extinguido, teniendo en cuenta que el proceso aún no ha sido resuelto en forma definitiva.

Para sustentar estas apreciaciones, se transcribe un aparte de la providencia del 11 de abril de 2002, a través del cual la Corte Suprema de Justicia expresó:

“Respecto del delito de deserción afloran, de acuerdo con ese conjunto dispositivo, los siguientes rasgos: goza de un régimen de prescripción privilegiado y está sometido a un procedimiento especial, según los artículos 578 y 128 del Código Penal Militar.

Estas dos características arrojan como consecuencia que después de la ejecutoria formal del auto que declarara la iniciación del juicio, el término de prescripción de la acción penal se reanude para el delito de deserción, pero con la precipitud de un lapso en extremo breve, pues corre de nuevo por la mitad del término de dos años que de ordinario le correspondía, es decir, por un año<sup>51</sup>.

Ahora, en razón a que el juzgador introdujo ese condicionamiento en el citado artículo 86 de la Ley 522 de 1999, es decir, que marcó el momento de la interrupción del término prescriptivo respecto de los delitos que se juzgan por el procedimiento especial, entre ellos el de deserción, para disponer enseguida que corre de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83, no cabe sino deducir que a partir de la ejecutoria del auto que da inicio al juicio en procesos por ese concreto hecho punible, el lapso para que el estado pueda ejercer válidamente su potestad punitiva se reduce a un año.”

Ahora bien, debe entenderse que aunque nos encontramos frente a un juzga-

<sup>51</sup> CSJ. Sala Penal, providencia del 11 de abril de 2002, radicado 19002, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

miento especial, previsto en los artículos 578 y 579 del C.P.M., reformados por la Ley 1058 de 2006, el término de prescripción se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación y no con la ejecutoria formal del auto que declara la iniciación del juicio, que no existe dentro del trámite especial <sup>52</sup>.” **(Rad. 155900, 25 de marzo de 2010, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

• • • •

## **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD**

**Tratamiento cuando se trata de menores de edad. Afectación de derechos.**

Fue tan ilegal la privación de la libertad de los menores, que no medió orden escrita de autoridad competente, ni denuncia, supuestos imprescindibles para llevar a efecto dicha medida de conformidad con lo preceptuado en los artículos 28 y 32 de nuestra Carta Magna, siendo fácil concluir que al ser dejados a custodia del procesado los posibles menores infractores, debió haber exigido de sus aprehensores la denuncia correspondiente y así dejarlos inmediatamente a disposición de la autoridad judicial pertinente, para que fuera esta la que optara por una medida diferente como lo sería la citación a éstos o a sus padres para recibirles una exposición de lo acontecido, máxime si las progenitoras de dos de éstos se habían hecho presente en la unidad policial reclamando su entrega, considerándose que a los menores le fueron vulnerados sus derechos fundamentales a la libertad al ser privados de la misma arbitrariamente bajo un supuesto cargo sin orden de autoridad competente ni denuncia al respecto en la forma como quedó probado; igualmente el derecho al libre desarrollo de su personalidad dado que de por sí la medida retentiva era improcedente contra ellos y así mismo les fue conculcado el derecho a no ser tratados como delincuente adulto, toda vez que al ser aprehendidos se le colocó frente a una situación similar a la de aquél. **(Rad. 155855, 27 de julio de 2009, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**

• • • •

## **PROCEDIMIENTO ESPECIAL**

**El juez puede decretar pruebas y debe darle igual oportunidad a los sujetos procesales para solicitarlas.**

“Desde otro punto de vista es necesario también recordar que en el evento en que no se produzca aceptación de cargos se agota el procedimiento señalado

<sup>52</sup> El auto a que alude el artículo 86 del C.P.M. estaba previsto dentro del procedimiento especial de los artículos 578 y 579 que fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-178 de 2002.



en el artículo 579 inciso 10 del Código Penal Militar, que inicia con el traslado a los sujetos procesales para que soliciten o aporten la pruebas que estimen pertinentes y conducentes, lo que debe ser resuelto en la audiencia por el Juez de conocimiento, procediéndose posteriormente a su práctica. La ley en este sentido no expresó que el Juez pueda ordenar la práctica de pruebas en forma oficiosa, pero debe entenderse que si la audiencia de Corte Marcial es el componente único de la etapa de juzgamiento, el Juez de conocimiento como Juez Constitucional debe tener en cuenta siempre los fines del proceso penal, vale decir, la verdad, la impartición de justicia y la reparación. Por ello no cabe duda para esta Sala que el Juez no solamente tiene la posibilidad de decretar oficiosamente la práctica de pruebas, obviamente aquellas pertinentes, conducentes y útiles, sino que tiene la obligación de proceder a ello si lo considera necesario. En el presente caso se observa que se limitó al Procesado, al Defensor y a los otros sujetos procesales, de la garantía fundamental de contradicción y defensa, pues no tuvieron la oportunidad de pronunciarse acerca de las pruebas cuya práctica hubieren podido solicitar, omitiéndose una de las sub-etapas más relevantes del juzgamiento caracterizada como ya se dijo, por la oralidad y la intermediación". (**Rad. 155494, 23 de julio de 2009, CN.** © **JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión**).

• • •

### PROCEDIMIENTO ESPECIAL

**Nulidad de la actuación penal por omisión de la ritualidad establecida en el C.P.M. para el juzgamiento de delitos especiales.**

"Sería del caso proceder al estudio de la providencia que se revisa por esta vía de alzada, sino fuera porque examinado el proceso en su integridad, especialmente y por tratarse de un delito contra el servicio, de aquellos que se tramitan por el procedimiento especial, la audiencia pública, que en virtud de la Ley 1058 de 2.006 que adicionó la Ley 522 de 1.999, se denomina audiencia de acusación y aceptación de cargos, no se cumplió a cabalidad, pues se omitió de manera ostensible dar cumplimiento al actual artículo 579 del Código Penal Militar, como pasa a analizarse a continuación:

En primer lugar, en la audiencia de acusación y aceptación de cargos del día 16 de octubre de 2.008, se omitió advertir al sindicato el derecho que le asistía de guardar silencio y de no autoincriminarse y así concederle el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si ha llegado a un acuerdo con el Fiscal y en qué consiste este, o si se declara inocente o culpable. Aspecto que pareciere una simple formalidad, pero cuya omisión, puede significar para el procesado la obligación de dar una respuesta, cuando es claro que frente a la acusación, puede hasta guardar silencio. Por ello, violatorio del derecho de defensa.

(...)



De otro lado, se desconoció el debido proceso durante el trámite de la Corte Marcial, siguiendo el derrotero establecido en el actual artículo 579 del Código Penal militar, cuando de igual forma, se omitió ostensiblemente correr traslado a los sujetos procesales por el término de dos (2) horas renunciables, con el fin de darles la oportunidad de que pudieran aportar o solicitar las pruebas que consideraran pertinentes y conducentes, sobre las que el Juez ha debido resolver de plano acogiéndolas o rechazándolas, explicando los motivos por los cuales adopta su determinación.

Una lectura cuidadosa del acta de la Corte Marcial realizada el 16 de octubre de 2.008<sup>53</sup>, así lo refleja. En consecuencia, estamos frente a una pretermisión de la etapa probatoria del juicio, con lo que se coartó a las partes la posibilidad de presentar pruebas de acuerdo a sus especialísimos intereses, pero más aún, limitando el derecho de defensa en cuanto se pudo considerar esta como una oportunidad para reforzar los argumentos defensivos.

De igual forma se observa que el Juez de Primera Instancia omitió al final de la audiencia, proferir el sentido del fallo, al que estaba obligado según las voces de la misma Ley 1058 de 2006.

Por ello, en tratándose en el fondo de hechos omisivos, constitutivos violatorios del derecho de defensa, no puede convalidarse la nulidad, frente al silencio de las partes, pues es el mismo artículo 392 del Código Penal Militar el que señala que no se declarará la invalidez de lo actuado cuando el acto cumpla la finalidad para el que estaba, “siempre que no se viole el derecho de defensa”.

Y no existiendo otro medio a través del cual se puedan subsanar estas irregularidades, debe declararse la nulidad de la vista pública en su totalidad, para que esta se cumpla con las formalidades que impone el artículo 579 del Código Penal Militar, por el procedimiento especial que rige la Ley 1058 de 2006, teniendo en cuenta que se trata del delito de abandono del servicio por el que se acusa al procesado.” **(Rad. 155812, 16 de diciembre de 2009, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**

• • • •



### **PROCEDIMIENTO ESPECIAL LEY 1058 DE 2006**

**Trámite procesal- Nulidad por transgresión al debido proceso y derecho de defensa ante la indebida remoción del defensor de confianza sin anuencia del procesado.**

Lo anterior nos convoca a reseñar el procedimiento especial conforme los lineamientos de la ley 1058 de 2006, donde el proceso inicia con auto formal de investigación y dentro del cual se vincula mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente al sindicado, a quien posteriormente se le resuelve la situación jurídica con la imposición o no de medida de aseguramiento, etapa que tendrá como máximo un término de duración de treinta (30) días, y perfeccionada la investigación, el funcionario instructor remitirá el expediente al Fiscal respectivo, quien previó estudio si no existiere prueba suficiente para calificar, lo devolverá al Juez de Instrucción para que practique las pruebas indispensables para el mérito sumarial y cumplido lo anterior cerrará la investigación mediante auto de sustanciación contra el cual procede el recurso de reposición.

Concluido el trámite del cierre, el Fiscal si encuentra mérito para acusar formulará la respectiva acusación dentro de los cinco (5) días siguientes, de la cual entregará copia a los sujetos procesales, solicitando al juez de conocimiento fije fecha y hora para celebración de audiencia de acusación y aceptación de cargos, procediendo contra esta resolución recurso de reposición.

Ejecutoriada la resolución acusatoria, el fiscal adquiere la calidad de parte y remitirá el expediente al juzgado de instancia para que convoque a audiencia, la cual se celebrará dentro de los ocho (8) días siguientes, término durante el cual deberán reunirse el fiscal y procesado, éste 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.

Una vez en firme el auto que fijó día y hora para la celebración de la audiencia acusación y aceptación de cargos, y llegada la fecha, el Juez de Conocimiento instalará la audiencia, advirtiéndole al sindicado si está presente que tiene derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse, concediéndole el uso de la palabra para que sin apremio ni juramento manifieste si ha llegado a un acuerdo con el Fiscal y en qué consiste el mismo (debiéndose presentar el acta que se levantó al respecto que se agregará al proceso para que obre como antecedente o dejar constancia en la audiencia ya sea inicialmente o en el transcurso de la misma si se llegó a un acuerdo o no), o si se declara inocente o culpable. Si el procesado acepta los cargos se emite fallo anticipado concediéndole la rebaja de una sexta parte de la pena, en caso contrario, se surten los trámites de la audiencia de Corte Marcial con la presencia de un profesional del derecho previamente designado por el proceso o nombrado por el Juez.

(...) en la etapa de la audiencia de acusación y aceptación de cargos se transgredió el debido proceso y derecho de defensa, por cuanto el doctor J.A.L. designado por el investigado como su defensor de confianza dentro de la presente actuación, si bien antecedente a que se resolviera la situación jurídica de su representado allegó memorial petitorio ante el despacho instructor solicitando se abstuviera de decretarle medida de aseguramiento y en consecuencia le cesará procedimiento (fl.71-74), siendo notificado personalmente de la medida asegurativa impuesta a su representado y a partir de allí por estado, en la etapa del juicio el togado fue indebidamente reemplazado por la señora juez de conocimiento, quien al parecer por manifestación de éste de no poder comparecer a la audiencia programada sin obrar memorial o petición escrita que justificara tal renuncia, nombró para la representación de los intereses del procesado a un defensor de oficio sin enterar de tal actividad al enjuiciado como lo dispone el artículo 29 de la Constitución Política, que preceptúa: “... Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento”, no cumpliéndose de esta manera con la ritualidad procesal consistente en que el defensor de confianza debe justificar ante el administrador judicial los motivos y circunstancias que conllevan a la renuncia de la defensa asignada; razones que debe sustentar exigiblemente por escrito para de esta manera proceder a su valoración y determinar si es viable o no la remoción defensiva, y así comunicar al procesado para que si lo estima pertinente, designe un nuevo defensor de confianza o en su defecto el despacho le asigne uno de oficio. **(Rad. 155989, 09 de febrero de 2010, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**

• • • •

## PROCEDIMIENTO ESPECIAL/NULIDAD

**Debido proceso - entidad jurídica de la figura de aceptación cargos  
 – principios que orientan las nulidades.**

“Así, el esquema del Proceso Penal Militar en el Procedimiento Especial difiere sustancialmente del Ordinario o General, con mayor énfasis en la etapa del Juicio y en la de Calificación, en cuanto al instituto de la Aceptación de Cargos en la Audiencia, que posibilita el derecho a obtener una rebaja de la pena que fuere impuesta, de una sexta parte (Artículo 578-12 de la Ley 522 de 1999), propia de la política criminal que se desprende de la Ley Penal Militar, pero solo para los delitos aquí previstos por el legislador. Además en este trámite especial antes de llegar a la Audiencia de Corte Marcial, el Fiscal Penal Militar debe llevar a efecto, o agotar las diligencias necesarias para celebrar una reunión con el procesado, acompañado por su defensor, con el propósito de evaluar la posibilidad de Aceptación de Cargos, y las consecuencias que de ellos se deriven.



En virtud de lo anterior, en la Audiencia de Corte Marcial, desde su inicio, el Juez de conocimiento debe indagar acerca de la reunión que debió haber sostenido el Fiscal y procesado con su defensor para efectos de evaluar la posibilidad de Aceptación de Cargos, previas advertencias sobre el derecho de guardar silencio y de no autoincriminación. En caso de Aceptación de Cargos, el Juez de conocimiento anunciará el sentido del fallo, que proferirá en los dos días siguientes. En caso negativo, esto es, de no Aceptación de Cargos, se seguirá el procedimiento similar al de la Audiencia de Corte Marcial, finalizándose también con el anuncio del sentido del fallo.

(...)

Retomando la disquisición hecha sobre el Procedimiento Especial, ha de concluirse que la característica propia de la Audiencia de Corte Marcial, es el instituto de la posibilidad de Aceptación de Cargos, lo que en el caso sub examine le habría dado al SLR. L.A.S.L. la oportunidad de hacerlo merecedor de una rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados, máxime si se tiene en cuenta que estudiada su indagatoria su posición sobre el particular apuntaba a tal aceptación.

Por ello, este instituto debe ser garantizado por el Juez de conocimiento, que en todo caso también es Juez Constitucional, por lo que es el llamado a materializar dentro del proceso penal el espacio para las garantías y derechos de los procesados, pues claro es que no solo debe atender la estricta persecución penal. De ahí que el artículo 1º de la Ley 1058 de 2006 incorporado al artículo 579 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999-, con sigiloso cuidado preceptúa “(...) *Si se declara inocente, o se ha abstenido de expresarlo o de comparecer, una vez agotados los medios para lograr su presencia en la diligencia, primará la presunción de inocencia, eventos en los cuales se surtirán los trámites propios de la Audiencia de Corte Marcial con la presencia de un profesional del derecho (...)*”

Obsérvese como la norma imperativamente señala no el cumplimiento de una neta notificación, sino el agotar los medios para lograr la presencia del procesado en la diligencia, esto es en la Audiencia, de ahí que ha de entenderse que el Juzgador debe extremar los rigores en el cumplimiento exacto de los preceptos constitucionales, con miras a obtener la comparecencia del sindicado al proceso, rematando todos los medios posibles para localizarlo, justamente para así asegurar el ejercicio de su derecho de defensa, que en el caso de marras resultaba sencillo, pues téngase en cuenta la cercanía que hay entre el municipio de Jamundí y la ciudad de Calí, por lo que era viable echar mano a otros recursos distintos a limitarse a librar una comunicación, y más aún bastaba el haber atendido la juiciosa solicitud que demandaba la defensa de suspender la Audiencia; pues recuérdese que sí con posterioridad a ello, se han cumplido actuaciones que dependen estrechamente de los actos anteriores, lo procedente es rehacer la actuación; ya que se desdibuja el esquema propio del proceso, socava sus bases fundamentales, como en aquellos eventos en que se altera la igualdad de las partes, o se atenta en forma grave contra la garantía del contradictorio. Garantía que, como lo ha dicho la corte, ha sido instituida a favor de todos los sujetos procesales: “hay cierto abuso y desvío cuan-

do se considera el proceso y la plenitud de sus formas como privilegio concedido solamente a una de las partes, al enjuiciado, dejando al Ministerio Público, y a la parte civil sin las consecuencias de este importantísimo resguardo constitucional”. **(Rad. 156355, 26 de Febrero de 2010, MP. CR. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE, Sala Segunda de Decisión).**

• • • •

## PRUEBAS

**Es al Juez a quien corresponde evaluar su conducencia y pertinencia.**

“(…) La existencia de resolución acusatoria, permite inferir que se han precisado cargos al sindicado, siendo referencia obligatoria los parámetros fácticos, probatorios y jurídicos de la acusación, por lo que no le puede extrañar al Juzgador de primera instancia que la Defensa pretenda, en su legítimo derecho, atacar la acusación o la postura del Representante de la sociedad, lo que busca es desvirtuar los cargos de la acusación o aminorar el compromiso penal de su prohijado, precisamente en ello se basa el verdadero ejercicio del derecho de defensa.

Resulta igualmente desafortunado que el referido Juez afirme que a quien asiste el deber de determinar la conducencia y pertinencia de una prueba sea a la parte y no al funcionario. Una cosa es que la petición de parte esté identificada por la prudencia, técnica y fundamento legal y otra muy distinta es que la decisión sobre admisión o rechazo de prueba responda es a pronunciamiento judicial. Por ello el argumento del fallador primario para negar las pruebas, deviene en equivocado cuando señala que corresponde a la Defensa demostrar la conducencia, lo que ésta hace es expresar qué tipo de prueba y para qué la requiere, como en efecto lo hace al indicar al Juez que los testimonios citados se orientarán al “thema” de prueba, desvirtuarán lo expresado en la acusación y aclararán dudas que puedan surgir. **(Rad. 156311, 15 de marzo de 2010, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA, Cuarta Sala de Decisión).**

• • • •

## QUERELLA

**La ausencia formal de la querella no constituye de por sí una transgresión trascendente del debido proceso.**

La errada apreciación del funcionario instructor en clausurar la etapa preliminar mediante auto inhibitorio aduciendo la falta de querella como presupuesto de procedibilidad de la acción como lo exige el Código de Procedimiento Penal



(Ley 600 de 2000) consiste en que si bien la querrela es la solicitud que eleva el sujeto pasivo de la conducta punible para que se adelante la correspondiente investigación a que haya lugar por la comisión de un delito y presupuesto dispuesto por el Legislador para que el Estado pueda llevar a cabo la acción penal por esta clase de reato cuando la incapacidad médico legal no sobrepasa los treinta (30) días sin secuelas, no es menos cierto que la jurisprudencia ha venido indicándonos que la ausencia formal de la querrela no constituye de por sí una transgresión trascendente del debido proceso, al no requerirse expresamente escrito u otro formalismo para el adelantamiento de la acción penal, sino que debe tenerse en cuenta también las acciones desplegadas por los lesionados para que el Estado la promueva, ya sea a través de la presencia de las víctimas a la respectiva valoración médico legal demostrando de esta manera interés para poner en funcionamiento el aparato judicial, o por medio de las manifestaciones que estos hagan dentro de la actuación respecto al ilícito y posible responsabilidad del investigado, pudiendo o no expresar su deseo de iniciar o proseguir la acción. **(Rad. 154812, 25 de noviembre de 2009, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**

• • •

### **REBAJA DE PENA**

**No son incompatibles las rebajas punitivas por confesión y aceptación de cargos, deben calcularse cronológicamente sobre los remanentes de la pena una vez determinada.**

“De otro lado, es una realidad que no existe incompatibilidad entre la rebaja punitiva por confesión y rebaja en razón a la aceptación de cargos, pues tales beneficios no son excluyentes y se refieren a dos institutos diferentes, los que están dirigidos a premiar la colaboración del procesado con la administración de justicia en diferentes etapas del proceso. En la confesión, los hechos y las circunstancias son narrados al funcionario por el procesado a su propia iniciativa y de acuerdo a su participación en la comisión del delito, debiendo ser valorada y confrontada con otros medios de prueba para establecer su veracidad, y su utilidad es precisamente facilitar la investigación al brindar una ayuda para esclarecer la conducta punible y ser la causa mediata o inmediata de las demás evidencias sobre las cuales se edifica la sentencia condenatoria, reportando los beneficios en esta etapa procesal.

En la aceptación de cargos, los hechos y circunstancias con base en los cuales se formula el cargo que habrá de ser aceptado o no por el procesado, los propone el fiscal con base en la prueba recaudada, y logra el ahorro de la actividad judicial en la etapa de juicio, fin propuesto en la creación del procedimiento especial por la Ley 1058 de 2006, buscando la celeridad, eficacia y economía procesal, como la descongestión de los despachos.

El artículo 599 del Código Penal Militar que hace alusión al trámite de los procesos que se surten por el procedimiento especial y al hacer referencia a la declaratoria de culpabilidad indica, que quien se declare culpable tiene derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto a los cargos aceptados. Y el artículo 446 de la misma obra, a quien confesare el hecho, en caso de condena se le reducirá la pena en una sexta parte.

Es así entonces, que tanto los artículos 446 y 559 ambos del Estatuto Punitivo Castrense, consagran una reducción de pena, ambas referidas a la pena imponible, o lo que es lo mismo, son rebajas que operan sobre la pena final. En relación a este tópico el doctrinante FERNANDO VELASQUEZ V. en su obra Manual de Derecho Penal, afirma: “el atinente a la individualización de la pena cuando operan ciertas figuras de marcado corte procesal, que son la sentencia anticipada, la confesión y los beneficios por colaboración eficaz. Por supuesto, hay algo de común en la aplicación de la pena cuando se presentan estas tres instituciones jurídicas: las diminuentes solo se aplican a manera de pena final, cuando ya se ha adelantado todo el proceso de determinación hasta ahora examinado; proceden, pues, por decirlo de otra forma, sobre la pena final.”<sup>54</sup>

Lo anterior, que quiere decir que primero se debe proceder a individualizar en concreto la pena que le corresponde al condenado, atendiendo los factores de medición establecidos por el tipo penal llevado a cabo, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de agravación o atenuación y los demás factores concurrentes, para posteriormente, ir aplicando las reducciones sobre los saldos.

Este es el criterio que impera la Corte Suprema de Justicia, debido al carácter progresivo que la determinación de la pena ostenta en nuestro sistema, señalando reiteradamente que las rebajas a que tenga derecho el procesado se calculan sobre los residuos o remanentes de la pena, una vez el juzgador haya individualizado el quantum punitivo correspondiente, metodología que descarta la suma aritmética de beneficios no autorizada por el legislador. (...).

En este orden de ideas, y para poder aplicar las correspondientes rebajas a que tiene derecho el procesado, partiremos de la pena que en concreto fijó el A Quo al procesado soldado D.D., quien partió de la pena mínima para el delito por el que se procedió, el desertión, es decir, de seis meses de arresto, al considerar que no existían dentro del proceso circunstancias de agravación punitiva,(...)y sobre este límite realizó el descuento que autoriza el artículo 579 citado de la sexta parte, que se representa para este caso específico en un mes, tasando definitivamente la pena en cinco meses de arresto.

(...)

Así entonces, comoquiera que ya se hizo por parte del A-quo la reducción de la pena en una sexta parte en atención a la aceptación de cargos por parte del acusa-

<sup>54</sup> Manual de derecho penal .Pg.580



do, tasando la misma en cinco meses, la Sala en aplicación a la rebaja que procede por confesión, sobre este remanente o residuo entrará a reducir otra sexta parte, que equivale a 25 días si aplicamos la siguiente fórmula:

$$\begin{aligned} 5 \text{ meses} &= 150 \text{ días} \\ 150 \text{ días} \div 1/6 &= 25 \text{ días} \end{aligned}$$

Por lo tanto la nueva pena a imponer una vez redosificada será de cuatro meses y cinco días, como se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

Es importante, en relación a este tema señalar que si bien el orden cronológico en que se surtió la tasación de la pena no es el acertado, puesto que al haberse omitido por el Fallador aplicar la reducción por confesión, que vendría a ser la primera rebaja a realizar teniendo en cuenta el orden cronológico con que se presentan los actos procesales, la que se vino a realizar en forma posterior a la rebaja ya hecha por la aceptación de cargos, en este específico caso, el orden de los citados factores de disminución punitiva no afectan el resultado, comoquiera que la rebaja por las dos causales es la misma, de una sexta parte.” **(Rad.156353, 24 de febrero de 2010, MP. MY ® MARYCEL PLAZA ARTURO, Sala Tercera de decisión).**

• • •

### RECURSO DE APELACIÓN

#### Motivación del recurso de alzada

En su sustentación debe concretarse el tema y los aspectos del disenso.

Bajo estos preceptos, correspondería a esta Sala de Decisión conforme lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 238 y artículos 360 y 583 del Código Penal Militar pronunciarnos en el presente asunto respecto a las pretensiones del apelante, sino fuera porque del memorial sustentatorio del recurso de alzada se vislumbra que el recurrente no concretó en forma clara el tema y aspectos objeto de disenso como lo exige el artículo 363 Ibídem, limitándose únicamente en un efímero y ambiguo escrito a enunciar que las versiones de los testigos aportados por su prohijado son claras en demostrar que efectivamente las amenazas ocurrieron, y que para ello bastaba observar el testimonio de E. M. C.L., lo indicado por el consanguíneo del procesado J.A.O.M. de haber observado que fue buscado en varias oportunidades por dos personas que tripulaban una motocicleta, lo asegurado por la progenitora de éste de que si estuvo trabajando en el municipio de Guarima, y que las amenazas se materializaron cuando fue agredido por unos sujetos en el mes de enero del año inmediatamente anterior; manifiestos que en ningún momento pueden ser considerados como sustento del recurso de alzada, en razón que no refuta de manera explícita los fundamentos de la providencia atacada, con



indicación de las motivaciones o conclusiones que considera equivocadas, máxime cuando reiteradamente la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal ha indicado el imperativo de ostentar y explicar por parte del recurrente las premisas fácticas y jurídicas que permiten cuestionar la determinación impugnada para constatar su contrariedad con el derecho y alcanzar su revocatoria o modificación. **(Rad. 156044, 17 de marzo de 2010, MP. CN CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**

• • • •

## **SENTENCIA EN LA LEY 1058 DE 2006.**

**Su no motivación implica declaratoria de nulidad.**

“Es que, una Sentencia debe reunir distintos presupuestos formales y materiales que involucran no solamente en la conducta en sí misma, dentro de la cual puede ser necesario discernir a cerca del concepto de acción, sino que evaluar los elementos del tipo objetivo y del tipo subjetivo; dentro de ello espulgar si acaece o no alguna causal de atipicidad, para luego proceder a examinar los conceptos de la Antijuridicidad formal-material-, lo mismo que la Culpabilidad y las posibles causales de Antijuridicidad e Inculpabilidad, con la respectiva consideración de las razones que puede aducir el procesado. Por ello no basta simplemente en unas limitadas líneas llegar a la conclusión de haberse incurrido en un delito y afectarse desde el punto de vista material el bien jurídico tutelado, sino que es estrictamente indispensable, esto es, examinar en forma sistemática y como unidad la reconstrucción histórica a la cual se llegó, como punto de partida para la motivación de la decisión.

Se olvidó el señor Juez de Instancia, que con base en el precepto consagrado en el art. 29 de la Carta Política, que también tiene su apoyo en instrumentos internacionales como los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el procesado tiene derecho a conocer no solamente por qué la posible infracción, por la que se le investiga, acusa, juzga y condena, sino cuales son las razones por las que se le responsabiliza de un delito, y a imponérsele una sanción, de tal forma que si no se esboza los argumentos respectivos, lo que conlleva a que el procesado, e inclusive los intervinientes desconozcan las razones de la decisión de la misma, pues “el derecho de motivación de la sentencia se constituye en un principio de justicia que existe como garantía fundamental derivada de los postulados del Estado de Derecho, en tanto que el ejercicio jurisdiccional debe ser racional y controlable (principio de transparencia), asegura la imparcialidad del juez y la legalidad”<sup>55</sup>

<sup>55</sup> Corte Suprema de Justicia. RAD. 22041. MP. YESID RAMIREZ BASTIDAS. Sep-28-06



Lo que se quiere significar es que, toda decisión, y por su puesto una sentencia tiene que necesariamente ser motivada, pues es una de las garantías que entraña el debido proceso que consagra la Carta Política, e inclusive respeto al preámbulo de la misma, en el cual se encarna la justicia como valor superior. En este sentido la persecución penal lejos de ser arbitraria, debe ser un espacio igualmente de reconocimiento de los derechos fundamentales, y por ende no puede olvidarse nunca que en las decisiones se deben consignar los argumentos y hacer explicación de los motivos que dan lugar a la decisión que se tome”. (Rad. 155889, 8 de julio de 2009, MP. CN. © Jorge Iván Oviedo Pérez, Segunda Sala de Decisión).

• • •

### TASACIÓN DE LA PENA

**El proceso de tasación judicial no constituye un acto discrecional o caprichoso del Juez.**

(...) En este orden de ideas, si el Estado quiere hacer efectiva su facultad punitiva - ius puniendi, todas sus actuaciones y sus decisiones deben estar sujetas al respeto y observación del principio de legalidad, esto es, acatando las normas que regulan tanto el procedimiento, los delitos y las penas, sin que el operador judicial le sea permitido salirse de los límites punitivos consagrados en la norma. (...)

Si bien es cierto la ley 599 de 2.000 establece unos criterios y reglas que llevan al operador judicial a delimitar el ámbito de movilidad dentro del cual debe moverse el operador judicial para dosificar la pena, dentro de los extremos señalados para el delito correspondiente y dentro de los cuales, conforme a las circunstancias que lo modifican o amplían, dividirlo en cuartos y dentro de éstos ubicarse en el límite punitivo, teniendo en cuenta los factores de ponderación para fijar la pena a imponer, la ley 522 de 1.999 – Código Penal Militar-, otorga al Juez una discrecionalidad más amplia en esta materia, no obstante no la deja de manera absoluta, dado que establece de manera inequívoca los criterios para la concreción de la pena y axiomáticamente establece cuando se deben aplicar los mínimos y los máximos.

Instituye el artículo 65 del Código Penal Militar que, “Dentro de los límites señalados por la ley, el juez aplicará la pena según la gravedad y modalidades del hecho punible, la personalidad del procesado, el grado de culpabilidad y las circunstancias de atenuación y agravación...”. A su turno el artículo 70 dispone que, “Solo podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurren únicamente circunstancias de agravación punitiva, y el mínimo cuando concurren exclusivamente circunstancias de atenuación, sin perjuicio de los criterios para fijar la pena...”.

Resulta claro entonces, que el Juez Penal Militar no cuenta con una discrecionalidad absoluta al momento de realizar la dosificación de la pena a imponer, sino que debe realizar una ponderación valorativa entre la gravedad y modalidades del hecho punible, la personalidad del procesado, el grado de culpabilidad y las

circunstancias de atenuación y agravación punitiva, tanto generales como específicas, examen que deberá realizarse bajo el entendido que para aplicar el umbral máximo, solo deben concurrir circunstancias de agravación y para aplicar el mínimo, solo deben concurrir circunstancias de atenuación punitiva, contexto éste, que debe estar en congruencia con la imputación jurídica realizada en la resolución de acusación.

En este orden de ideas, debe señalarse que el proceso de tasación judicial de la pena no constituye un acto discrecional o caprichoso del juez, sino que es un procedimiento reglado que le impone al Juez conforme a las reglas de la sana crítica, bajo los postulados arriba señalados, realizar una ponderación de las circunstancias en que ocurrió el comportamiento reprochado punitivamente, para inferir de manera razonado el quantum de la pena a imponer, dentro de los límites máximos y mínimos establecidos en la norma que describe el comportamiento abstracto reprochado punitivamente, por el que se procede en cada caso concreto, contexto que además llevará al fallador, a determinar de manera concreta las rebajas y beneficios que debe conceder.

Cuando la pena de multa prevista por el legislador, entendida como la exigencia al condenado de cancelar a favor del tesoro nacional una determinada suma de dinero a partir de un mínimo y un máximo señalados en la parte especial del código, aparece como acompañante de la pena privativa de la libertad, no como sustitutiva de la restricción personal, el operador judicial encargado de su imposición, deberá sujetar su dosificación entre el mínimo y máximo señalados por la misma ley, en cada tipo penal en concreto, debiendo moverse dentro de esos topes legales atendiendo los diversos criterios fijados en el artículo 50 del Código Penal Militar, como la gravedad del hecho punible, el grado y situación económica del condenado, el estipendio diario derivado de su trabajo, las obligaciones civiles a su cargo anteriores al hecho y las demás circunstancias que indiquen la posibilidad de pagar, pero en manera alguna podrá imponer multas por debajo del mínimo, salvo las rebajadas expresamente contempladas en la ley. **(Rad. 155348, 23 de marzo de 2010, MP. MY. © JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión).**

• • • •

## TIPOS PENALES MILITARES EN BLANCO

Alcance de las normas de reenvío.

(...) un presupuesto indefectible lo constituye el hecho que el centinela esté armado para que se configure el punible a que hace alusión la preceptiva del Digesto castrense. Por esta potísima razón, efectivamente la conducta será atípica. Sin embargo, considera la Sala que fue prematura la decisión tomada por la primera instancia para clausurar el proceso en contra del ex infante de marina M.M., primero porque afirmar de plano que el servicio que prestaban los sindicatos por el



hecho de no estar armados no tiene que ver con la misión constitucional y legal que demanda a los miembros de la fuerza pública, es desconocer no solamente la naturaleza de los servicios que prestan sus integrantes, sino también desconocer de tajo el fuero penal militar y aún más, los pronunciamientos de las altas cortes en lo que tiene que ver con la misión constitucional de la fuerza pública y en lo atinente a la relación con el servicio en las funciones operacionales y administrativas que cumplen para dar cabal cumplimiento al mandato Superior de la Carta Política. **(Rad. 155741, 26 de enero de 2010, MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión).**

• • •

### **USO INDEBIDO DE UNIFORMES**

**Es un delito eminentemente doloso que para ser punible requiere que afecte o ponga en peligro la seguridad de la Fuerza Pública.**

“Con el fin de abordar el grado jurisdiccional de la consulta de la sentencia absolutoria proferida en el presente proceso, en forma previa es necesario advertir que para la adecuación al tipo penal de uso indebido de uniformes de la Fuerza Pública que consagra el artículo 151 de la ley 522 de 1999, es necesario que el agente actué con el dolo de usar un uniforme, una insignia de grado, distintivos o condecoraciones que no le correspondan, de manera tal, que afecte o ponga en peligro el bien jurídico de la seguridad de la Fuerza Pública, sin justificación alguna.

Esto es, que en esta conducta resulta de trascendental importancia analizar que el uso debe ser entendido desde la perspectiva del bien jurídico que protege la norma, es decir, es punible la conducta, si se actúa con el único fin de atentar, de manera relevante e inequívoca, contra la seguridad de la Fuerza Pública.

Ello, en la medida en que los ordenamientos castrenses disciplinarios, consagran como falta, en los mismos términos, el uso indebido de uniformes.

Sin ninguna duda, analizado el material probatorio arrimado al expediente, se puede afirmar que el auxiliar bachiller R.A. fue sorprendido vistiendo un uniforme verde de Policía, sin los ribetes amarillos que lleva el uniforme reglamentario dispuesto para los auxiliares bachilleres que prestan su servicio militar en la Policía Nacional, tanto en la parte de arriba de la camisa del uniforme (hombreras) y en las mangas, según lo revela la prueba testimonial con que cuenta el proceso; además, fue sorprendido usando una gorra del ESMAD.

(...)

Es así, que de acuerdo a estas versiones, se puede evidenciar que el uniforme que portaba el auxiliar procesado, era de aquellos de uso exclusivo de la Policía

Nacional, dados como de dotación oficial; la diferencia radicó en que el procesado le quitó los ribetes amarillos que lo distinguían como un auxiliar bachiller y que lo diferenciaba de los uniformes del resto del personal. Ello permite concluir, que el procesado para el día de marras, portaba un uniforme que era de su categoría, pero que por haberle quitado una de sus características esenciales, como lo eran los ribetes amarillos, lo hizo asemejar a un uniforme que no lo distinguía como auxiliar, apareciendo como un profesional de policía. Desde este punto de vista, la conducta es típica, si se tiene en cuenta que fue sorprendido usando un uniforme que no le correspondía, de acuerdo a su status policial.

Situación que no ocurre respecto del uso de la gorra, pues a pesar de que era de aquellas que distinguen al grupo especial de la Policía Nacional “ESMAD”, ella no puede ser considerada como un uniforme, ni como una insignia, ni condecoración, sino como una prenda, cuyo uso indebido hace incurrir al que la porta, en una falta disciplinaria, mas no en un reproche penal, pues sencillamente su uso se circunscribe a un porte irreglamentario de una prenda que no va con el uniforme que le pertenece.

Ahora bien y contrario a lo expuesto por el Juez A-quo, la sentencia absolutoria procede no por atipicidad de la conducta, sino por que ella no es antijurídica, debido a que en ningún momento se puso en peligro, ni se lesionó el bien jurídico de la seguridad de la fuerza pública, teniendo en cuenta que el procesado usó un uniforme que no le correspondía y una gorra del ESMAD, sólo para impresionar, como lo dijo en su indagatoria y tal como lo resaltó el señor Procurador Judicial, al afirmar que trataba de “chicanear” con una joven; y dijo además el procesado, que en otras oportunidades se lo había colocado y sus superiores no le habían dicho nada.

Debe tenerse en cuenta que en este punible, el uso indebido debe ser público, esto es que ante los demás, se aparente una condición, categoría o grado que no tiene o no le corresponde; lo que en el caso de estudio no sucedió, toda vez que lo que R.A. reflejaba ser, era un policial uniformado de manera desordenada, demostrando la falta de control de sus superiores respecto de la obligatoriedad de portar el uniforme de manera digna, con altura, con decoro, recayendo ese actuar en el ámbito disciplinario y no penal.

Nótese además, que el día de los hechos los superiores del hoy procesado consintieron en el uso del uniforme, pues desde la formación de la mañana, se advirtió que portaba un uniforme sin ribetes amarillos y por esa razón fue destinado a prestar un servicio interno dentro de la Unidad. Esta situación, releva al derecho penal militar de efectuar un juicio de reproche, por antijuridicidad de la conducta, pues los mismos superiores consintieron en el uso de este uniforme.”  
**(Rad. 155699, 05 de octubre de 2009, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión).**