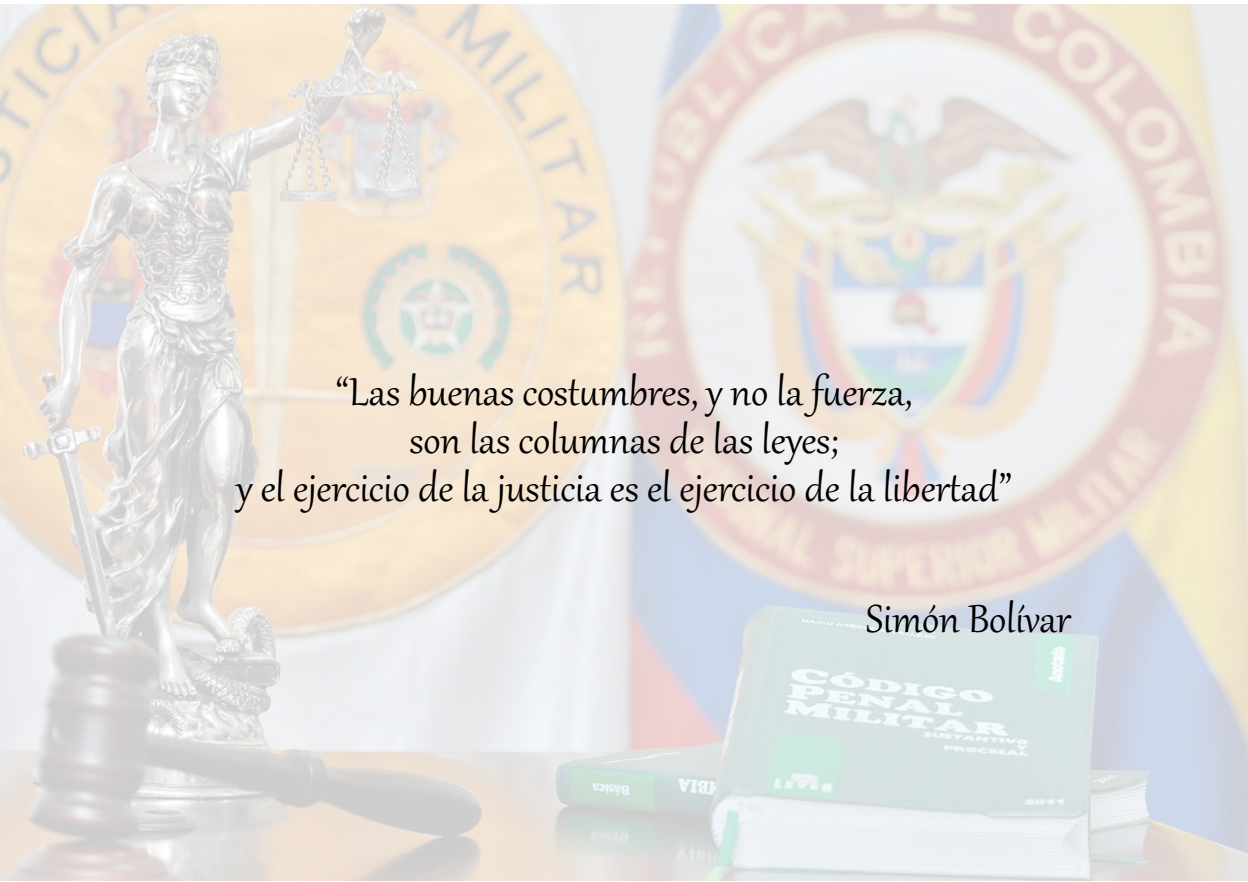
Revista Judicial
Tribunal Superior Militar

Edición No. 008 Junio de 2015

Compilación jurisprudencia
Incluye CD con sentencias



"Las buenas costumbres, y no la fuerza,
son las columnas de las leyes;
y el ejercicio de la justicia es el ejercicio de la libertad"

Simón Bolívar

Tabla de Contenido

Vista anterior

Página anterior

Página siguiente

Cerrar

Ver Providencia completa

Justicia Penal Militar

CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA
Presidente Tribunal Superior Militar

CN(R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ
Vicepresidente Tribunal Superior Militar

DRA. CLARA CECILIA MOSQUERA PAZ
Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar

CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA
CN(R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ
CN(R) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA
CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS
Comité Selección y Publicación de la Revista Judicial del Tribunal Superior Militar

SP. AMANDA MOLINA VILLARREAL
CP. ÓSCAR ANDRÉS ÁLVAREZ ROJAS
Comité de Revisión

JENNYFER MOLINA SÁNCHEZ
Dirección de Arte

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
Diseño e Impresión

Coronel
CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA
Presidente Tribunal Superior Militar
2012-2013
2014-2015

EDITORIAL

Piero Calamandrei, en su obra *El elogio de los jueces,* reflexiona sobre la naturaleza y la lógica de las sentencias de un juez, destacando que la motivación de la decisión es una verdadera garantía de justicia, donde no puede olvidarse que sobre lo que decide es respecto del comportamiento de un ser humano, no sobre hechos o conceptos abstractos que "se ligan por una inexorable concatenación de premisas y consecuencias". La motivación adecuada de su fallo refleja el itinerario que el juez ha tomado para llegar a su conclusión, permite igualmente establecer el punto del camino en que el juez "perdió la orientación"[1]. Sin duda, la motivación, adecuada valoración probatoria, proba argumentación, prudente y sensata aplicación de la dogmática, de los diversos institutos procesales, en suma, el acertado racionamiento de su decisión, llevan a la verdadera y eficaz administración de justicia.

Recuperar la orientación, retomar el sendero, demarcado por el respeto de derechos y garantías, es el papel que corresponde a la Corporación cuando se pronuncia a través de sus diversas decisiones. Eso que en palabras de Calamandrei denominamos la orientación adecuada del proceso está reflejado en todas y cada una de las providencias que hoy se publican y encarnan el tesauro jurídico de nuestro y de su Tribunal, que ha venido propendiendo a cumplir, acatar el mandato constitucional y legal, dispuesto en la Ley 522 de 1999 y su ocaso, y en el renacer de las nuevas categorías e institutos que consagran las Leyes 1407 de 2010 y 1765 de 2015.

Sin duda, las reformas que se han venido realizando en materia Penal Militar, desde la propia reforma constitucional, a la legal, son consecuencia de una adecuada visión de política criminal que consulta los fundamentos dogmáticos que son consecuentes con la evolución de la teoría del delito y de los nuevos institutos

[1] El elogio de los jueces. *Ed. Ara Editores. Pág. 99.*

procesales. Los fundamentos que se estilan no solo son políticos, sino epistemológicos, pues superan el positivismo, el causalismo y el finalismo; lo que nos permite hablar de una propuesta posfinalista con proyección funcionalista normativa de carácter moderado, donde tiene plena cabida la imputación objetiva. También con un procedimiento acusatorio que rodea de derechos y garantías al imputado, al acusado, a las víctimas, y demás partes o intervinientes, caracterizado por la oralidad, economía, celeridad, inmediación, concentración, contradicción y publicidad, para brindarle a la Fuerza Pública y a la comunidad nacional e internacional un efectivo sistema de administración de justicia, garantista, célere, efectivo y creíble.

En cuanto al nuevo presupuesto de imputación, bastaría con detenernos por un instante en el artículo 15 del Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010, que conforma uno de los apartes de la gran piedra angular del esquema del delito, entendimiento del injusto y su subjetivización, las normas de la culpabilidad, para comprender este nuevo modelo de imputación, que por demás venimos invocando, por respeto al principio de legalidad, desde el 17 de agosto de 2010, y que no puede ser desatendido por ningún funcionario, so pena de vulnerar derechos y garantías del destinatario de la norma.

Las líneas de pensamiento que ha venido construyendo el Tribunal se condensan en esta edición, y esperamos sean de permanente objeto de estudio y consulta; ellas propenden a unificar el criterio y dejar sentado el profundo compromiso de la Corporación por evolucionar, avanzar en el pensamiento jurídico penal militar y en el compromiso esencial y fundamental que nos gobierna como jurisdicción especializada, esto es, la necesidad de hacer justicia. En procura del fortalecimiento recientemente se ha promulgado el Acto Legislativo 01 del 25 de junio de 2015, por medio del cual "Se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia", en el siguiente sentido:

"ARTÍCULO 1o. El artículo 221 de la Constitución Política quedará así:

De las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la Justicia Penal Militar o Policial que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario.

La Justicia Penal Militar o policial será independiente del mando de la Fuerza Pública.

ARTÍCULO 2º. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación".

Comporta lo anterior precisar que conforme a la evolución del derecho penal, el esquema del delito, el derecho penal de acto, hoy hablamos de conducta punible como se postula en el inciso primero; de igual forma, para garantizar que se respete el derecho aplicable a los conflictos armados, como es el Derecho Internacional Humanitario, se exige que en la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, cometidas en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este; lo que comporta efectuar el juicio de valoración atendiendo el marco normativo de Ginebra y de La Haya[2] y trasladando tales principios al esquema del delito que hoy se postula, con lo cual se busca garantizar el principio de legalidad al generar adecuados presupuestos de valoración e imputación; esto demandará un prudente, técnico y correcto estudio, por parte del funcionario, dadas las nuevas categorías de imputación que se han de construir cuando ese catálogo de principios se traslade al injusto para ser justipreciado. Lo propio acontece cuando la conducta se realice en un enfrentamiento armado que reúna las condiciones objetivas del DIH, razón por la cual se exige que el funcionario de la Justicia Militar u ordinaria tenga formación especializada en el tema, no meramente informal a manera de seminario, sino como consecuencia de estudios de posgrado o maestría.

Eleva al rango constitucional el Acto Legislativo 01 de 2015 el principio de autonomía e independencia de la Justicia Penal Militar y Policial, respecto del mando de la Fuerza Pública, postulado que se concreta en la nueva Ley 1765 de 2015, que en su Título VI y a partir del artículo 62 desarrolla los aludidos preceptos y estructura el Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial.

Con la vigencia de la Ley 1765, a partir del 23 de julio de 2015, se reestructura la justicia especializada, destacando que en adelante se referirá a ella como "Justicia Penal Militar y Policial"; de igual forma, se establecen los entes judiciales y administrativos, estando en cabeza de aquella la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior Militar, determinando su conformación exclusiva con magistrados, su representación y precedencia únicamente en uno de ellos, con lo cual se modifica el artículo 202, desaparece de la organización el Comandante General de las FF. MM., se crea la Sala Única de Decisión para unificar el criterio, entre otros aspectos, de los Jueces Penales Militares de Conocimiento y de Conocimiento Especializado, los Jueces Penales Militares y Policiales de Control de Garantías y los Jueces Penales Militares de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, con lo cual desaparece el factor de competencia funcional en el que esta era asumida a partir de la organización de las Fuerzas; por ello los jueces de brigada, división, etc., y homólogos de otras Fuerzas desaparecen y se crea el factor objetivo de competencia. Entre tanto, la función investigativa estará a cargo de la Fiscalía General Penal Militar y su Cuerpo Técnico de Investigación. En cuanto hace a la parte administrativa, estará

[2] *Convenios de Ginebra I, II, III, IV. La Haya Protocolos I y II. (Conflicto Interno, art. 3º común a los Convenios de Ginebra. Protocolo II).*

a cargo de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial, con autonomía presupuestal y financiera, personería jurídica, y quien en adelante tendrá bajo su control todo el proceso de evaluación, clasificación y ascensos del personal militar y policial en servicio activo, con lo cual quienes integran el Cuerpo de Justica dejan de pertenecer a sus instituciones de origen, como lo consagra el artejo 63 a 78 ídem.

Prevé la Ley 1765 de 2015 los requisitos para ingreso y ascenso en la carrera judicial. Estructura la Fiscalía Militar, el Cuerpo Técnico de Investigación, y establece autoridades evaluadoras de la función judicial en cabeza de la Dirección Ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial y el Tribunal Superior Militar; el Fiscal General Penal Militar para sus Delegados; de igual manera, se determinan las autoridades disciplinarias.

Se modifica la Ley 1407 de 2010 corrigiendo los yerros que presentaba el artículo 24 en punto del dolo eventual, el canon 27 efectuando una redacción dogmáticamente adecuada respecto de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia; se determina el bien jurídico de delitos como hurto de armas y bienes de defensa, hurto de uso, al trasladarlos al Título VIII del Código Penal Militar. En cuanto hace a la rebaja de pena por aceptación de cargos en la imputación, se ajusta técnicamente su redacción para que ella opere desde la imputación, como se establece en el artículo 110. Y se adaptan los términos y duración de procedimientos en el artejo 122, que modifica el canon 338 de la ley penal militar. De especial novedad resulta ser la etapa intermedia que se establece en el procedimiento, el control formal y material de la acusación por parte del juez penal militar y policial de control de garantías.

Para facilitar el tránsito al sistema acusatorio, desde la perspectiva de la carga laboral y haciendo gala del derecho penal premial, en los procesos que cursan por la Ley 1058 de 2006 se establece la aceptación de cargos en la indagatoria, lo que comporta una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible en los delitos que dispone la Ley 1058 de 2006; lo que sugiere que aceptados los cargos, tras efectuarse en la indagatoria imputación fáctica y jurídica, se levanta acta que se entiende como acusación y se remite al Juez de Conocimiento (el que ha de entenderse como el dispuesto en la Ley 522 de 1999 y que actúa en la Ley 1058 de 2006 como conocimiento, no a los que se refiere los artículos 8 y 9 de esta ley que son para el procedimiento de Ley 1407 de 2010 esto es al Juez de Brigada, Juez de División, Inspección y sus homólogos en otras Fuerzas y Policía Nacional) que en el juicio de Perogrullo son jueces de conocimiento independientemente de cómo se les enuncie, quien tras aprobarla profiere sentencia con la rebaja respectiva. Se determina igualmente que estos mismos Jueces de Inspección, División, Brigada y sus homólogos en otras Fuerzas y Policía Nacional conocerán de toda clase de delitos independientemente de las unidades adscritas, lo que demandará de la Dirección de Justicia una redistribución de la carga laboral; lo propio acontece con los Jueces de Instrucción.

Se dispone que los procesos en que no se haya iniciado el juicio se rigen por las nuevas normas de competencia de las leyes 1407 de 2010 y 1765 de 2015, y se reglamenta el principio de oportunidad.

Como se advierte en esta somera y ligera referencia, el cambio es trascendental, lo que demanda el compromiso, estudio y dedicación de todos y cada uno de los que integramos la jurisdicción, para alcanzar los postulados de pronta y efectiva justicia. Debe concebirse la jurisdicción, como ha de ser, un eficaz sistema de administración de justicia, la que depende de todos. Parafraseando al profesor Teleki Ayala, nada se logra con una o mil reformas si la mentalidad de nuestros funcionarios y de todos los que dinamizan el sistema no se altera.

Como puede advertirse, el reto es grande y el compromiso es de todos. No puedo dejar pasar por alto señalar que nuestro querido Tribunal se enaltece y fortalece, y de suyo la jurisdicción, con la presencia de tres nuevos señores Magistrados, lo que por primera vez, en más de una década, nos permite tener completo el número de sus funcionarios. Deseamos a nuestros nuevos distinguidos Togados los mejores éxitos y los felicitamos por alcanzar tan digno reconocimiento, que entraña una sentida responsabilidad, la cual sabemos que no será inferior a las circunstancias, son ellos: CN. Julián Orduz Peralta (ARC), CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez (PONAL) y TC. Wilson Figueroa Gómez (FAC). ¡Bienvenidos!

Quisiera terminar este editorial con la siguiente reflexión del Maestro Calamandrei, sobre la cual medité durante los dos períodos que se me ha honrado, por parte de la Corporación, de ser Presidente y que quiero compartir con ustedes:

"(…) los abogados nacen, los jueces se hacen; no ya en el sentido de que se pueda ser un buen abogado sin la preparación adecuada, sino en el de que aquellas virtudes de combatividad y de impetuosidad que más se aprecian en la abogacía, son propias de la juventud apasionada y desbordante, mientras que sólo con el correr de los años maduran las cualidades de ponderación y de cordura que constituyen las mejores cualidades del juez. El juez es un abogado moderado y purificado con la edad: a quien los años le han quitado las ilusiones, las exageraciones, las deformaciones, el énfasis, y acaso también la impulsiva generosidad de la juventud; el juez es lo que queda después de suprimidas del abogado todas aquellas virtudes exteriores por las cuales el vulgo lo admira (…)"[3].

[3] El elogio de los jueces. *Ed. Ara Editores. Pág. 47.*

ÍNDICE GENERAL

Abandono del puesto.
Conversión de la pena de prisión a la de arresto.
La pena de prisión es más gravosa cualitativamente que la pena de arresto.
(Rad. 157895, 28 de mayo de 2014 M. P. Capitán de Navío (RA) Carlos Alberto Dulce Pereira. Tercera Sala de Decisión)
Acción de Tutela contra providencia Rad. 157895 del 28 de mayo de 2014.
(Rad. 75691, 9 de septiembre 2014, M. P.: Patricia Salazar Cuéllar. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas No. 3). 20

Abandono del puesto.
La no reunión con el Fiscal para la posibilidad de aceptación de cargos viola el debido proceso.
(Rad. 157164, 29 de julio de 2013, M. P.: CR. María Paulina Leguizamón Zárate, Segunda Sala de Decisión). 21

Abandono del puesto.
Características esenciales del tipo penal. Noción de servicio.
(Rad. 157872, 29 de mayo de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión). 21

Abandono del puesto.
Para su estructuración no se requiere que haya sido nombrado por la orden del día.
(Rad. 157835, 29 de noviembre de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión). 23

Abandono del servicio.
Condición de inimputable.
(Rad. 156602, 29 de octubre de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión). 23

Abandono del servicio.
Estado de necesidad por colisión de derechos y deberes.
(Rad. 157846, 21 de abril de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión). 25

Abandono del servicio de soldado voluntario o soldado profesional.
Tipo penal aplicable a partir del 17 de agosto de 2010.
(Rad. 157861, 30 de julio de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión). 26

Aceptación de cargos.
Efectos vinculantes -excepciones-.
(Rad. 157501, 27 de junio de 2013, M. P.: TC. Noris Toloza González, Primera Sala de Decisión). Salvamento de voto Magistrado CR. Ismael Enrique López Criollo. 27

Acción de revisión.
Competencia del Tribunal Superior Militar para revisar cesación de procedimiento.
(Rad. 157925, 09 de mayo de 2014, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).....28

Acción de revisión.
Inadmisión del recurso de reposición cuando se carece de legitimidad para actuar.
(Rad. 158063, 16 de diciembre de 2014, M. P.: CN. (RA) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).....30

Acción de revisión.
Legitimación para demandar una acción de revisión.
(Rad. 157925, 09 de mayo de 2014, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).....31

Aplicación de los principios, reglas y preceptos del DICA en las operaciones militares.
(Rad. 157498, 26 de junio de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).....32

Ataque al inferior.
Para salvaguardar la disciplina militar, no puede sacrificarse la integridad física de los subalternos.
(Rad. 157796, 15 de noviembre de 2013, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, Cuarta Sala de Decisión).....34

Ataque al superior.
Elementos necesarios para que se configure una vía de hecho.
(Rad. 157851, 19 de diciembre de 2013, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, Cuarta Sala de Decisión).....34

Auto inhibitorio.
Naturaleza excepcionalísima del Instituto – Para su decreto se exige certeza sobre las hipótesis normativas que lo originan.
(Rad. 157713, 20 de agosto de 2013, M. P.: TC. Noris Toloza González, Primera Sala de Decisión).....36

Causales de ausencia de responsabilidad en la Ley 1407 de 2010.
No existe vacío. Causal dispuesta en el numeral 12 del artículo 32, solo opera como atenuante punitivo.
(Rad. 157784, 27 de septiembre de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).....37

Centinela- bien jurídico tutelado- el servicio.
La circunstancia de haberse retirado el procesado del servicio activo no hace injustificados los fines de la pena.
(Rad. 157999, 21 de julio de 2014, M. P.: CN. (RA) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión).....37

Coautoría en el delito culposo.
A pesar de la dificultad en su estructuración dogmática, del principio de legalidad y del desarrollo de la coautoría en Colombia, estima la Corte que para concebirse requiere de la concurrencia de conductas imprudentes, siempre y cuando cada una de las acciones aisladamente realizadas tenga la suficiente entidad para la producción del resultado típico.
(Rad. 157786, 7 de febrero de 2014, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, Cuarta Sala de Decisión). 38

Concurso aparente
Principio de consunción - Abandono del puesto recoge materialmente el supuesto de la deserción.
(Rad. 157886, 31 de marzo de 2014, M. P.: CR. Fabio Enrique Araque Vargas, Segunda Sala de Decisión). 40

Colisión de competencias.
Auto que propone la colisión es de única instancia.
(Rad. 157708, 30 de julio de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión). 43

Condena de ejecución condicional de la pena.
Con base en el principio de favorabilidad deben examinarse los presupuestos del instituto en la ley 1407 de 2010, si se trata de hechos ocurridos antes de la vigencia de esta misma.
(Rad. 157698, 02 de julio de 2013, M. P.: CN. (R) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión). 45

Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Objeción dictamen.
Prueba grafológica sobre copia es válida – Objeción por error grave.
(Rad. 157544, 28 de agosto de 2013, M. P.: CR. María Paulina Leguizamón Zárate, Segunda Sala de Decisión). 45

Deber de motivar las sentencias judiciales.
La sentencia se debe soportar con argumentación jurídica de conformidad con la prueba legalmente allegada a proceso.
(Rad. 157123, 30 de octubre de 2013, M. P.: CR. Ismael Enrique López Criollo, Primera Sala de Decisión) 46

Del centinela.
Indebida adecuación típica. Precisión conceptual del tipo penal.
(Rad. 157893, 03 de diciembre de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión). 47

Definición del servicio militar como acto administrativo complejo.
Su no cumplimiento, constitutivo de acto contrario al deber oficial en el punible de cohecho.
(Rad. 157559, 26 de febrero de 2014, M. P.: CR. Fabio Enrique Araque Vargas, Segunda Sala de Decisión). 48

De la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y de los crímenes de guerra.
(Rad. 157737, 31 de enero de 2014, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).....51

Del conflicto armado interno.
Sus alcances y de los delitos contra la población civil.
(Rad. 157737, 31 de enero de 2014, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).....51

Delitos de abandono del puesto y centinela.
Importancia de los reglamentos del servicio de policía, su vigencia y relevancia para el derecho penal militar.
(Rad. 157636, 30 de octubre de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).....53

Delito de concusión.
Demostración del constreñimiento y del poder intimidante hacia la víctima.
(Rad. 157779, 29 de octubre de 2013, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).....57

Delito de desobediencia.
Órdenes que competen al ámbito Penal Militar – orden ilógica- Atipicidad de la conducta.
(Rad. 157753, 25 de noviembre de 2013, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).....60

Delito imprudente.
La omisión probatoria sobre la infracción al deber objetivo de cuidado, puede generar violación al principio de investigación integral.
(Rad. 157763, 25 de septiembre de 2013, M. P.: CN. (R) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión).....64

De la investigación integral en el sistema procesal mixto.
Deberes y obligaciones de los funcionarios judiciales.
(Rad. 157800, 29 de noviembre de 2013, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira. Tercera Sala de Decisión).....65

De los indicios y la coautoría.
Clases y consecuencias frente a la responsabilidad penal.
(Rad. 157202, 28 de agosto de 2013, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).....66

Deserción.
Condición de víctima por desplazamiento.
(Rad. 157902, 11 de junio de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión).....69

Deserción.
La indebida incorporación no hace atípica la conducta.
(Rad. 157865, 29 de abril de 2014, M. P.: BG. María Paulina Leguizamón Zárate, Segunda Sala de Decisión).....70

Diferencias entre crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad.
1) Del conflicto armado interno - alcance.
2) Delitos contra la población civil.
3) Crimen de guerra, conducta eminentemente intencional.
4) De la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad - precedentes judiciales para considerar que no es absoluta ni generalizada esta afirmación.
(Rad. 157737, 31 de enero de 2014, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).....71

El dolo en el nuevo Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010.
Concepción dogmática del dolo.
(Rad. 157813, 19 de diciembre de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).....73

El manejo del armamento en el área de operaciones.
Presupuestos límites del riesgo permitido.
(Rad. 157964, 12 de junio de 2014, M. P.: CR. Fabio Enrique Araque Vargas, Segunda Sala de Decisión).....74

Error de tipo y de prohibición.
Diferencia dogmática en la Ley 1407 de 2010.
(Rad. 157784, 27 de septiembre de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).....77

Falta de certeza probatoria.
Necesariamente conduce al fallador al instituto del *in dubio pro reo.*
(Rad. 157754, 23 de octubre de 2013, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, Cuarta Sala de Decisión).....78

Fines de la medida de aseguramiento en la Justicia Penal Militar.
Ley 1407 de 2010.
Aplicación del principio de integración con la Ley 906 de 2004.
(Rad. 157834, 09 de diciembre de 2013, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).....78

Fines medida de aseguramiento
No es el bien jurídico tutelado por el delito el que justifica la medida.
(Rad. 158011, 10 de julio de 2014, M. P.: CN. (RA) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión).....79

Fines de la medida de aseguramiento en la Justicia Penal Militar
Procedencia y aplicación del artículo 312 de la Ley 906 de 2004.
(Rad. 157777, 18 de septiembre de 2013, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).....80

Fuero militar.
Presunción de legalidad de las órdenes de operaciones.
Las pruebas como factor para determinar la competencia.
(Rad. 157705, 29 de octubre de 2013, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira,
Tercera Sala de Decisión).....81

Funcionario de facto.
Soldados Regulares- Requisitos.
(Rad. 157581, 30 de agosto de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome,
Segunda Sala de Decisión).....82

Homicidio agravado.
Rebaja de pena prevista en el artículo 70 de la Ley 975 de 2005 sí procede en la
Jurisdicción Especializada.
(Rad. 157953, 15 de mayo de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana,
Cuarta Sala de Decisión).....84

Homicidio culposo.
Deber objetivo de cuidado. Incremento de riesgo y ausencia de heteropuesta en
peligro por parte de la víctima.
(Rad. 157920, 17 de septiembre de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana,
Cuarta Sala de Decisión).....85

Homicidio culposo.
Declaratoria de inimputabilidad compete al juez de conocimiento y no al perito.
(Rad. 156785, 16 de diciembre de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana,
Cuarta Sala de Decisión).....86

Homicidio culposo.
Omisión al deber objetivo de cuidado frente a las normas que regulan el uso
de armas de fuego.
Se incrementa el riesgo permitido al omitir portar el cartucho de seguridad.
(Rad. 157508, 11 de noviembre de 2014, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira.
Tercera Sala de Decisión).....87

Homicidio- nulidades.
Falta de motivación.
(Rad. 154612, 28 de noviembre de 2013, M. P.: CR. María Paulina Leguizamón Zárate,
Segunda Sala de Decisión).....88

Impedimento.
Se configura cuando el Juez de instancia fungió como Juez Instructor cuando haya
tenido una participación trascendental en la etapa instructiva.
(Rad. 157859, 18 de diciembre de 2013, M. P.: CN. (R) Jorge Iván Oviedo Pérez,
Primera Sala de Decisión).....89

Impedimentos o recusación- Causal 4ª. Artículo 277.
Haber manifestado su opinión sobre el asunto.
(Radicado 157703, 22 de julio de 2013, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma,
Cuarta Sala de Decisión).....89

Insubordinación.
Actitudes violentas como elementos del tipo.
(Rad. 157822, 04 de diciembre de 2013, M. P.: CR. Ismael Enrique López Criollo, Primera Sala de Decisión).....90

Investigación integral.
Se afecta cuando la prueba echada de menos tiene la potencialidad de modificar o mejorar la situación del procesado.
(Rad. 157735, 19 de septiembre de 2013, M. P.: TC. Noris Toloza González, Primera Sala de Decisión). Salvamento de voto Magistrado, CR. Ismael Enrique López Criollo.....90

La devolución del proceso al instructor para la práctica de pruebas- Artículo 553 Ley 522 de 1999.
La negativa al cumplimiento de la práctica de pruebas ordenadas por el Fiscal debe corresponder a criterios de conducencia, procedencia y posibilidad probatoria.
(Rad. Preliminar 179, 22 de julio de 2013, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, Cuarta Sala de Decisión).....91

La falta de veracidad en los contratos de suministros de víveres y alimentos en los batallones.
Fundamento de reproche penal en los punibles de falsedad ideológica en documento público - contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales - interés indebido en la celebración de contratos.
(Rad. 149090, 29 de agosto de 2013. M. P.: CR. Fabio Enrique Araque Vargas, Segunda Sala de Decisión).....92

Legítima defensa.
Permanencia de la amenaza para su reconocimiento en el uso de las armas de fuego en procedimientos policiales.
(Rad. 157783, 18 de marzo de 2014, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).....95

Legitimación para proponer colisión de competencia y/o para recusar.
Solo puede hacerlo quien tenga la condición de parte o sujeto procesal.
(Rad. 157780, 30 de septiembre de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).....96

Lesiones personales culposas.
Imputación objetiva, deber objetivo de cuidado. Uso indebido de la fuerza.
(Rad. 157828, 28 de julio de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión).....98

Lesiones personales dolosas- *indubio pro reo.*
Testimonios inverosímiles y contradictorios.
(Rad. 157757, 28 de febrero de 2014, M. P.: BG. María Paulina Leguizamón Zárate, Segunda Sala de Decisión).....99

Lesiones personales culposas- modificación sentencia.
Facultades del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.
(Rad. 157527, 31 de octubre de 2013, M. P.: CR. María Paulina Leguizamón Zárate, Segunda Sala de Decisión).....100

Lesiones personales culposas- culpa exclusiva de la víctima. Libertad probatoria.
El estado de embriaguez no solo se prueba con la alcoholemia – Existen otros medios para probarla.
(Rad. 157045, 17 de diciembre de 2013, M. P.: BG. María Paulina Leguizamón Zárate, Segunda Sala de Decisión)..... 101

Medida de aseguramiento.
Para su imposición debe atenderse los fines constitucionales.
(Rad. 157836, 03 de diciembre de 2013, M. P.: CN. (R) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión)..... 101

Medida de aseguramiento.
Para fundamentar los fines es necesario aplicar por vía de integración los artículos 309 al 312 de la ley 906 de 2004.
(Rad. 157742, 04 de septiembre de 2013, M. P.: CN. (R) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión)..... 103

Medida de aseguramiento en el proceso penal militar –Ley 522 de 1999– Requisitos.
(Rad. 157964, 12 de junio de 2014, M. P.: CR. Fabio Enrique Araque Vargas, Segunda Sala de Decisión)..... 103

Nexo causal.
Presupuestos: naturalístico y normativo.
(Rad. 157514, 29 de julio de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión)..... 106

Nulidad.
Con base en el principio de trascendencia, la irregularidad debe ocasionar afectación en las garantías del proceso penal.
(Rad. 157727, 30 de julio de 2013, M. P.: CN. (R) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión). 106

Nulidad.
Falta de motivación de la decisión - Cuando se omite valorar los medios de prueba con criterios objetivos, racionales y serios.
(Rad. 157548, 14 de agosto de 2013, M. P.: TC. Noris Toloza González, Primera Sala de Decisión)..... 107

Nulidad.
Procede su decreto por irregular vinculación mediante declaratoria de persona ausente.
(Rad. 157768, 17 de septiembre de 2013, M. P.: CN. (R) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión)..... 109

Peculado culposo.
Culpa de un tercero.
(Rad. 157010, 11 de julio de 2013, M. P.: CR. María Paulina Leguizamón Zárate, Segunda Sala de Decisión)..... 110

Peculado culposo.
Deber objetivo de cuidado. Desatención de deberes funcionales.
(Rad. 157924, 31 de julio de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana,
Cuarta Sala de Decisión).....111

Peculado culposo.
Encargo por traspaso de funciones.
(Rad. 157869, 28 de marzo de 2014, M. P.: BG. María Paulina Leguizamón Zárate,
Segunda Sala de Decisión).....113

Peculado culposo.
Deber de tasar perjuicios solicitados por la parte civil.
Es obligación del juez pronunciarse sobre los perjuicios ocasionados por el delito.
(Rad. 157849, 02 de septiembre de 2014, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira,
Tercera Sala de Decisión).....114

Peculado culposo.
Precisión y procedencia efectiva de la rebaja de pena por pago del precio del bien
perdido.
(Rad. 158078, 16 de febrero de 2015, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana,
Cuarta Sala de Decisión).....114

Peculado culposo.
Vulneración efectiva del bien jurídico - También se entiende cuando se defrauda
el deber de lealtad, probidad y fidelidad del funcionario hacia la Administración.
(Rad. 157567, 23 de octubre de 2013, M. P.: TC. Noris Toloza González,
Primera Sala de Decisión).
Aclaración de voto Magistrado CN. (R) Jorge Iván Oviedo Pérez.....115

Peculado por apropiación.
Ilegalidad probatoria.
(Rad. 155136, 18 de febrero de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana,
Cuarta Sala de Decisión).....116

Peculado por apropiación.
No procedencia incremento Ley 890 en la Justicia Penal Militar.
(Rad. 153557, 30 de septiembre de 2013, M. P.: CR. María Paulina Leguizamón Zárate,
Segunda Sala de Decisión).....117

Peculado por extensión.
Prisión domiciliaria.
(Rad. 158043, 19 de agosto de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana,
Cuarta Sala de Decisión).....118

Peligro para la comunidad como fin de la medida de aseguramiento.
Reiteración de la conducta en el punible de ataque al superior.
(Rad. 157866, 30 de abril de 2014, M. P.: CR. Fabio Enrique Araque Vargas,
Segunda Sala de Decisión).....120

Pena.
Sus efectos jurídicos cesan cuando se cumple materialmente la sanción penal impuesta, por razón de su naturaleza eminentemente temporal.
(Rad. 150958, 16 de junio de 2014, M. P.: TC. Noris Toloza González, Primera Sala de Decisión).....122

Posición de garante y sus alcances en los delitos culposos.
Responsabilidad penal de los instructores en ejercicios con armas de fuego o explosivos – Incremento del riesgo permitido.
(Rad. 157054, 26 de septiembre de 2013, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).....124

Prescripción de la acción penal.
Las circunstancias de atenuación por fenómenos posdelictuales no tienen incidencia en el término prescriptivo.
(Rad. 154301, 30 de agosto de 2013, M. P.: CN. (R) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión).....128

Prevaricato por omisión.
La duda en su estructuración.
(Rad. 157949, 11 de febrero de 2015, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión).....128

Principio de integración normativa y figura jurídica de remisión legislativa.
Diferencias. Estudio dogmático. Leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010.
(Rad. 157736, 25 de septiembre de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).....129

Principio de favorabilidad.
Opera frente a los condenados, a condición que la condena esté produciendo efectos jurídicos en el tiempo.
(Rad. 150958, 16 de junio de 2014, M. P.: TC. Noris Toloza González, Primera Sala de Decisión).....132

Principio de investigación integral.
Nulidad- Apreciación subjetiva del funcionario.
(Rad. 157693, 12 de agosto de 2013, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, Cuarta Sala de Decisión).....133

Principio de trascendencia.
La sola mora en la resolución de la situación jurídica provisional no implica la trascendencia de la irregularidad.
(Rad. 157697, 12 de julio de 2013, M. P.: CN. (R) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión).....133

Prisión domiciliaria.
La Justicia Penal Militar es una jurisdicción especial, con una codificación singular y autónoma que no introdujo este sustituto dentro de su normativa por voluntad de configuración legislativa.
(Rad. 157657, 22 de abril de 2014, M. P.: CN (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).....134

Proceso penal militar.
Legitimación parte civil y víctimas.
(Rad.157561, 30 de octubre de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).....135

Proceso penal militar - estructura.
Debido proceso- Garantías judiciales desconocidas por el funcionario judicial- Presupuestos para la cesación de procedimiento.
(Rad. 157743, 05 de septiembre de 2013, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).....138

Pruebas en el juicio.
Marcos de referencia que determinan su pertinencia, conducencia y necesariedad.
(Rad. 157532, 03 de octubre de 2013, M. P.: TC. Noris Toloza González, Primera Sala de Decisión).....140

Prueba pericial - valoración.
La prueba técnico-científica y su importancia en el delito de homicidio.
(Rad. 154378, 13 de junio de 2013, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).....141

Rebaja de pena prevista en el Artículo 493 de la Ley 1407 de 2010.
Inaplicabilidad por falta de implementación del sistema acusatorio.
(Rad. 156646, 13 de agosto de 2013, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, Cuarta Sala de Decisión).....143

Recurso de apelación.
Carga procesal de quien lo interpone- Es un mecanismo de control y acierto de lo decidido que impide hacer un nuevo juicio fáctico y jurídico con prescindencia de lo resuelto por el a quo.
(Rad. 157610, 27 de febrero de 2014, M. P.: TC. Noris Toloza González, Primera Sala de Decisión).....143

Relevancia de la prueba técnica en la investigación penal.
Al haber contradicciones en los testigos respecto a los hechos, la prueba técnica cobra importancia para determinar la forma como estos pudieron ocurrir.
(Rad. 157204, 26 de noviembre de 2014, M. P.: CN. (RA) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).....146

Solicitud de nulidad por falta de competencia.
Del *ab initio criminal.*
(Rad. 156508, 28 de octubre de 2014, M. P.: CR. Fabio Enrique Araque Vargas, Segunda Sala de Decisión).....148

Sustitución de caución prendaria por juratoria.
Para demostrar la incapacidad económica absoluta del procesado, debe demostrarse prueba sumaria de la situación de extrema necesidad.
(Rad. 157786, 07 de febrero de 2014, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, Cuarta Sala de Decisión). 149

Uso de la fuerza - centros carcelarios.
Vías de hecho.
(Rad. 157739, 15 de agosto de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión). 151

Valoración probatoria.
Falso juicio de existencia – Falso juicio de identidad.
(Rad. 157739, 15 de agosto de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión). 153

Viabilidad de aplicar rebajas punitivas de la Ley 1058 de 2006.
Rebajas por confesión y declaración de culpabilidad en la audiencia de acusación y aceptación de cargos son concurrentes.
(Rad. 158082, 16 de octubre de 2014, M. P.: CR. Fabio Enrique Araque Vargas, Segunda Sala de Decisión). 153

Víctima.
El denunciante no siempre tiene tal calidad, pues se requiere que haya sufrido un daño en concreto como consecuencia del delito.
(Rad. 157791, 31 de enero de 2014, M. P.: CN. (R) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión). 157

Vigencia e implementación de la Ley 1407 de 2010.
Aplicación de penas no privativas de la libertad.
(Rad. 157719, 22 de julio de 2013, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, Cuarta Sala de Decisión). 158

Violación al debido proceso.
Omisión de las formas propias del juicio al no proferir el auto de inicio de juicio.
(Radicado 157002, 06 de septiembre de 2013, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, Cuarta Sala de Decisión). 159

EXTRACTOS PROVIDENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

ABANDONO DEL PUESTO CONVERSIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN A LA DE ARRESTO

La pena de prisión es más gravosa cualitativamente que la pena de arresto

"...sorprende que el Juez de Primera Instancia del Departamento de Policía Antioquía amparándose en el principio de favorabilidad y en lo consagrado en el artículo 626 de la Ley 1407 de 2010 hubiese aplicado la conversión de tres (3) días de arresto por uno (1) de prisión, tasando la pena en cuatro (4) meses de prisión, agravando cualitativamente la sanción, haciéndole inviable la aplicación de dicha figura… En el presente evento como ya se indicó la pena a imponer es la contemplada en el artículo 124 de la ley 522 de 1999, esto es, doce (12) meses de arresto, no sin antes advertir que el a quo debe tener en cuenta estos precedentes judiciales para efectos de la imposición de penas, en aras de no afectar el principio de legalidad de las mismas."**(Rad. 157895, 28 de mayo de 2014, M.P. CN. (RA) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).**

El anterior tópico fue objetado mediante acción de tutela interpuesta por la defensa técnica del procesado, decidiendo la Honorable Corte Suprema de Justicia denegar el amparo solicitado **(Rad. 75691, 09 de septiembre de 2014, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal , Sala de Decisión de Tutelas No. 3).**

♦ ♦ ♦ ♦

ABANDONO DEL PUESTO

La no reunión con el Fiscal para la posibilidad de aceptación de cargos viola el debido proceso

"(…) de cara al 'Procedimiento Especial', el precedente del Tribunal Superior Militar de esta misma Sala de Decisión con ponencia de quien hoy cumple el mismo cometido, ha pregonado el ímpetu de este procedimiento en la etapa del Juicio y en la de Calificación con miras a la figuración preponderante del instituto de Aceptación de Cargos en la Audiencia, en punto al derecho que le asiste al procesado de obtener una rebaja de la pena que fuere impuesta, amén de los presupuestos procesales que han de agotarse por conducto del Fiscal penal Militar antes de abordar la audiencia de Corte Marcial, en aras de evaluar la posibilidad de Aceptación de Cargos (…).

En tal virtud, en el caso *sub-examine* tenemos que la primera irregularidad sustancial que afecta el derecho al Debido Proceso y el derecho de Defensa y de contera el derecho de Contradicción se advierte al constatar la grabación magnetofónica en CD allegado por el Juzgado Militar *A-Quo*, en la que se establece que el señor Presidente de la audiencia al inicio de la audiencia pública no auscultó si el señor Fiscal 25 Penal Militar había agotado las diligencias pertinentes a fin de reunirse con los procesados en presencia de su defensor dentro del término de ocho (8) días siguientes a la convocatoria de Audiencia para su celebración, con el propósito de acordar la posibilidad de aceptar o no los cargos y las consecuencias que de ello se deriven; además que tampoco hay prueba en el paginario que el señor Fiscal Penal Militar haya agotado tal procedimiento que en su cabeza impone la norma, a fin que los enjuiciados hubiesen tenido la posibilidad de la aceptación de cargos con miras a una rebaja punitiva. (…).

De otra parte, el Juez Militar Segundo de Brigada tenía que constatar las diligencias que debió desplegar la Secretaría de ese despacho judicial, consistente en el envío de citaciones a las direcciones de residencia de los señores C3. JCGCH, SLB. AMCG y SLB. LGS obrantes en el plenario, para luego sí declararlos Personas Ausentes y continuar con la ritualidad de la Corte Marcial, pero se advierte que solo se limitó a realizar la Audiencia sin verificar que se haya cumplido tal actuación y sin siquiera echar de menos la orfandad de la vigencia del derecho del Debido proceso y del derecho de Defensa y por ende del derecho de Contradicción, que de tal irregularidad prodigó a los procesados. (…).

En tal virtud, y siendo este el estado del arte resulta procedente rehacer la actuación procesal desde el estadio de la audiencia de Acusación y aceptación de cargos, ya que el instituto de la Aceptación de Cargos 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 desdibujando las formas propias del proceso, lo cual socava sus bases fundamentales, como en aquellos eventos en que se altera la igualdad de las partes, se lesiona el derecho de Defensa o se atenta en forma grave contra la garantía del contradictorio; garantía que, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, ha sido instituida a favor de todos los sujetos procesales. (…)". **(Rad. 157164, 29 de julio de 2013, M. P.: CR. María Paulina Leguizamón Zárate, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ABANDONO DEL PUESTO

Características esenciales del tipo penal. Noción de servicio

"(…) Consecuente con lo anterior debe recordar la Sala a la *A quo* que a la descripción comportamental de 'abandono del puesto' le identifican características esenciales, así: es un injusto de mera conducta, que protege el servicio, entendido

como las normales y efectivas condiciones que deben reinar en las unidades militares y policiales, que permitan acatar de manera constante con el cumplimiento de la misión; sugiere la presencia constante de efectivos que deben asumir diferentes tareas, misiones o menesteres, lo que se garantiza en virtud de los principios de institución y organización. Se disponen los ingredientes normativos y subjetivos del tipo, cuando se verifica que el sujeto agente (i) se encuentre de facción o de servicio (tipo objetivo); (ii) que la conducta se concrete (tipo subjetivo) en el abandonar el puesto por cualquier tiempo, esto es, ausentarse material o funcionalmente del espacio geográfico que le ordene el superior o de la función que le ha delimitado, así la separación no solo es física, sino dejar de cumplir la función, v. gr. cuando estando de comandante de guardia se embriague, etc.

Como se ha señalado, el injusto de abandono del puesto dispuesto en el artículo 124 de la Ley 522 de 1999, hoy artículo 105 de la Ley 1407 de 2010, vigente y aplicable desde el 17 de agosto de dicho año, está concebido para la preservación y efectividad del servicio, lo que demanda, entre otros aspectos, el contar con el potencial humano que lo dinamice en condiciones óptimas, por ello la ausencia intempestiva de quien funge en determinado servicio, altera las condiciones del mismo, no como 'una elemental falta disciplinaria', como lo pretende hacer ver en su errada concepción la Juez de Primera Instancia, sino afectando de forma efectiva el bien jurídico, poniéndolo en peligro, por ello es que los delitos de mera conducta tienen un ámbito de protección *ex ante*; de allí que el programa penal militar en Colombia se funde en la tesis acumulativa de normas objetivas de valoración como subjetivas de determinación. Así, con la ejecución de conductas como la que hoy es objeto de estudio, sí se pone en peligro el bien jurídico por efectos del desvalor de acción y resultado en concreto y no meramente hipotético, máxime en un país en conflicto y donde la criminalidad pulula.

El desvalor de acción puede darse en dos circunstancias: estando de servicio o de facción, precisando una vez más, pues ya lo ha hecho la Sala, que aquel es el género y esta la especie, lo que comporta afirmar que el lapso de 24 horas en que se ostenta la condición de oficial de servicio, se está de servicio, situación que demanda dos eventos: el servicio efectivo y la disponibilidad. Cuando se está ejerciendo la función materialmente se está no solo de servicio sino de facción, en el entendido que facción proviene de la raíz *factum* (hecho, hacer o realizar objetivamente un comportamiento particular y concreto). En consecuencia, cuando se está de servicio y se pasa a un descanso momentáneo, dentro del lapso de 24 horas del servicio, se deja de estar de facción, pero se continúa de servicio, es decir, se está disponible, es lo que se llama el principio de organización; la disponibilidad es un estado del servicio que tiene fuerza vinculante con los propósitos del servicio de guarnición.

Ausentarse durante la disponibilidad sugiere una dejación consciente y voluntaria del puesto –desvalor de resultado–. Ese abandono del puesto, ha señalado esta Sala, significa que el concepto puesto, para efectos de la protección del bien jurídico servicio, no solo es geográfico sino funcional. (…).

Conforme al anexo 4 de este artículo la dependencia de trabajo, eran las instalaciones de la unidad policial, cada una de las funciones destacan y sugieren la presencia del oficial de servicio en dicho lugar, para el caso el Departamento de Policía Quindío, dentro de las cuales estaba el relevo de las guardias, formaba parte del plan de defensa de las instalaciones, realiza revistas a los puestos de centinela especialmente en la noche, recibe santo y seña y lo difunde, responde por la seguridad, verifica el cumplimiento del horario, entre otras. Obsérvese la dimensión, el marco de responsabilidad de estas funciones, lo que sugiere que al hacer dejación voluntaria del puesto, se pone en riesgo el servicio, como efectivamente ocurrió; pues olvida la Juez de Instancia que no es necesario la verificación de un resultado objetivamente percibible y valorable en los delitos de conducta.

Debe recordar el *A quo* que así el oficial hubiera abandonado las instalaciones policiales durante el lapso de descanso, de todas maneras ese periodo de ausencia implicaba disponibilidad y alistamiento, con lo que igualmente ejecuta la conducta endilgada. (…)". **(Rad. 157872, 29 de mayo de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ABANDONO DEL PUESTO

Para su estructuración no se requiere que haya sido nombrado por la orden del día

"(…) Téngase en cuenta que, el servicio, entendido como la actividad que desarrolla el uniformado de acuerdo a las funciones previstas en la Constitución y la Ley, es dinámico, no estático y en desarrollo de esa actividad material del servicio, pueden presentarse situaciones que deben conjurarse en forma inmediata y bajo ese entendido, puede el competente designar así sea de manera verbal un servicio, sin que por ello, pueda predicarse que dicha designación sea irregular o inexistente, o más grave aún, que al funcionario a quien se le ha asignado esa tarea tenga la potestad de incumplirla *a motu proprio* o que por ello, no le sea exigible el cumplimiento de las funciones asignadas, pues ello, no solo sería atentatorio contra la disciplina castrense, la estructura jerarquizada de la fuerza pública, sino que además, quebrantaría el principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal. (…)" **(Rad. 157835, 29 de noviembre de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ABANDONO DEL SERVICIO

Condición de inimputable

"(…) conforme a lo dispuesto en el dictamen de Medicina Legal, el CP. MT no estaba en capacidad de comprender su ilicitud, ni de determinarse de acuerdo a

esa comprensión, es innegable que se trata de un inimputable. A esta conclusión se llega no por las razones que aduce la Fiscalía, pues se equivoca cuando afirma que el juicio de imputación, y en el que se soporta la medida de seguridad, versa exclusivamente en la experticia psiquiátrica, pues de una parte sin esfuerzo se advierte que el A quo realizó una valoración integral de la prueba; pero de otra no puede desconocer la apelante que si bien es cierto el sistema procesal penal militar concibe el principio de libertad probatoria y su imperiosa apreciación exhaustiva, también lo es, que hay hechos que requieren un método de aducción especial, como es el estado de salud mental, la determinación adecuada de la sensopercepción, la conexión del ser con el mundo exterior en tiempo y espacio, y poder realizar juicios de valor; lo que requiere un estudio técnico científico especialmente calificado, pues no lo hace ni siquiera cualquier profesional de la salud, o médico, sino un psiquiatra forense. En este evento lo que lleva a desestimar el dictamen es su construcción, esto es, cuando se desatiende los elementos integrantes del mismo, la calidad e idoneidad del perito, y las conclusiones; lo que no fue objeto de reparo por las partes cuando fue notificado.

Recordemos que el Código Penal Militar acoge la tesis del derecho penal de acto, en consecuencia al hombre se le sanciona por lo que hace. La orientación dogmática de dicha normatividad, que definimos como expresión de evolución y superación del post finalismo, y que recorre el sendero del funcionalismo normativo moderado, el cual se soporta en la concepción de un derecho penal del ciudadano, concibe el injusto típico bajo las categorías de tipicidad y antijuridicidad, dejando que el escenario de la culpabilidad sea normativa, y en donde se debe verificar en el juicio de imputación: la imputabilidad, la conciencia de antijuridicidad y la exigibilidad de conducta esperada. Bajo este entendido, es oportuno recordar que el inimputable sí ejecuta el injusto típico, esto es, actúa típica y antijurídicamente; en cuanto a la culpabilidad hoy se conoce como capacidad reducida o incompleta, lo que conlleva a la imposición de medidas de seguridad.

Cierto es que, conforme al derecho penal de acto, el inimputable realiza el delito, como también lo es que en la evolución de la teoría del delito, el juicio de imputabilidad, que comporta un aspecto de la culpabilidad, es aminorado en razón de la falta de capacidad de comprensión y determinación al momento de la ejecución de la conducta; pero lo que no se puede perder de vista es que el juicio de reproche no versa en la valoración de la conciencia y voluntad final de acción, menos aún en la exigibilidad de la conducta esperada o en la capacidad del sujeto de obrar de otro modo, pues tal capacidad está ausente en la acción y consecuentemente releva la valoración del dolo, razón por la cual, si bien la juez primaria acierta en la decisión final, yerra en la argumentación que hace de la 'culpabilidad', por cuanto el juicio de reproche que comporta verificar si se le puede recriminar al sujeto la infracción de una norma de determinación y que conduce a la imposición de una pena que tiene sede en culpabilidad con valoración de principios de prevención general y especial, no es este el escenario de la medida de seguridad, pues aquel está ausente cuando se verifica que no se puede imputar una pena, sino medida de seguridad.

El diseño de la norma penal militar dispuesta en el artículo 34 permite afirmar que no hay una estructura unitaria para imputables e inimputables, sino que es diferenciada, pues uno es el tratamiento para aquel que está sujeto a una pena, tras verificar su culpabilidad, en tanto que este se reputa responsable sin juicio de culpabilidad pero para efectos de la medida de seguridad a imponer. (…)". **(Rad. 156602, 29 de octubre de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ABANDONO DEL SERVICIO

Estado de necesidad por colisión de derechos y deberes

"(…) La alteración de esas condiciones del servicio, la dejación de los deberes policiales, entre ellos su deber de presencia, se demuestran, como lo señaló el Juez Primario, con ese conocimiento particular de sus responsabilidades, de la claridad que existió en la fecha de inicio y presentación tras culminar su permiso, la negativa a reasumir sus funciones e informar una eventual novedad, aunado a que de él solo se supo por la acción de sus superiores y su señora madre. Estas razones no permiten edificar causal alguna de ausencia de responsabilidad o conflicto de deberes que pretende la defensa, dada la ausencia de prueba que respalde el argumento y la desatención para la verificación de estos institutos del postulado de la carga dinámica de la prueba.

Los argumentos esbozados por el procesado, en su indagatoria[1], no generan los elementos estructurales del pretendido estado de necesidad, a contrario, la prueba obrante se confabula contra sus intereses, pues respecto de los motivos por los cuales no hizo presentación oportuna a la Estación de Policía de Puerto Rico, se contraen a que debió velar por el cuidado de su señora madre, quien padece de diabetes y tiene el miembro inferior izquierdo amputado; asegura que el 15 de agosto ella se agravó y estuvo incapacitada por espacio de seis días, pero su señora madre refiere que fueron nueve días y así se verifica en la incapacidad, situación que lo obligó a quedarse porque solo contaba con su apoyo en ese momento, a pesar de cohabitar con un nieto de 15 años de edad.

Frente al aludido estado de necesidad por colisión de deberes, debe recordarse que se trata de un efectivo conflicto entre dos bienes jurídicamente tutelados en los que se advierte una situación de peligro actual o inminente no creada por el necesitado, en donde se sacrifica el bien inferior para salvaguardar el interés jurídico más valioso, siempre que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para evitar el mal que se trata de impedir. (…).

En el asunto objeto de análisis, si bien es cierto el procesado tenía la obligación de auxiliar a su progenitora, quien padecía de una diabetes crónica, también lo es que la señora Carmelina Muñoz no estaba en una situación de extrema gravedad

1 Folio 29 C. O.

o de absoluto abandono o desamparo, pues es madre de seis hijos, cinco de los cuales residen en la región donde ella vive, permanentemente la acompañaba un nieto; solo uno de sus hijos, Ana Ceneth, está radicado en España, pero le envía dinero, es decir, en punto de un estado de abandono o de la manutención de la señora Carmelina no resulta cierto que aquello ocurriera y, respecto de esto, que solo dependiera de Mauricio Benavides… lo que la prueba obrante muestra es que no hubo la aludida colisión de deberes que se pregona. (…)". (**Rad. 157846, 21 de abril de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ABANDONO DEL SERVICIO DE SOLDADO VOLUNTARIO O SOLDADO PROFESIONAL

Tipo penal aplicable a partir del 17 de agosto de 2010

"(…) en cuanto hace a la pretendida ausencia de responsabilidad que se procura con una confesión cualificada, derivada de la muerte de la tía del procesado que ocurre el 09 de mayo de 2011, esto es, cuatro días después de la fecha en que el hoy acusado hizo dejación de los deberes propios del servicio, encuentra la Sala que tal situación si bien es concebible y respetable, no tiene la entidad para edificar causal alguna de ausencia de responsabilidad, pues no se advierte que la conciencia de voluntad del sujeto agente hubiese estado condicionada por un eventual determinador, o menos aún por verificarse la colisión de derechos donde uno hubiese tenido que ceder al otro, pues lo cierto es que bien pudo Trejos Durán haber informado lo que ocurría, solicitar permiso a sus superiores para visitarla cuando estaba delicada de salud y poner en conocimiento esta novedad, mas nada hizo al respecto, a pesar de contar con los medios de comunicación necesarios para haber evitado el resultado lesivo. (…).

En relación con el posible trastorno mental del procesado al momento de la comisión de la conducta, argüido por la Defensa, debe señalar el Colegiado que tal situación no se demostró dentro del plenario, a contrario, el juicio de culpabilidad que se edifica en la tríada imputabilidad, conciencia de antijuridicidad y exigibilidad de conducta esperada, se verifica en el plenario, como lo estableció el A quo, pues no puede perderse de vista que si bien es cierto el Profesional del Derecho requirió la práctica de experticia psiquiátrica al SLP. Trejos Durán en la etapa de juicio, la que por inconducencia e impertinencia conllevó a que fuera denegada por el Fallador Primario mediante proveído del 03 de octubre de 2013, también lo es, que ante dicha negativa ningún recurso interpuso el Togado, a pesar de haberse enterado de la decisión desfavorable a sus intereses adoptada por el despacho. (…).

Así las cosas, la concreción del tipo subjetivo expresado en un comportamiento doloso que se infiere de la voluntad final de acción de sustraerse a los deberes propios del servicio por parte del SLP. Trejos Durán, permite colegir la realización del injusto con conciencia de la existencia del hecho, que se deduce de su formación, experiencia militar, así como de su aceptación del hecho en diligencia de inquirir.

No advierte la Sala elemento de juicio que admita sugerir que en el momento de los sucesos el procesado hubiese presentado alguna alteración mental, ni de forma antecedente, concomitante o consecuente, como lo quiere hacer ver la Defensa, máxime que la 'hoja de evolución'[2] expedida por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y allegada al proceso en la vista pública, data del 29 de enero de 2013, fecha muy posterior a la del suceso investigado, por lo que se comparte el razonamiento que efectúa el Juez de Conocimiento para desestimar el argumento de la Defensa que se torna infundado; luego la ausencia de fuerza argumentativa no permite a la Sala admitir el reparo. (…)". **(Rad. 157861, 30 de julio de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ACEPTACIÓN DE CARGOS

Efectos vinculantes –excepciones–

"(…) el acuerdo de aceptación de cargos que hace el acriminado con la Fiscalía, asistido por su defensor, y realizado en forma consciente, libre, espontánea e informado sobre las consecuencias jurídicas de su decisión, tiene efectos vinculantes y es obligatorio para las partes, e impide por contera que sobre lo acordado se reabra el debate, por razón del principio de seguridad jurídica y lealtad procesal. A no ser, se aclara, que se evidencie del rito procesal una vulneración a las garantías fundamentales o que se demuestre un vicio en el consentimiento[3]. (…).

De la lectura imparcial, serena y objetiva del aparte que se transliteró se aprecia sin mayor esfuerzo que la audiencia en la que se produjo la aceptación de los cargos imputados al soldado atendió las reglas del procedimiento establecidas en la Ley 1058 de 2006, referidas a la asistencia técnica del sumariado, la presencia de la Representante de la Sociedad, la constatación acerca del asentimiento consciente, libre y espontáneo por parte del acusado de los cargos formulados, y de su conocimiento acerca de las consecuencias jurídicas derivadas de su voluntad, así como también la información previa de la prohibición de no autoincriminación. De suerte

2 Folios 325 y ss.

3 Corte Suprema de Justicia – Radicado 26587 del 21 de febrero de 2007, M. P.: Dra. Marina Pulido de Barón. "En forma reiterada ha precisado la Sala que cuando una persona a quien se imputa la comisión de una conducta punible admite su responsabilidad de manera libre, consciente, espontánea e informada sobre las consecuencias que dicha aceptación entraña, tal acto impide que reviva la discusión atinente a cualquiera de los aspectos aceptados… También se ha reseñado que, como ocurre con la figura de la sentencia anticipada prevista en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, mediante la cual el sindicado acepta los cargos atribuidos en su contra, en el allanamiento contemplado en el 351 de la Ley 906 de 2004 también opera el principio de no retractación, surgiendo la imposibilidad procesal para quien efectúa tal asentimiento de discutir en relación con la responsabilidad penal admitida, bien sea para pregonar posteriormente su inocencia (retractación total) o en procura de buscar una forma de degradación (retractación parcial), como ocurre en este asunto con la pretensión del casacionista orientada a que se degrade la responsabilidad de su defendido de coautor a cómplice, salvo demostrarse que en dicho acto se incurrió en vicios de consentimiento o en vulneración de garantías fundamentales, tal como ahora lo prevé el inciso cuarto de la última disposición en cita… Lo anterior, porque acudir a este tipo de mecanismos implica para el procesado renunciar a una de las etapas del proceso, como en este caso lo es el juicio oral, así como a la controversia que dentro de sus cauces normales se generaría, en cuanto se basan en una filosofía premial, esto es, que frente al acto de conformidad del procesado en beneficio de la celeridad procesal y del ahorro de esfuerzos para la Administración de Justicia, se otorga un incentivo punitivo significativo, dependiendo, claro está, del momento procesal en que se produzca, por lo que no resulta posible, frente a esta clase de instituto jurídico, acudir al fácil expediente de la retractación posterior. De manera pues que en estos eventos la gama de alternativas para impugnar el fallo que se profiere de conformidad a las formas de terminación anticipada o anormal del proceso (allanamiento, preacuerdos y negociaciones) están restringidas a demostrar la eventual vulneración de garantías en desarrollo de esos actos procesales, a los aspectos relacionados con la dosificación punitiva y a los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad."

que por lo menos objetivamente hasta aquí no existiría la posibilidad de discutir la aceptación de los cargos que hizo el soldado regular GRB.

No obstante lo anterior, hay que recordar que como 'del programa penal de la Constitución se puede concluir que el proceso penal se concibe como un método dialéctico que busca ante todo el respecto de las garantías y derechos de quienes en él intervienen, la aproximación a la verdad histórica y la aplicación del derecho sustancial (bloque de constitucionalidad)'.[4], es nítido entonces que la sola verificación de las reglas del procedimiento no es suficiente para derivar de ellas el respeto por las garantías debidas y suficientes de los derechos de los intervinientes, pues sumado a ello es imperioso que las mismas sirvan de medio para asegurar la vigencia y efectividad del derecho sustancial[5].

Así las cosas, para que el servidor de justicia emita sentencia de carácter condenatorio, aun contando con la aceptación de cargos por parte del acusado, será menester, en procura de la vigencia del derecho sustancial y del orden justo, como imperativo de todas las autoridades de la República, pero principalmente de las jurisdiccionales, que se consulte la existencia de pruebas que lleven a la demostración razonada, más allá de toda duda, de los elementos de la conducta punible[6], esto es, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, precisamente como observancia del principio de legalidad de la función pública[7] y las normas legales pertinentes. (…)". **(Rad. 157501, 27 de junio de 2013, M. P.: TC. Noris Toloza González, Primera Sala de Decisión). Salvamento de voto Magistrado CR. Ismael Enrique López Criollo.**

♦ ♦ ♦ ♦

ACCIÓN DE REVISIÓN

Competencia del Tribunal Superior Militar para revisar cesación de procedimiento

"(…) Una mirada desprevenida a la precitada hermenéutica, llevaría a inferir a priori que ello no es posible, sin embargo, si lo preceptuado en el artículo 203.3

4 Corte Suprema de Justicia – Radicado 24026 del 20 de octubre de 2005, M. P.: DR. Mauro Solarte Portilla.

5 Ley 522 de 1999, artículo 203 "Finalidad esencial del procedimiento. En la interpretación de este código, el funcionario judicial deberá tener en cuenta que la finalidad esencial del procedimiento es la efectividad del derecho sustancial y de las garantías debidas a quienes en él intervienen".

6 Artículo 15 de la Ley 1407 de 2010 (destacado nuestro).

7 Corte Constitucional – Radicado C-1195 del 22 de noviembre de 2005, M. P.: Dr. Jaime Araújo Rentería "Esta exigencia de sometimiento a las disposiciones jurídicas, y, más concretamente, a la ley, por parte de los servidores públicos configura el denominado principio de legalidad de la función pública. La inobservancia de este mandato por parte de las autoridades estatales les acarrea responsabilidad de tipo disciplinario o penal, así como también de orden patrimonial cuando han obrado con dolo o culpa grave, conforme a la regulación legal (arts. 90 y 124 C. Pol.).
6.2. Según la ley penal, para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable (arts. 9-12 Cód. Penal). En consecuencia, el juez solo puede imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos elementos estructurales del delito, como se afirma en la demanda. En caso contrario, quebrantaría el principio constitucional de legalidad de la función pública y las normas legales pertinentes, lo cual podría originarle responsabilidad, aparte de que los actos proferidos quedan sometidos a los medios de corrección previstos en la ley.
Esta exigencia primordial para la garantía de la libertad de las personas y del debido proceso, en particular de la presunción de inocencia que forma parte integrante de este último, no resulta quebrantada por la expresión que se examina, ya que esta solo contiene la orden de que el juez de conocimiento apruebe el acuerdo de aceptación de la imputación, si es voluntario, libre, informado y espontáneo, y no contiene la orden de proferir condena. Por el contrario, la misma norma demandada, en un aparte no impugnado, establece que aquel *'convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia'".*

de la Ley 1407 de 2010 se interpreta de manera sistemática con lo dispuesto por el legislador en el parágrafo del artículo 355 ídem, en concordancia con el artículo 197 de la misma codificación y atendiendo el contenido ontológico de la sentencia y la providencia mediante la cual se decreta la cesación de procedimiento o preclusión de la investigación, necesariamente se llega a la conclusión que las Salas de Decisión del Tribunal Superior tienen competencia para conocer de las demandas de revisión presentadas contra las providencias de cesación de procedimiento proferidas por los Fiscales Penales Militares, delegados ante los Juzgados Militares de Conocimiento de Primer Grado.

Para entender la anterior hipótesis, debe recordarse que la cesación de procedimiento o preclusión de la investigación, como la denominan las leyes 600 de 2000 y 1407 de 2010, conlleva la terminación anticipada del proceso penal en forma definitiva, sin haber agotado todas las etapas procesales establecidas en el Código, vale decir, se constituye en un pronunciamiento judicial de fondo, que adquiere, una vez ejecutoriado, fuerza vinculante de cosa juzgada (Ley 522 de 1999, artículo 14)[8], como ocurre con la sentencia.

Adviértase que bajo la égida de la Ley 522 de 1999, los Fiscales Penal Militares están investidos de funciones jurisdiccionales, en esa medida, conforme a las previsiones del artículo 554 de la norma en cita, al momento de calificar el mérito del sumario están facultados para decretar cesación de procedimiento, es decir, producir una decisión de fondo que pone fin a la actuación procesal, con idénticas consecuencias jurídicas a las de una sentencia, como se precisó en el párrafo anterior.

En el Código Penal Militar de 1999 se presenta un vacío legal o laguna jurídica en esta materia, en tanto que no se consagró de manera expresa la procedencia de esta acción de carácter extraordinario, esa ausencia de regulación en el ordenamiento punitivo castrense anterior, hoy la suple el parágrafo del artículo 355 de la Ley 1407 de 2010, no obstante, en ausencia de esta disposición, necesariamente debería recurrirse a la regulación prevista en el inciso final del artículo 220 de la Ley 600 de 2000, en aplicación del principio de integración normativa en materia procesal, previsto en el artículo 233 de la Ley 522 de 1999.

Consecuente con lo expresado en precedencia, debe colegirse que las Salas de Decisión del Tribunal Superior Militar son competentes para conocer de las acciones de revisión interpuestas por los sujetos procesales, conforme a lo preceptuado en los artículos 203 y 355 de la Ley 1407 de 2010, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 356 y siguientes de la misma norma, 233, 238, 373 y siguientes de la Ley 522 de 1999 y 200 de la Ley 600 de 2000.

Determinada la competencia para conocer en el presente asunto, la Sala deberá ocuparse en determinar si se cumplen los requisitos previstos en la ley procesal,

8 Artículo. 14. Cosa juzgada. El procesado, condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada, o por providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, salvo las excepciones legalmente previstas respecto de la acción de revisión.

para la admisión de la demanda, conforme a lo previsto en los artículos 356 y 357 del actual ordenamiento punitivo castrense.

Necesario resulta señalar que en principio la acción de revisión, '*procede contra las sentencias condenatorias ejecutoriadas proferidas por la jurisdicción penal militar*', a decir del artículo 355 de la Ley 1407 de 2010, norma que además establece las causales taxativas por las cuales procede y en el parágrafo determina que '*Lo dispuesto en los numerales 4° y 5° se aplicará en los casos de preclusión y sentencia condenatoria*', vale decir, de manera excepcional extiende la procedencia de la acción de revisión a las providencias en las que se haya decretado la preclusión de la investigación y a las sentencias absolutorias, cuando se presenten los supuestos previstos en los numerales cuatro y cinco. (…)". **(Rad. 157925, 09 de mayo de 2014, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ACCIÓN DE REVISIÓN

Inadmisión del recurso de reposición cuando se carece de legitimidad para actuar

"(…) Como bien lo ha indicado la Honorable Corte Suprema de Justicia[9], la legitimación en el proceso constituye uno de los presupuestos de procedencia de la impugnación de las providencias judiciales, así como para demandar su revisión, en cuanto es preciso que el recurrente o el actor ostente la condición de sujeto procesal habilitado para actuar, carácter que también es requerido para formular peticiones dentro de la actuación en ejercicio del *ius postulandi.*

En el caso concreto mediante auto de fecha 2 de septiembre de 2014, esta Sala admitió la demanda de revisión instaurada por la Fiscal 42 Especializada respecto del proceso mediante el cual la Fiscalía 25 Penal Militar dispuso calificar el mérito del sumario, cesando procedimiento en favor de los miembros del Ejército Nacional CT. WSB y TE. JFCV por el delito de homicidio que se les adelantó.

Notificado el auto admisorio e incorporado el proceso penal respectivo, el TC. WSB como el apoderado del MY. CV y la Fiscal 42, solicitaron la práctica de pruebas.

Como consecuencia de lo anterior, la Tercera Sala de Decisión con auto de fecha 12 de noviembre de 2014 resolvió la solicitud de práctica de pruebas presentadas por las partes, donde se admitieron algunas y se negaron otras, entre estas últimas las solicitadas por la Fiscal 42 Especializada, quien tiene la legitimación para actuar dentro de la presente actuación.

9 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 42489 del 12 de febrero de 2014, M. P.: María del Rosario González Muñoz; auto 14 agosto de 2013, Radicado No. 41597 y fallos de revisión del 11 de marzo de 2009, Radicado No. 30510, 22 de septiembre de 2009. Radicado No. 30380 y 14 de agosto de 2012. Radicado No. 33925.

Contra esta determinación formuló recurso de reposición la Fiscal 133 Delegada ante los Jueces Especializados Adscrita a la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación.

Así las cosas, dentro de la presente acción de revisión promovida por dicha Fiscal 42 no reposa documento alguno donde la misma Fiscalía General de la Nación haya reasignado o efectuado una nueva asignación, o delegado a la Fiscal 133 para que intervenga en reemplazo de la Fiscal 42, careciendo por consiguiente de legitimidad para actuar dentro las presentes diligencias e interponer por ende recursos a las decisiones tomadas por esta Corporación, puesto que no existe fundamento legal que la acredite en dicho sentido.

Como consecuencia, al no ser la recurrente la Fiscal asignada, es decir, la 42 Especializada, se inadmitirá el recurso de reposición interpuesto por las razones anteriormente expuestas. (…)". **(Rad. 158063, 16 de diciembre de 2014, M. P.: CN. (RA) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ACCIÓN DE REVISIÓN

Legitimación para demandar una acción de revisión

"(…) De cara a la legitimación ha de destacarse que *'La acción de revisión podrá ser promovida por Fiscal Penal Militar, el Ministerio Público, el defensor y los demás intervinientes, siempre que ostenten interés jurídico y hayan sido legalmente reconocidos dentro de la actuación materia de revisión',* según lo dispone de manera expresa el artículo 357 ibídem, es decir, los únicos legitimados para incoar esa acción, son los sujetos procesales allí referidos.

Para efectos de la presente decisión, no se hace necesario continuar con el examen de los demás presupuestos referidos al contenido de la demanda, pues salta de bulto que en el caso bajo estudio, la demandante no está legitimada para promover válidamente la acción de revisión de la providencia de fecha 24 de agosto de 2012, mediante la cual la Fiscalía 25 Penal Militar decretó la cesación de procedimiento a favor de los procesados, ante esta jurisdicción, en tanto que la DRA. SPMO Fiscal 133 Especializada de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación, no ostenta la calidad de Fiscal Penal Militar, como tampoco de sujeto procesal. (…)". **(Rad. 157925, 09 de mayo de 2014, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).**

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS, REGLAS Y PRECEPTOS DEL DICA EN LAS OPERACIONES MILITARES

"(…) Al respecto habrá de precisarse que los principios, reglas y preceptos contenidos en el Derecho Internacional de los Conflictos Armados, tiene plena vigencia y son aplicables dentro del territorio Colombiano al conflicto sin carácter internacional que vive nuestro país, en virtud del denominado bloque de constitucionalidad inferido del artículo 93 superior y de las leyes 5 de 1960 aprobatorias de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949; 171 de 1994 aprobatoria del Protocolo II de 1977 adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra; y la Ley 32 de 1985 aprobatoria de la Convención de Viena de 1969, disposiciones que permiten afirmar que en el caso bajo estudio debe aplicarse como regla de interpretación los Principios del Derecho Internacional Humanitario.

En este punto ha de aclararse que la figura jurídica de origen foráneo conocida como *'bloque de constitucionalidad',* es una técnica jurídica que permite al Juez Constitucional, en virtud de la existencia de cláusulas de reenvío instituidas en aquellas Constituciones abiertas, como la nuestra, a través de una interpretación armónica con un texto normativo concreto o conjunto de textos normativos, un principio o un conjunto de principios, ampliar el contenido objetivo del texto fundamental, que para el caso del marco constitucional colombiano, por disposición de los artículos 93 y 94 superiores, está limitado a los derechos, deberes y garantías consagrados en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

En ese orden de ideas, desde la sentencia C-225 de 1995 que trata sobre el control automático de constitucionalidad de la Ley 171 de 1994 aprobatoria del Protocolo II de 1977 adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, la Corte Constitucional ha precisado que el contenido de tales disposiciones *'… no vulnera la soberanía nacional, ni equivale a un reconocimiento de beligerancia de los grupos insurgentes',* por tanto, los tratados internacionales sobre derecho internacional humanitario, son llamados a ser aplicados en las situaciones del conflicto armado sin carácter internacional, posición que ha sostenido de manera pacífica en posteriores decisiones, entre muchas otras, la C-148 de 2005, C-291 de 2007, C-488 de 2009 y C-615 de 2009, precedentes constitucionales en los que se ha entendido que los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales, al igual que la convención contra el genocidio, hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Dentro del marco precedente, debe tenerse en cuenta que la obligación de abstenerse de utilizar la fuerza o hacer uso de ella como última ratio y en especial la fuerza letal, no hace parte del Derecho Internacional Humanitario o Derecho de la Guerra, por el contrario la existencia de confrontaciones bélicas, bien sea de carácter internacional (guerra entre Estados) o sin carácter internacional, es decir, confrontaciones armadas entre Fuerzas del Estado y Grupos Insurgentes, es lo que origina la necesidad militar y en consecuencia, justifica la aplicación del Derecho Internacional de los conflictos armados que de un lado determina la protección de la

víctimas de los conflictos armados y de otro, establece las normas internacionales que rigen la conducción de las hostilidades.

Bajo ese entendido, el único objetivo válido que se debe buscar al planear y ejecutar una operación militar, deberá ser el debilitar el potencial de su adversario para alcanzar una ventaja decisiva de carácter militar, presupuesto del que germina el principio de necesidad militar que justifica el uso de la fuerza letal, la adopción de medidas, la utilización de medios y métodos de violencia permitidos por el derecho convencional y el derecho consuetudinario, indispensables para obtener la única finalidad bélica.

El derecho a emplear la fuerza o violencia en la forma y en el nivel necesario para alcanzar el sometimiento del adversario, debe ejercerse bajo el respeto absoluto de los cuatro principios que representan el mínimo de humanidad, los cuales deben observarse, tanto en los conflictos de carácter internacional como en aquellos que no poseen esa representación, los cuales corresponden en su orden a los principios de Distinción, Proporcionalidad, Limitación y Respeto a las Garantías Fundamentales de las Personas, los tres primeros atañen a la forma como deben conducirse las hostilidades y el último, al respeto del ser humano víctima del conflicto.

Estos principios por su naturaleza son generales y abstractos, no obstante, de su contenido se derivan reglas específicas que los puntualizan, desarrollan y facilitan su aplicación en términos prácticos, así, según el principio de distinción, se debe diferenciar entre quienes participan directamente en las hostilidades y quienes no lo hacen, es decir, la población civil, pues su finalidad específica es garantizar el respeto y la protección de la población civil y los bienes de carácter civil, en esa medida solamente pueden dirigirse los ataque contra objetivos militares (bienes y sujetos combatientes).

El principio de proporcionalidad tiene como finalidad minimizar los daños colaterales ocasionados a la población civil y a los bienes de carácter civil, que puedan generarse como resultado de una operación militar y en ese sentido, cuando sean, inevitables debe existir un equilibrio entre los perjuicios ocasionados a personas y bienes de carácter civil, respecto de la ventaja militar específica que se pretende obtener. Por su parte, el principio de limitación, no permite la utilización de medios y métodos de guerra que puedan causar daños superfluos o sufrimientos innecesarios en el adversario; y finalmente, el principio de respeto a las Garantías Fundamentales de las Personas, busca garantizar el trato conforme a la dignidad humana y el permitir el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas que no participan en las hostilidades o han dejado de participar, por cualquier causa.

Desde esa perspectiva, comoquiera que los hechos objeto de la presente investigación tuvieron ocurrencia durante el desarrollo de una operación militar planeada dentro del marco del derecho de los conflictos armados, según se evidencia en la orden fragmentaria de operaciones '*Misión Táctica N° 04 Certero a la Operación Faraón de la Quinta Brigada*', en la que de manera expresa desarrolla los principios de distinción y proporcionalidad, necesariamente los nefastos y lamentables resultados, deben examinarse tomando como reglas de interpretación los principios del

Derecho Internacional que regula los conflictos armados, en perfecta armonía con las disposiciones del derecho punitivo interno, relativas al error en que pudieron haber incurrido los procesados, aspecto central del recurso de alzada. (…)". **(Rad. 157498, 26 de junio de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ATAQUE AL INFERIOR

Para salvaguardar la disciplina militar, no puede sacrificarse la integridad física de los subalternos

"(…) afirma el apelante que el actuar del sargento ARCD, no fue doloso y simplemente se trató de una acción para preservar la disciplina e integridad física de los soldados que estaban discutiendo, argumento que fue rechazado por el Ministerio Público ante esta Instancia y que en igual sentido considera la Sala no tiene respaldo probatorio, pues por el contrario se advierte de los testimonios y del video que fue aportado como prueba al sumario, que la fase cognoscitiva de la acción –el querer disciplinar a los soldados por la fuerza– y su aspecto volitivo –querer su realización– confluyeron en la conducta del procesado, para darle cuerpo a un indicio grave de responsabilidad en su contra, pues desde ningún punto de vista resulta lógico justificar el uso de la fuerza para lograr la disciplina en la fuerza pública, toda vez que es precisamente a través de estos actos que se pierde la identidad y la transparencia de la misión constitucional.

Una vez confrontada la versión del procesado, con los testimonios rendidos por los afectados y demás testigos que presenciaron los hechos, así como del video en donde se grabó el momento en que ocurrió el suceso investigado, se rompe la coherencia fáctica narrada por el procesado y se descarta completamente la posibilidad de que los uniformados hubieran considerado la intervención de su superior como un acto lícito para salvaguardar la disciplina en las filas militares.

Son precisamente los hombres bajo su mando quienes sostuvieron en diversas diligencias que el comportamiento del suboficial no fue el adecuado y el que esperaban de su superior. (…)". **(Rad. 157796, 15 de noviembre de 2013, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ATAQUE AL SUPERIOR

Elementos necesarios para que se configure una vía de hecho

"(…) para la configuración del delito de ataque al superior[10], es necesario que concurran los siguientes requisitos:

10 "El que en actos relacionados con el servicio, ataque por vías de hecho a un superior en grado, antigüedad o categoría, incurrirá,

1. La condición de inferior jerárquico del sujeto activo.
2. El carácter de subordinado del sujeto activo.
3. Que se haya producido un ataque por vías de hecho al superior.
4. Que el ataque se produzca en actos relacionados con el servicio[11].

En cuanto a los dos primeros requisitos, no amerita un mayor análisis en virtud a que se encuentran debidamente acreditados dentro del paginario y no han sido motivo de disenso por parte de la defensa, sin embargo en lo relacionado con los requisitos del numeral 3º y 4º encuentra la Sala que es ahí precisamente en donde no se adecua la conducta desplegada por el sargento MBSP en contra del teniente coronel FRC con los elementos estructurales del tipo penal, como lo ha reclamado la defensa, dado que de una parte el instructor coligió la vía de hecho en '**el solo hecho de increpar a su superior, alzarle la voz, gritar e insultar como lo hizo el encartado'**[12] y por otro lado la relación con el servicio la presumió muy a pesar de que el procesado se encontraba excusado del servicio.

Resulta fundamental para el desarrollo del problema jurídico citar algunos conceptos desarrollados por la Corporación sobre la vía de hecho en los delitos de Ataques y Amenazas a Superiores e Inferiores:

'En el delito de ataque al inferior tenemos que su estructura responde básicamente a la existencia de una acción de ataque o agresión que se da de un superior a un inferior, siempre que los acontecimientos se produzcan en actos relacionados con el servicio.

Respecto al concepto de ataque, entendido como la ejecución de actividades encaminadas a acometer o embestir a alguien con ímpetu, constituye una verdadera agresión real y objetiva…'[13].

De la misma manera se pronunció más adelante:

'… las ofensas verbales pueden constituir vía de hecho, según el contexto en que ellas se produzcan. Estas, pueden infringir varios bienes jurídicos, porque en efecto, las ofensas verbales pueden afectar el honor militar, si ellas se concretan en imputaciones deshonrosas que guardan relación con un deber militar o policial (artículo 140 del C. P. M.), o la integridad moral, si no existe esa relación (artículo 220 C. P.). Pero en uno u otro caso, dichas ofensas, pueden lesionar el bien jurídico

por esa sola conducta, en prisión de uno (1) a tres (3) años". **Artículo 99 de la Ley 1407 de 2010** (similar texto en el artículo 118 de la Ley 522 de 1999).

11 Sobre el alcance y contenido de dicho ingrediente normativo, la Corte Suprema de justicia ha manifestado: "Con todo, no le asiste razón al libelista cuando considera que los fallos equivocaron su juicio al estimar que los hechos por los que fue enjuiciado el procesado fueron cometidos en actos relacionados con el servicio, pues no hay nada más claro que el ataque recibido por el soldado DGG fue perpetrado por su superior –Cabo Primero DGT- mientras cumplía una orden directa de carácter administrativo en las instalaciones de la Base Militar de Barranco Minas. Es nítido que la conducta punible tuvo lugar durante el desenvolvimiento de una tarea inherente al cargo o función y por lo tanto, guarda estrecha relación con el servicio mismo. Ciertamente, lo observado es que se inició legalmente un procedimiento propio de la actuación de la fuerza pública –función de carácter administrativo-, y durante el mismo se presentó una extralimitación cuantitativa en el cumplimiento de la labor por parte del procesado." Sentencia del 25 de junio de 2008, Radicado 28.761, M. P.: Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

12 Cfr. folio 41

13 TSM. Sentencia del 05 de junio de 2006, citada en el Código Penal Militar, Editorial Leyer, decimotercera edición.

de la disciplina, si ellas afectan gravemente la relación armónica entre superior-subordinado, caso en el cual, adquieren el calificativo de vías de hecho'[14].

Se extrae de las anteriores referencias que una acción o comportamiento logra constituirse en vía de hecho cuando afecta gravemente la disciplina, cuando menoscaba la subordinación y la jerarquía militar, requiriéndose para su real configuración de una agresión o violencia física o verbal inminente, sin que sea necesario para su consumación que se produzca afectación en la integridad personal del atacado, por cuanto dicho reato militar es de mera actividad. (…)". **(Rad. 157851, 19 de diciembre de 2013, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

AUTO INHIBITORIO

Naturaleza excepcionalísima del instituto – Para su decreto se exige certeza sobre las hipótesis normativas que lo originan

"(…) En efecto, recordemos que en procura de lograr la vigencia de un orden justo, imperativo de todas las autoridades de la República, pero particularmente de las jurisdiccionales, los asuntos que sean sometidos a nuestro conocimiento deben por regla general finiquitar con una decisión de mérito, que sea fija y estable, en la que se proyecte y concrete el derecho a la luz del ordenamiento jurídico, y no en una, en la que, como es el caso de la inhibición, se deje en la indefinición la controversia, motivo este que hace de tal acto una excepción a la regla general que nos obliga a prevalecer y materializar el derecho sustancial.

Por tanto, siendo como es la decisión inhibitoria una figura excepcionalísima, en la medida en que niega el acceso a la administración de justicia, en su sentido más amplio, las hipótesis legales que dan lugar a ese finiquito de la etapa procesal, deben aparecer probadas con suficiencia y plenitud, más allá de cualquier duda, tal como así lo ha enseñado la jurisprudencia Nacional, veamos:

'En otros términos, la inhibición, aunque es posible en casos extremos, en los cuales se establezca con seguridad que el juez no tiene otra alternativa, no debe ser la forma corriente de culminar los procesos judiciales. Ha de corresponder a una excepción fundada en motivos ciertos que puedan ser corroborados en los que se funde objetiva y plenamente la negativa de resolución sustancial. De lo contrario, es decir, mientras no obedezca a una razón jurídica valedera, constituye una forma de obstruir, por la voluntad del administrador de justicia, el acceso de las personas a ella[15] (subrayado de la Sala).

Los eventos para que proceda la inhibición en cuanto a la apertura del proceso penal, señalados en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, han de apa-

14 TSM. Radicado 154533 M. P.: CR. Ismael López Criollo, 23 de junio de 2009.

15 Corte Constitucional – Radicado C-666 del 28 de noviembre de 1996 – M. P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

recer probados con la suficiencia y plenitud características de una decisión **fruto de la certeza procesal** cuya firmeza permanece mientras no se desvirtúen probatoriamente 'los fundamentos que sirvieron de base' para proferirla, al decir de la norma 353 ibíd.'[16] (subrayado y negrillas nuestras). (…)". **(Rad. 157713, 20 de agosto de 2013, M. P.: TC. Noris Toloza González, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD EN LA LEY 1407 DE 2010

No existe vacío. Causal dispuesta en el numeral 12 del artículo 32 solo opera como atenuante punitivo

"(…) ha de precisarse que en cuanto a las causales de ausencia de responsabilidad no existe ningún vacío o laguna en la ley punitiva castrense, por tanto, no es posible recurrir a otros códigos como lo hizo el apelante, en tanto que la Ley 1407 de 2010, en el artículo 33, nuevo Código Penal Militar, disposición que regula de manera expresa y completa la figura jurídica de la ausencia de responsabilidad, de manera idéntica a la desarrollada en el Código Penal Ley 599 de 2000.

En ese orden, debe resaltarse que el numeral 12 del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010, establece que '*12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuente',* disposición idéntica a la desarrollada en el numeral 12 del artículo 32 del Código Penal, sobre la que habrá de decirse que no se trata de una causal que exima de responsabilidad al procesado como lo pretende hacer valer el apelante, simplemente, actúa como causal de atenuación para efectos de disminuir el quántum punitivo y bajo ese entendido solo opera en el momento de proferir sentencia, no al momento de resolver situación jurídica. (…)". **(Rad. 157784, 27 de septiembre de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CENTINELA- BIEN JURÍDICO TUTELADO- EL SERVICIO

La circunstancia de haberse retirado el procesado del servicio activo no hace injustificados los fines de la pena

"(…) no aparece pertinente afirmarse –como también lo adujo el defensor– que por tratarse de un bien jurídico contra el Servicio, y el procesado deja de pertenecer a la fuerza pública, haría inútil la consideración de los fines de la pena (artículo 12 Ley 1407/10), pues por ejemplo, el fin de prevención general que se refiere a la advertencia de sanción que hace la ley penal a través de los tipos penales (faz negati-

16 Corte Suprema de Justicia – Radicado 2901 del 13 de julio de 1998 – M. P.: Dr. Dídimo Páez Velandia.

va), y el apuntalamiento del sistema jurídico para su conservación (faz positiva), y el fin de prevención especial, en cuanto se trata de la conminación al condenado para la no incursión en nuevas ilicitudes, no estrictamente en idénticos delitos como en este caso contra el Servicio, sino a través de su corrección para que no atente nuevamente contra el sistema jurídico, permanecen incólumes. (…)". **(Rad. 157999, 21 de julio de 2014, M. P.: CN. (RA) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

COAUTORÍA EN EL DELITO CULPOSO

A pesar de la dificultad en su estructuración dogmática, del principio de legalidad y del desarrollo de la coautoría en Colombia, estima la Corte que para concebirse requiere de la concurrencia de conductas imprudentes, siempre y cuando cada una de las acciones aisladamente realizadas tenga la suficiente entidad para la producción del resultado típico.

"(…) La responsabilidad en contra del aerotécnico PAG por el delito de lesiones personales culposas es a título de coautor, forma de participación que fue sustentada en suposiciones por parte del a quo, las cuales no fueron argumentadas ni probadas jurídicamente, pero sí materializadas en el aparente descuido del suboficial al haber dejado el arma en una cama, desencadenando de esta forma una serie de eventos imprudentes que finalizaron con una lesión por arma de fuego en el cuerpo del soldado M.

En este orden de ideas, la sentencia de primera instancia en contra del aerotécnico PAG carece de una argumentación juiciosa, probatoria y jurídica, pues desconoce el Fallador de Instancia, que la coautoría propia o coparticipación de los procesados es a título de autores penalmente responsables de delitos culposos –si bien es cierto no había sido admitido este criterio anteriormente–, hoy por hoy, la jurisprudencia colombiana señala que para dicho efecto se requiere la concurrencia de conductas imprudentes siempre y cuando cada una de las acciones aisladamente realizadas fuese suficiente para la producción del resultado típico aunado a que no debe existir acuerdo de voluntades para su realización.

Sobre este tópico la Corte Suprema de Justicia nos ilustra:

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

En la doctrina, un sector minoritario siempre ha defendido la existencia de una coautoría funcional culposa, postura que desde la última década del siglo pasado ha venido adquiriendo cada vez más fuerza[17]. Por ejemplo, en la séptima edición de

17 Cfr. Roxin, Autoría…, págs. 740-741.

Autoría y dominio del hecho de 1999, Roxin, citando a Weisser, señala como punto de partida para establecer una coautoría imprudente 'que los intervinientes estén sometidos objetivamente al mismo deber de cuidado, que cooperen voluntariamente en realizar la acción u omisión descuidada y que cada coautor sea consciente de que a los demás se le dirigen las mismas exigencias de cuidado que a él mismo'[18].

Obsérvese además que, tal como lo reconoce Zaffaroni[19], la concurrencia de conductas imprudentes encajaría dentro de los parámetros de la llamada coautoría propia o pluriautoría, sin perjuicio de la denominación de autor, en la medida en que se considere que cada una de las acciones individualmente realizadas fue suficiente para la producción del resultado típico y no exista acuerdo de voluntades para su ejecución'[20] (subrayado fuera de texto).

Al respecto, el doctrinante nacional Alberto Suárez Sánchez[21], al explicar la coautoría en el delito culposo señala que el acuerdo común en el elemento subjetivo de la conducta punible no se representa en el concierto de voluntades para la obtención de un resultado lesivo, sino en esa voluntad conjunta de llevar a cabo esa infracción al deber objetivo de cuidado, es decir, a la conducta infractora de la norma de cuidado; y es claro que en el presente caso, no obra prueba que permita determinar que existió dicho acuerdo de voluntades en la infracción al deber objetivo de cuidado entre el aerotécnico PAG y el soldado N que conllevara a las lesiones del soldado M, y menos que existiese esa voluntad conjunta de llevar a cabo la conducta descuidada infractora de la norma de cuidado o en esa realización conjunta, con división del trabajo, de la actuación constitutiva de dicha infracción del deber objetivo de cuidado[22].

Así las cosas, lo que sostuvo el a quo para condenar al aerotécnico es que con la acción de haber dejado 'tirada en la cama' la pistola se aportó para la ocurrencia del resultado típico y, por lo tanto, debía responder como coautor del delito de lesiones personales culposas. Es decir, que cada una de las acciones emprendidas tanto por el aerotécnico PAG, como por el soldado N no fueron suficientes para la producción del resultado típico, sino que el mismo se concretó debido a la concurrencia de ambas.

Sin embargo, en el delito imprudente la ley no diferencia las clases de intervención ni las formas de causación del resultado típico, sino que cada uno de los procesados debe recibir un tratamiento igual a título de autor[23]. Así las cosas, el a quo debía sustentar cómo el dejar un arma 'tirada en la cama' podía desencadenar en el resultado típico, en otros términos, cómo con dicha acción individualmente realizada era posible ocasionar la lesión al soldado M, circunstancia que sí acontece con la conducta realizada por el soldado NOCA, quien por su propia iniciativa decide tomar el arma de fuego (pistola), quitarle el cartucho de la vida, cargarla y accionar

18 Ibídem, pág. 742.

19 Zaffaroni, *Op. cit.*, § 53, IV, 1.

20 Sentencia Proceso No. 27388 8 de noviembre de 2007. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

21 Ibíd., p. 546.

22 Suárez, Alberto. Autoría, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, D. C., 3ª ed. 2007, pág. 547.

23 Sentencia 27388, 08 de noviembre de 2007.

el disparador con el cañón en dirección a su compañero de fila, produciendo el resultado conocido en autos; lo que no sucedió en la supuesta acción imprudente que realizó el suboficial, sumado a que no está plenamente probado que él hubiese sido la persona que dejara el arma en la cama y menos cargada, lo que sí da por probado la juez de instancia, incurriendo en un falso juicio de existencia.

En este orden de ideas, no estamos en presencia de una coautoría propia para el delito imprudente, pues, además de no presentarse el acuerdo de voluntades en la infracción al deber objetivo de cuidado, tal como tímidamente lo plantea la juez de instancia, tampoco se da la condición de que con el accionar del implicado PAG de manera independiente se hubiese podido producir el resultado típico, dicha circunstancia solo se dio en el accionar del soldado N.

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que el delito de lesiones personales culposas, para su estructuración exige como verbo determinador causar u ocasionar lesión a la integridad corporal de otra persona lo que no fue infringido por el aerotécnico PAG, se hace obligatorio predicar la atipicidad del comportamiento del inculpado pues no se desbordó la órbita del derecho penal, debiendo la Sala acoger el primer reproche propuesto por la apelante y el concepto del Ministerio Público ante esta instancia, en tal sentido habrá de revocarse la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolverlo, con base en las razones jurídicas y probatoriamente aquí esbozadas. (…)". **(Rad. 157786, 7 de febrero de 2014, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CONCURSO APARENTE

Principio de consunción – Abandono del puesto recoge materialmente el supuesto de la deserción

"(…) se puede colegir que la situación fáctica expresada en la resolución de acusación y en la sentencia no contemplan todos los supuestos de hecho ocurridos y aquí referidos, simplemente se concentran en afirmar la generalidad mas no la particularidad, por ello, señalan que el supuesto de hecho se reduce a la ausencia del procesado al traspasar los límites del campamento, sin detenerse a precisar la específica condición que ostentaba en ese instante el procesado, que no es otra, que la de ser integrante de la guardia que ejercería la función de seguridad y vigilancia de la unidad militar.

Reconstruidos así los hechos, se ha de precisar, que el núcleo esencial de la imputación realizada al SLR. V.G.L.A. estaría radicada en el hecho de haberse ausentado de la Base Militar, ausencia que podría abordar el punible de deserción de manera general y desprevenida, como también, podría encajar en el supuesto de hecho contenido en el punible de desobediencia, igualmente los hechos ocurridos tienen las características dispuestas en el punible de abandono del puesto; frente a tal panorama, podría pensarse en un concurso de tipos penales correspondiendo

entonces determinar, si es un concurso real y efectivo, o si por el contrario, se trata de un concurso aparente. (…).

Lo anterior implica, que se han de encontrar los criterios dogmáticos que permitan construir la diferencia entre los concursos dentro de los cuales sobresale la unidad de acción, la que se ha de entender en la moderna teoría del delito no en el simple movimiento muscular, ni tampoco dependiendo de la singularidad de un resultado material; sino que, este criterio de unidad de acción ha de ser entendido bajo la interrelación de criterios ontológico-normativos, es decir, la correlación entre el propósito voluntario del sujeto y el juicio normativo previsto para ello en el tipo penal, de manera que la unidad de acción, se ha materializado por la conducta del procesado en la ausencia al deber y función militar.

Por lo anteriormente expuesto, en criterio de esta Sala de Decisión, en el caso sub judice se ha de hablar de un concurso aparente de tipos penales, al encontrarse reunidos los requisitos adicionales al de unidad de acción en cabeza del SLR. V.G.L.A. en su conducta materializada en la ausencia al deber que tenía de prestar el servicio para el cual había sido nombrado, también se advierte la estructuración de la apariencia varios tipos penales que contienen el supuesto de hecho desarrollado (ausencia), al mismo tiempo, que el criterio de un único sujeto activo, las anteriores premisas nos llevan a desarrollar los principios que la doctrina ha edificado para descartar o no que se trate de un concurso aparente de tipos penales.

Los principios referidos no son otros que el de **i) especialidad**, entendido como la descripción conceptual más completa, es decir, que ante la existencia de un tipo penal básico existe otro especial que agrega o imprime otro elemento. **ii) Consunción**, se presenta cuando un tipo penal contiene el desvalor de otro, es decir, un tipo penal consume al otro materialmente mas no conceptualmente. **iii) Subsidiariedad,** cuando por voluntad del legislador expresa o tácita un tipo penal se ha de aplicar por defecto o en subsidio de otro y **iv) Alternatividad**, dos tipos penales que protegen el mismo bien jurídico se excluyen entre sí porque sus características son diametralmente opuestas.

Con el referente dogmático señalado en antecedencia, esta Sala de Decisión habrá de manifestar que por vía del principio de consunción se hallará la solución al concurso aparente aquí planteado para llegar a concluirse que el supuesto de hecho contenido en el tipo penal de abandono del puesto es el que recoge materialmente el supuesto de la deserción en virtud a que el primero contiene el desvalor del segundo de los punibles nombrados.

Se concluye la anterior afirmación, teniendo en cuenta la determinación del contexto en que se realizaron los hechos, las particularidades o singularidades de la conducta desplegada por el procesado, y en ese sentido se ha de iniciar señalando, que a las 20:00 horas del 27 de noviembre de 2011 el SLR. V.G.L.A. se ausentó de la unidad militar, pese a que dos horas antes el Comandante del Pelotón '*Héroe 1'* expidió la orden del día No. 003 en la que le ordenaba al conscripto integrar el dispositivo de seguridad y vigilancia de la unidad militar en el rol de centinela en el

equipo uno, en horarios de facción de las 01:00 a las 03:00 horas y de las 13:30 a las 16:00 horas.

La orden del día referida, y que integró al SLR. V.G.L.A. para prestar el servicio de centinela dentro del dispositivo de seguridad y vigilancia de la unidad fue expedida a las 18:00 horas con una vigencia de 24 horas, pues así se desprende de la designación de los centinelas que integraban tal componente de seguridad, que para ejercer y cumplir la citada función lo hacen desarrollando actividades alternativas entre la facción y la disponibilidad (servicio), unas y otras comprenden la función de seguridad y vigilancia, nótese cómo en la orden del día los soldados fueron destinados por horarios para asumir la facción, evidenciándose que el primero SLR. Ordóñez López iniciaba a las 19:00 horas de la noche del 27 de noviembre de 2011 y cada dos horas existía el relevo hasta terminar con el último momento de facción comprendido de las 16:00 a las 18:00 del 28 de noviembre de 2011. (…).

Conveniente resulta aclarar que el procesado SLR. V.G.L.A., asumía de los dos estadios de facción el primero a las 01:00 horas y el segundo, lo recibía a las 13:30 horas; ello implica, que la función de seguridad y vigilancia la iniciaba con un periodo de disponibilidad a partir de las 18:00 horas hasta la 01:00 horas, luego un periodo de facción de las 01:00 a las 03:00 horas, posteriormente retomaba la disponibilidad hasta las 13:30 horas cuando reiniciaba su segundo periodo de facción hasta las 16:00 horas, para terminar con su segundo periodo de disponibilidad hasta las 18:00 horas de aquel 28 de noviembre de 2011.

Bajo el principio de consunción que se ha referido, dirá la Sala de Decisión, que el supuesto de hecho contenido en la deserción de manera general demanda la ausencia de la unidad militar por haber traspasado los límites del campamento y en ese sentido la adecuación típica de la conducta desplegada por el procesado podría haberse desarrollado en este tipo penal, pero, resulta que existe otro tipo penal que recoge dicho desvalor de acción y de resultado bajo el entendido, que además de esa ausencia arbitraria, ella está condicionada a que suceda en los momentos en que el sujeto activo se encuentre desempeñando el rol de disponible[24] (servicio) o de facción.

La conducta desvalorada en el punible de deserción se materializa en la ausencia, una ausencia en el caso sub judice alinderada por un espacio físico, pues solo si desborda los límites la ausencia sería reprochable, sin embargo; en el punible de abandono del puesto, también se le hace el juicio de desvalor a esa conducta pero adicionalmente también se desvalora que ella haya ocurrido coetáneamente con el deber de ejercer la función de seguridad y vigilancia, es decir, que el punible de abandono del puesto recoge el desvalor del punible de deserción en el caso sub judice. Podría decirse entonces que en cuanto a la ausencia, es mayor el grado de lesión causado al bien jurídico tutelado en el punible de abandono del puesto que en el del delito de deserción. (…).

24 *Ley 1407 de 2010, art. 105 "El que estando de facción o de servicio abandone el puesto por cualquier tiempo…".*

Por último, ha de reiterarse, que el procesado se encontraba inmerso para la fecha de los hechos en un dispositivo de seguridad y vigilancia para proteger la Unidad Militar denominada '*Héroe 1'* durante un periodo de 24 horas, función que inició a las 18:00 horas del 27 de noviembre de 2011 y concluía a las 18:00 horas del 28 del mismo mes y año. Tal función implicaba actividades para su cumplimiento que se pueden señalar unas de disponibilidad (servicio) y otras de facción, la primera de ellas es la generalidad de la función y la segunda el momento puntual, directo y de primera línea en que se ejerce esa vigilancia con el apoyo de las armas. Puede señalarse entonces, que cuando se está de facción implica estar de manera general de servicio, pero estar de servicio no implica necesariamente estar de facción.

Corolario de lo anterior, la noche del 27 de noviembre de 2011 a las 20:00 horas el SLR. V.G.L.A. se encontraba disponible (servicio) para cumplir la función de seguridad y vigilancia de la Unidad Militar denominada '*Héroe 1'* y en esa misma hora, se ausentó al desplegar la conducta de retirarse de la unidad junto con su armamento, esas particularidades de la conducta y el contexto en que se desarrolló son las que en criterio de esta Sala de Decisión permiten señalar que se ajustan al tipo penal de abandono del puesto que brinda mayor riqueza en cuanto recoge el desvalor de acción y de resultado contenido en el punible de deserción. Yerro en la imputación jurídica que ha de ser corregido. (…)*".* (**Rad. 157886, 31 de marzo de 2014, M. P.: CR. Fabio Enrique Araque Vargas, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

COLISIÓN DE COMPETENCIAS

Auto que propone la colisión es de única instancia

"(…) En ese orden, se hace necesario precisar que conforme a lo preceptuado en el Código Penal Militar, la colisión se presenta entre dos Jueces de Conocimiento o dos Fiscales, cuando cada uno de ellos considera que una investigación determinada es de su competencia, entonces la reclama como suya (colisión positiva), o cuando, se niega a conocer de un determinado asunto porque considera que no es de su competencia (colisión negativa), pretensión de demanda o de desacuerdo para conocer que puede surgir de oficio o a petición de alguno de los sujetos procesales.

En el primer caso, basta que el Juez de Conocimiento o el Fiscal, solicite al Funcionario que está adelantando la investigación que le remita el expediente exponiendo las razones en las que funda su pretensión, proponiendo colisión positiva de competencia; si quien recibe la solicitud estima que la competencia radica en su despacho, deberá trabar el conflicto exponiendo las razones en las que funda su decisión y remitir el proceso al competente para que resuelva el incidente.

En el segundo evento, basta que mediante auto de sustanciación ordene el envío de la investigación al Juez o Fiscal que considere competente para conocer de ese asunto, exponiendo las razones en las que funda su decisión, proponiendo a su

vez colisión negativa, si quien recibe el proceso estima que no tiene la competencia para conocer de ese asunto, deberá trabar el conflicto exponiendo las razones en las que funda su decisión y remitir el proceso al competente para que resuelva el incidente.

Cuando el conflicto se presenta entre dos funcionarios de la jurisdicción especial castrense, los llamados a dirimir esa oposición de intereses en las que las partes no ceden, son los respectivos superiores funcionales, así, cuando la colisión de competencia se presente entre Jueces Penales Militares de Conocimiento, el competente para definir cuál de los dos debe conocer de ese asunto en particular, es el Tribunal Superior Militar[25]; cuando el desacuerdo se presenta entre dos Fiscales Penales Militares, el competente para definir quién debe conocer, es el Fiscal ante el Tribunal Superior Militar[26].

Pero, cuando el conflicto de competencia se presenta entre funcionarios de la jurisdicción penal militar y la jurisdicción ordinaria, vale decir, entre un Juzgado Penal Militar o una Fiscalía Penal Militar, con otro despacho judicial de la jurisdicción ordinaria, la competencia para dirimir el conflicto, está en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, conforme a lo preceptuado en la Ley 522 de 1999, artículo 274[27], disposición concordante con el contenido del artículo 256.6 de la Constitución Política de Colombia[28] y artículo 112.2 de la Ley 270 de 1996[29].

Del estudio sistemático del instituto de la colisión de competencia, se infiere que el conflicto se presenta entre funcionarios de la misma categoría, no opera entre despachos cuya categoría funcional sea diferente, por ello, debe proponerlo y trabarlo quien tenga la capacidad jurisdiccional de comprometer tal atribución, dentro del estadio procesal en que se encuentre el proceso en ese momento, por tanto, tal decisión debe adoptarse mediante providencia de sustanciación, por ello, el auto que resuelva la petición de proponer conflicto de competencia formulada por una de las partes, bien sea accediendo o negando el envío del proceso a otro funcionario de la misma jurisdicción y/o a la jurisdicción ordinaria, es de única instancia. (…)". **(Rad. 157708, 30 de julio de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).**

25 Código Penal Militar, artículo 238. Competencia del Tribunal Superior Militar. Las salas de decisión del Tribunal Superior Militar conocen:
(…)
4. De los conflictos de competencia que se susciten entre los juzgados penales militares de primera instancia.

26 Artículo 261. **Funciones de los fiscales penales militares ante el Tribunal Superior Militar.** Corresponde a los fiscales penales militares ante el tribunal superior militar:
(…)
3. Dirimir los conflictos de competencia que se susciten entre los fiscales penales militares ante los juzgados de primera instancia.

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

28 "Artículo 256. Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones: (…).
6. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones".

29 "Artículo 112. Funciones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura: (…).
2. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones, y entre éstas y las autoridades administrativas a las cuales la ley les haya atribuido funciones jurisdiccionales, salvo los que se prevén en el artículo".

CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL DE LA PENA

Con base en el principio de favorabilidad, deben examinarse los presupuestos del instituto en la Ley 1407 de 2010 si se trata de hechos ocurridos antes de la vigencia de esta misma

"(…) el Ministerio Público y la Fiscalía Penal Militar, expresaron que al procesado debía otorgársele el subrogado de la condena de ejecución condicional, ya que las características del arma de fuego, según el Decreto 2535 de 1993, está catalogada como arma de defensa personal.

Al respecto en la sentencia del Juez a quo, desmotivadamente se limitó a expresar que se trataba 'sin lugar a dudas son destinadas para la seguridad y defensa nacional' y por ende no tendría lugar al subrogado.

Así las cosas, la sola falta de motivación del Juez de instancia ameritaría a la Sala para revocar la decisión y en su lugar otorgar el subrogado; pero no solamente por ello sino que durante el trámite del proceso penal no se hizo verificación de las características del arma de fuego, excepto su marca, de la cual se dice que corresponde a calibre 9 mm. Con ello, se hace imposible llegar a la conclusión acerca de si se trata de un arma de las que están categorizadas en el artículo 11 (armas de defensa personal) o en el artículo 8 (armas de guerra o de uso privativo de la Fuerza Pública) del Decreto 2535 de 1993. Pero por si fuera poco, el Juez de instancia tampoco dio una lectura a las previsiones del artículo 63 de la Ley 1407 de 2010, específicamente el numeral tercero, que resulta más favorable al procesado, en cuanto dentro de los presupuestos para el otorgamiento de la ejecución condicional de la pena, no está incluida su limitación para los delitos culposos en general ni tampoco incluye los delitos en los que estén vinculados bienes del Estado destinados para la Seguridad y defensa Nacional. (…)". **(Rad. 157698, 02 de julio de 2013, M. P.: CN. (R) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES. OBJECIÓN DICTAMEN

Prueba grafológica sobre copia es válida – Objeción por error grave

"(…) por cuanto para la práctica del Experticio Técnico –Documentología y Grafología Forense– por parte de peritos del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses no solo se exige el documento original, como reclama el Apelante, puesto que esta misma prueba también se puede realizar en documento copia cuando el funcionario judicial no dispone de originales y lo informa así en el oficio petitorio, caso en el cual se envían las copias de la cuales dispone; (…).

(…) refulge que en momento alguno reúne los requisitos para objetar los Dictámenes Periciales, ya que la Defensa opugnadora se limita a reiterar y repicar en

forma genérica que los Experticios Técnicos se desarrollaron sobre puntos de Derecho que son de conocimiento privativo del Juez, expresando etéreamente que el perito no puede emitir juicios de valor como lo son el establecer irregularidades en un proceso contractual, pero sin señalar del texto literal cuál es el error. (…).

Pues téngase en cuenta que no basta la simple mención de objetar por Error los Dictámenes Periciales, ya que es indispensable precisar el error en los términos en que el ordenamiento procesal lo exige, entendido este, como bien lo señala la Honorable Corte Suprema de Justicia en 'el conocimiento equivocado de una cosa'; a más que la Defensa apelante en total escisión de la pericia, en la objeción omite toda referencia a las conclusiones de los peritos, y por ende el puntualizar como se compromete severamente con tal error los resultado de este medio de convicción, y menos aún en señalar las pruebas en que se basa para evidenciar el tan mentado Error. (…)". **(Rad. 157544, 28 de agosto de 2013, M. P.: CR. María Paulina Leguizamón Zárate, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DEBER DE MOTIVAR LAS SENTENCIAS JUDICIALES

La sentencia se debe soportar con argumentación jurídica de conformidad con la prueba legalmente allegada a proceso

"(…) Del mismo modo se concluyó sobre la antijuridicidad y culpabilidad de la conducta imputada, siendo sorprendente que se diga en la sentencia de un modo facilista, que por no existir causal que justifique la conducta o los exonere de responsabilidad, la conducta resultaba culpable.

Tal omisión, que no puede ser permitida en un juez de conocimiento, teniendo en cuenta que se demanda de él un trabajo de argumentación jurídica que soporte la sentencia en los medios legales de convicción allegados al proceso, asunto que resulta imprescindible sobre todo en materia penal donde se encuentra en juego el derecho fundamental a la libertad de una persona, resulta violatoria del debido proceso, razón por la cual, sin entrar a examinar a fondo el cuestionamiento de la apelante, se decretará la nulidad de lo actuado de manera oficiosa.

Y es que se trata de asunto de trascendental importancia, que no puede ser despreciado y por el contrario debe servir de fundamento para reprochar la actitud del Juez…, quien olvidando su rol y sus obligaciones legales, profiere una decisión que no reúne las características de una verdadera sentencia, en tanto omitió referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales, con indicación expresa y concreta de las razones fácticas, jurídicas y probatorias que respaldasen el sentido de su decisión.

Tampoco motivó lo relacionado con la dosificación de la pena, quedándose exageradamente breve al señalar sin mayores argumentos y sin realizar el proceso de

individualización de la pena, que como no existían causales de agravación, procedía a imponer la pena de 12 meses de arresto, circunstancia que resulta inadmisible e inaceptable. (…)". **(Rad. 157123, 30 de octubre de 2013, M. P.: CR. Ismael Enrique López Criollo, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DEL CENTINELA

Indebida adecuación típica. Precisión conceptual del tipo penal

"(…) Encuentra la Sala sin dificultad que, conforme a la denuncia y material probatorio obrante, las conductas realizadas por el soldado Mendoza Mejía el día de los hechos investigados se ajustan a la descripción comportamental de peculado sobre bienes de dotación y centinela, y no abandono del puesto, como erradamente lo hace la fiscalía y el juzgador primario. (…).

Discrepa la Sala el que se haya condenado al procesado por un reato que no ha cometido, como es el abandono del puesto, pues se está es frente al injusto del centinela. No pueden desatender los funcionarios y partes el principio de legalidad del delito y de especialidad de la norma, lo que nos lleva a ratificar que uno de los punibles por el que se debe acusar al SLR. Mendoza es el del centinela y no el de abandono del puesto. Es claro que el hoy procesado fue nombrado de centinela, recibió el puesto y encontrándose de facción decide separarse del mismo, siendo el elemento puesto un componente normativo del tipo y que identifica uno de los fenómenos pluricomportamentales que caracteriza el injusto del centinela, no el reato en su integridad. La orden del día, el SLR. Mendoza Mejía y los testigos son convergentes al señalar que asumió el turno de centinela de 00:00 a 03:00 horas y que tras haberlo recibido a eso de las 00:45 horas se ausentó sin permiso de su puesto. (…).

Verificado lo probado a este momento no hay duda que se está frente a un concurso heterogéneo de delitos entre centinela y peculado sobre bienes de dotación, siendo aquel el delito medio y este el delito fin. Por lo que no puede olvidar la Fiscalía Militar ni el Juzgador primario que el injusto del centinela busca preservar las condiciones óptimas del servicio de seguridad y vigilancia requeridas en instalaciones, bienes militares y policiales, así como miembros de la Fuerza Pública o personas destacadas en específicos espacios de tiempo en los lugares asignados, sin importar el sitio donde se ubique el establecimiento militar que por razones de organización u operaciones se encuentra estático en determinado lapso.

No puede olvidarse que el centinela es un individuo, entiéndase militar o policía, armado y colocado en un sitio, lugar o zona determinados con misiones definidas de seguridad y vigilancia, es el vigía, son los ojos y oídos de la Unidad, es la primera línea de defensa; un servicio de centinela se concibe en las instalaciones de una Brigada o un Batallón, Base, Fuerza Naval, Comando Aéreo, Estación o Departamento de Policía, como se crea en una base fija o móvil, o en el sector donde

cambucha o descansa la unidad militar, compañía, pelotón, que hace una pausa en un eje de avance hacia un objetivo determinado. Precisar qué es un centinela no es solo acudir al Reglamento de Servicios de Guarnición, que dicho sea admite a más de las diferentes clases de guardias, lo que se denomina en la Sección F 'puestos especiales' que se conciben como aquellos que se instalan en determinados lugares con misiones de vigilancia y seguridad; sino también acudir y dar una lectura sistemática al '**Reglamento de Combate Irregular'** que regula la situación de tropas en combate, no en guarnición en labores administrativas, el que precisa entre otros aspectos las tácticas de combate, la organización de las bases, las formas de patrullaje; determina igualmente la manera de empleo de **CENTINELAS** en la noche o en el día en eventos operacionales. (…).

El Reglamento también enseña las herramientas de que se vale el centinela para protección y reacción, como trincheras, alambradas, zanjas de arrastre, trampas de alerta temprana, casamatas, núcleos de resistencia con equipos de combate que pernoctan permanentemente y donde igualmente se han de organizar turnos de centinela en áreas de operaciones.

Bajo este entendido yerran los que siguen pensando que el concepto centinela solo se concibe en unidades de patio o guarnición en grandes ciudades y en situaciones de paz, no puede olvidarse que la Fuerza Militar en Colombia de tiempo atrás no opera de la misma manera que hace cincuenta años, pues era una realidad distinta, las amenazas no solo están al interior de los cuarteles, el enemigo de estos tiempos es diferente, con capacidad de organización y daño, lo que ha demandado fortalecer las operaciones. Hoy la situación del conflicto, el enemigo, las amenazas, la forma de operar es disímil y de ello no se puede sustraer el Juez Militar. (…).

Por manera que es innegable que el nombramiento y función que ejercía el soldado Mendoza Mejía, el día y momento de los hechos, eran del centinela, por lo que una de las conductas a endilgar ha de ser esta y no la de abandono del puesto, pues este injusto busca proteger el servicio pero a partir de situaciones generales y diversas, diferentes a la especial y particular del centinela; asimismo preservar la diversidad de acciones del servicio de régimen interno de las unidades y del ejercicio del mando. (…)". **(Rad. 157893, 03 de diciembre de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DEFINICIÓN DEL SERVICIO MILITAR COMO ACTO ADMINISTRATIVO COMPLEJO

Su no cumplimiento, constitutivo de acto contrario al deber oficial en el punible de cohecho

"(…) Esta Sala considera entonces que el punible de cohecho propio vulnera el bien jurídico tutelado de la Administración Pública, lo que se traduce en que el ejercicio de la acción penal busca repeler todas aquellas actuaciones que agredan

el aspecto funcional y de servicio que implica la función pública y en este sentido, el servidor público no solo está obligado a regular su actividad conforme a las normas legales, sino también con sujeción a la dignidad, probidad e imparcialidad que el cargo le impone, y, en consecuencia, al realizar funciones públicas no solo está regido por las leyes y reglamentos, sino también por estas calidades que regulan la actividad del servidor estatal, lo que es aún más evidente con la expresión 'deberes oficiales', de los que hacen parte tales calidades[30].

Es precisamente ese deber de moralidad, imparcialidad y probidad que se demanda del Sargento Segundo RA y que al acceder a un pacto de apoyo al margen de los protocolos señalados para definir la situación militar de los dos jóvenes, vulnera esos deberes oficiales, recuérdese que el punible de cohecho no requiere la materialización de ese acto contrario a los mencionados deberes oficiales por no ser un punible de resultado sino que por el contrario, la conducta se evidenció en el momento de aceptar esa promesa por llegar a un convenio, el cual quedó probado a partir del análisis probatorio que se hiciera a los testimonios que contextualizaron la situación fáctica y sobre todo con la construcción de la prueba indiciaria señalada en precedencia.

Para terminar este acápite habrá de decirse que no le asiste razón al apelante cuando argumenta que el Sargento RA no consumó la conducta, pues su función no era la de expedir recibos de pago y no tiene vocación de prosperidad dicho argumento, pues aquí el reproche penal se hace bajo el entendido que la definición de la situación militar es un acto administrativo complejo que encierra varios actos, y varias voluntades de diferentes órganos o dependencias, claro está que dirigidas al mismo fin y que en su calidad de ayudante de la Subdirección de Reclutamiento, como servidor público le surgen esos deberes oficiales que no son otros que la preservación de la moralidad, la eficiencia en el servicio, que para el caso *sub júdice* es el correcto cumplimiento al protocolo establecido en la Ley de Reclutamiento y Movilización, con miras a obtener la definición de la situación militar de los jóvenes GFP y YFR.

De manera que ese convenio sobre un apoyo futuro para lograr que estos jóvenes definieran su situación militar sin cumplir los requisitos establecidos, se traduce en la promesa de agraviar los deberes oficiales que como servidor público en su calidad de integrante de la Subdirección de Reclutamiento del Ejército Nacional, debía velar por su preservación y cumplimiento.

Corolario de lo anterior, la definición de la situación militar no se circunscribe a la expedición de un simple recibo de pago sino que implica más actividades que vistas en su conjunto, se traducen en un acto administrativo complejo y que dados los deberes oficiales demandados al Sargento RA por su cargo, implican un actuar con probidad, es decir actuar con rectitud y honradez en busca de preservar el cumplimiento irrestricto de ese acto administrativo complejo, sin embargo, a pesar de ello, aceptó una promesa con el fin de a futuro vulnerar ese acto complejo y lograr la definición de la situación militar de dos jóvenes, por ello se dirá entonces, que no

30 Universidad Externado de Colombia. *Lecciones de derecho penal.* Pág. 124.

se comparte el planteamiento defensivo en el sentido de minimizar la conducta a la expedición de un recibo de pago ya que en el caso sub júdice, esta se concentra en la vulneración del deber oficial de fidelidad, honestidad y probidad para el cumplimiento del acto administrativo complejo, deber oficial que debe cumplir desde su rol de la ayudantía de la Subdirección de Reclutamiento. (…).

En referencia a lo anterior, la Sala ha de precisar que si bien la expedición de un recibo para el pago de libretas militares puede ser la materialización de lo que el tipo penal ha considerado como elemento descriptivo 'realizar acto contrario a los deberes oficiales', aquel recibo de pago no sería el único evento naturalístico que lo materializa pues los deberes oficiales implican otros estándares como se anotaron en precedencia. Y adicional a ello y con mayor relevancia ha de recordarse que el punible de cohecho no requiere la materialización de lo prometido pues este se estructura con aquella promesa en el caso *sub júdice* de a futuro contrariar los deberes oficiales con independencia de su cumplimiento.

Corolario de lo anterior se habrá de señalar que la definición de la situación militar no se debe observar de manera aislada en cada trámite (inscripción, examen médico, sorteo, etc.) es decir sin contexto, por el contrario desde la visión del derecho administrativo ello se reputa como un acto administrativo complejo donde concurren voluntades de diferentes dependencias de la misma institución orientadas al mismo fin y en virtud de ello los servidores públicos que intervienen en su producción tienen además de las funciones que demanda su cargo aisladamente, el deber oficial de velar porque el conjunto del acto administrativo en su desarrollo y producción esté gobernado por los principios del servicio público de moralidad, eficiencia, probidad, fidelidad y honestidad, que en últimas constituyen el deber oficial.

Con fundamento en lo anterior se dirá que la conducta de apartarse de esos deberes oficiales para dar paso a un convenio donde se promete la posibilidad de apartarse del respeto y cumplimiento en la creación y publicación del acto administrativo para favorecer la definición de la situación militar de los jóvenes GFP y YFR, constituye el eje fundamental del reproche penal al considerar que ello configura el verbo rector (aceptar promesa) y el elemento descriptivo del tipo (acto contrario a los deberes oficiales), consecuente con ello se estructura la adecuación típica del punible de cohecho propio en cabeza del Sargento Primero (r) RAR dentro del específico contexto de la organización administrativa que adelanta la definición de la situación militar de los colombianos, puntualmente, de los jóvenes referidos. (…)". **(Rad. 157559, 26 de febrero de 2014, M. P.: CR. Fabio Enrique Araque Vargas, Segunda Sala de Decisión).**

DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD Y DE LOS CRÍMENES DE GUERRA

"Finalmente, en lo que corresponde a la imprescriptibilidad que alega la recurrente frente a delitos como de lesa humanidad y crímenes de guerra, las altas cortes han dejado muy claro que esta circunstancia no se aplica de manera generalizada. (…)". **(Rad. 157737, 31 de enero de 2014, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO

Sus alcances y de los delitos contra la población civil

"(…) Así las cosas, podemos afirmar que de las versiones de la víctima, de sus familiares, de sus amplias contradicciones, así como de la valoración de la prueba técnica, se infiere que no se puede dar por probado que uno de los miembros del Ejército Nacional efectivamente entró a su residencia y de forma indiscriminada y sin reparo alguno disparó sobre la población civil como bien lo destacan tanto el Ministerio Público ante la Primera Instancia, como de su par que funge ante esta Corporación. (…).

Pero amén de lo anterior tenemos claro también que los hechos materia de investigación ocurrieron en el marco del conflicto armado interno que vive nuestro país, en el desarrollo de un combate y que por ende las normas aplicables son las del DIH.

Como ya se anotó, las infracciones más graves al DIH son equiparadas a crímenes de guerra, pero la categoría de 'infracciones graves', teniendo en cuenta el derecho internacional actual, no podría inicialmente predicarse para los conflictos internos, empero, la tendencia hoy en día es considerar que las violaciones más serias al DIH cometidas en los conflictos internos, son también crímenes de guerra, toda vez que este concepto es más amplio, e incluye otras conductas además de las encuadradas como infracciones más graves.

Es claro entonces que el Estatuto de la CPI califica como crímenes de guerra las serias violaciones del DIH aplicable en los conflictos armados no internacionales.

Debe entonces tenerse claro que por DIH aplicable debe comprenderse las violaciones graves del artículo 3 común y las serias violaciones de las leyes y los usos aplicables en conflictos no internacionales dentro del marco establecido por el derecho internacional.

Así las cosas, de manera general las disposiciones del Protocolo II incluidas en el Estatuto y que son consideradas crímenes de guerra son aquellas dirigidas a garantizar la protección de la población civil, tanto en sus vidas como en sus bienes. Es este entonces el propósito en esencia del DIH, y el medio para llevarlo a cabo no es otro que la limitación de los métodos y medios de combate, así como la distinción entre combatientes y no combatientes.

De todo lo anteriormente dicho podemos colegir que se califica como crímenes de guerra los ataques intencionados contra la población civil (artículo 8.2), o contra su propiedad.

Podemos decir entonces que para tener la intención de cometer un crimen de guerra –en nuestro caso el crimen de guerra interna–, es necesario además de tener conocimiento del conflicto de guerra, cometer el crimen igualmente; es decir, se tenga la intención, de tal forma que se exigen además de los elementos materiales del crimen, o actus reus, el elemento de la intencionalidad, o menus rea, para que la persona pueda ser penalmente responsable, por eso es que el artículo 30 del Estatuto de la CPI establece que el sujeto debe actuar 'con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen' y la verdad sea dicha que en este proceso no se avizora la existencia de un crimen de guerra y menos aún intencionalidad alguna (conducta dolosa en materia penal) por parte de los miembros del Ejército Nacional que participaron en el desarrollo y ejecución de la operación militar, pues esta goza no solo de legalidad sino también de legitimidad, lo que no se ha puesto en duda ni por el mando superior ni por organismos internacionales que hayan cuestionado su actuación.

De esta forma, al no tratarse de un crimen de guerra podemos arribar frente a toda la normatividad mencionada y sustancialmente comentada a la siguiente conclusión:

Los hechos ocurrieron el 12 de julio de 2001, antes de entrar en vigencia la Ley 599 de 2000, por ende como lo expresó la honorable Corte Suprema de Justicia[31] no resiste el calificativo ni de crimen de guerra ni en particular de la comisión de delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, particularmente respecto de las lesiones en persona protegida, pues la imputación no sería otra –siguiendo el derrotero de la Corte Suprema de Justicia– que unas lesiones personales comunes, inicialmente por no demostrarse una conducta dolosa, pero más allá, en virtud de la aplicación del principio de legalidad estricta, previa consideración que dicha normativa no había entrado al mundo jurídico en el ámbito penal teniendo en cuenta la fecha de los hechos y la entrada en vigencia de la ley penal, siendo la norma aplicable el Decreto Ley 100 de 1980. (…).

Concordante con lo anterior, no hay duda que la normatividad a aplicar en torno a la prescripción de la acción penal para las lesiones personales ocasionadas en la menor L.L.G.U. es la contemplada en el código penal ordinario, por tratarse de

31 Auto del 11 de marzo de 2010, Radicado 33301, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

un delito común, (…)". **(Rad. 157737, 31 de enero de 2014, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DELITOS DE ABANDONO DEL PUESTO Y CENTINELA

Importancia de los reglamentos del servicio de policía, su vigencia y relevancia para el derecho penal militar

"(…) A simple vista el tema de la vigencia de los reglamentos de Supervisión y Control de servicios para la Policía Nacional y, el Reglamento de Servicio de la Policía, así como de los derogados, Reglamento de Servicios de Guarnición para la Policía Nacional y, Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional, no tendría ninguna importancia ni repercusión en el derecho penal militar, pues se trata de normas de carácter administrativo interno para la Institución Policial, no obstante, dado que los denominados delitos típicamente militares son normas en blanco, se debe recurrir a la figura de la remisión legislativa, que para el caso opera en forma tácita, para complementar las hipótesis delictivas que deban imputarse a quien es investigado por la comisión de las citadas conductas, como ocurre en el caso bajo estudio.

Como tales reglamentos operan para complementar los tipos penales, conforme al principio de legalidad de los delitos, solo podrá recurrirse a los que se hallaban vigentes para el momento de la ocurrencia del hecho investigado, so pena de vulnerar el debido proceso previsto en el artículo 29 superior, que establece que *'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio'* (…).

Comoquiera que los hechos objeto de esta investigación tuvieron ocurrencia en el municipio de Chita (Boyacá), el día 15 de abril de 2012, data para la cual se encontraba en vigencia la Resolución No. 00912 del 5 de abril de 2009 por medio de la cual se expide el 'Reglamento del Servicio de Policía' y deroga el antiguo *'Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional'* contenido en la Resolución No. 9960 del 13 de noviembre de 1992, e igualmente, se encontraba en vigencia la Resolución No. 03514 del 5 de noviembre de 2009 por medio de la cual se expide el *'Reglamento de Supervisión y Control de Servicios para la Policía Nacional'* y deroga el *'Reglamento de Servicios de Guarnición para la Policía Nacional'* Resolución No. 9857 del 9 de noviembre de 1992, las disposiciones aplicables al caso bajo estudio son los nuevos reglamentos, en tanto que los mismos cobraron vigor desde la fecha en que fueron expedidos, es decir, desde el mes de abril y noviembre de 2009, respectivamente.

Llama la atención de este Colegiado el hecho que, no son solamente las disposiciones derogadas citadas por la apelante, las únicas que el señor Juez de Instancia

pretende hacer valer y aplicar, más grave aún resulta el abierto desconocimiento que hace del nuevo Código Penal Militar Ley 1407 de 2010, para aplicar disposiciones de la Ley 522 de 1999 ya derogadas, en cuanto afirma que el supuesto fáctico investigado, '*no permite adecuar la conducta frente al tipo penal Del Centinela, sino frente a la descripción comportamental del artículo 124 del Código Penal Militar, contemplada como Abandono de Puesto, que al tenor literal reza*:'[32], pues, de adecuarse en los tipos penales previstos en la derogada disposición, se estaría vulnerando el principio de legalidad. (…).

Bajo esa realidad dogmática, el Juez al plantear su hipótesis parte de un supuesto verdadero, no obstante, después de valorar erróneamente los medios de prueba, llega a una conclusión igualmente errónea que por supuesto este Colegiado, al igual que lo hace la Fiscal impugnante, no puede compartir, pues el *A quo* no solo incurre en errores en la valoración de la prueba por falso juicio de identidad, en tanto que hace decir a los medios de prueba lo que ellos objetivamente no rezan y por falso juicio de convicción, en cuanto desconoce el valor probatorio del testimonio rendido por el Comandante de la Estación de Policía Chita y los documentos que contienen un estudio sobre las debilidades en la seguridad de la Unidad Policial, dirigido al Comandante del Departamento y allegado en fotocopia a este proceso, sino que además, refleja un craso desconocimiento de la forma como operan los servicios de seguridad de las instalaciones policiales en las Estaciones ubicadas en zonas de desorden público y pequeñas poblaciones, así como la filosofía y la forma en que operan los servicios de vigilancia, conforme a las previsiones de los nuevos reglamentos.

En este punto es donde los reglamentos internos que regulan la supervisión y control de los servicios en la Policía Nacional, así como el propio servicio de Policía, adquieren la verdadera importancia para el derecho punitivo castrense, en tanto que no solo permite visualizar la filosofía que orienta el servicio de policía, sino que además orienta al operador judicial en lo atinente a la forma como se debe prestar ese servicio y nos lleva a diferenciar, para efectos de la imputación jurídica de las conductas punibles, no solo cuando se está de servicio o de facción, sino además, cuando se está de centinela o prestando un servicio de los que normalmente corresponden al denominado servicio de vigilancia policial, o ante cualesquiera otro, como sucede con los esquemas de seguridad de dignatarios, carabineros, etc.

De manera que, para establecer si un policial está de centinela o prestando un servicio corriente de vigilancia, naturalmente debe partirse del rol funcional que objetivamente desempeña, así como de las características del servicio que presta, siempre y cuando haya sido designado por quien tenía competencia para ello, como lo ha entendido esta Corporación y la apelante, para luego, determinar algunos formalismos que deben seguirse en la designación del servicio, como el nombramiento escrito mediante orden del día, en tanto que no pueden hacerse prevalecer las formas sobre lo sustancial, pues de no haberse observado algunas formalidades previstas en el reglamento, si el policial está cumpliendo en forma inequívoca con una función determinada en la norma y fue destinado a ese servicio por su superior

32 Folio 170 C. O. 1.

con competencia para hacerlo, la formalidad de la designación no puede prevalecer sobre la función, pues en todo caso, en gracia de discusión estaríamos ante un funcionario de hecho y en ese orden, debe responder por las obligaciones y deberes que tal servicio le impone, e igualmente, acceder a los derechos y garantías derivadas del mismo.

Conforme a lo preceptuado en el artículo 32 de la Resolución 03514 de 2009 – Reglamento de Supervisión y Control de Servicios para la Policía Nacional[33], quien ejerza como centinela debe cumplir entre otras funciones, las de prestar seguridad de las instalaciones debiendo permanecer en un lugar de facción asignado; cumple con las consignas asignadas por su superior inmediato; en caso de detectar una amenaza o ataque terrorista contra la instalación policial, activa la alarma; debe evitar el estacionamiento en zonas aledañas a las instalaciones; etc., siendo entonces la misión principal, la seguridad de las instalaciones donde funcione la unidad policial.

El servicio de centinela tiene como características esenciales, conforme a la citada disposición, la prestación de servicio de seguridad de las instalaciones policiales; debe ser prestado por un Patrullero, Agente o Auxiliar de Policía; el policial que preste ese servicio debe estar entrenado y dotado con el armamento necesario para el servicio; debe ser nombrado en un sitio, lugar o zona determinada que de manera general se denominan garitas, con misiones definidas de seguridad; y, de manera general debe ser designado por orden del día.

Por el contrario, el Servicio de Policía como tal, entendido como el servicio de seguridad y vigilancia que presta la Policía Nacional de manera ininterrumpida en las áreas urbanas y rurales de todo el territorio nacional, mediante acciones preventivas, disuasivas, de control e investigación de delitos y contravenciones para cumplir con las funciones que le han sido asignadas en la Constitución Nacional, según se infiere de los preceptos de la Ley 62 de 1993 y la Resolución 00912 de 2009, es eminentemente comunitario, es decir, está dirigido hacia la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos, no de la protección de las instalaciones policiales. (…).

Bajo la égida del actual Reglamento del Servicio de Policía – Resolución 00912 del 9 de abril de 2009, es un servicio público con '*carácter eminentemente comuni-*

33 **Artículo 32. Centinela de la Unidad de Información y Seguridad de Instalaciones.** Es el servicio prestado por un integrante del Nivel Ejecutivo en el grado de Patrullero, Agente o Auxiliar de Policía, designado por la orden del día de la unidad, entrenado y dotado con el armamento necesario para el servicio, nombrado en un sitio, lugar o zona determinada, con misiones definidas de seguridad; su relevo será llevado a cabo por el Relevante de la Unidad de Información y Seguridad de Instalaciones.
El Centinela de la Unidad de Información y Seguridad de Instalaciones cumple con las siguientes funciones:
1. Permanece en un lugar de facción asignado sin ausentarse de él durante el servicio cumpliendo misiones de seguridad.
2. Cumple con las consignas y responsabilidades transmitidas por el Jefe de la Unidad de Información y Seguridad de Instalaciones o el Relevante de la misma.
3. En caso de detectar una amenaza o ataque terrorista contra la instalación policial, activa la alarma establecida por la unidad, la cual debe ser explicada a todo el personal que labore en la misma para reconocerla en caso de ser utilizada.
4. Atiende al público en forma cortés y lo acompaña a la dependencia que requiera visitar, cuando sea asignado por el Jefe de la Unidad de Información y Seguridad de Instalaciones.
5. Controla y evita el estacionamiento de vehículos frente a las instalaciones y demás zonas aledañas que no sean parqueadero.
6. Responde por el armamento, equipos y elementos puestos bajo su responsabilidad.
7. Mantiene el orden y aseo de la Unidad de Información y Seguridad de Instalaciones.
8. Mantiene la disciplina en el manejo del equipo de comunicaciones.
9. Las demás relacionadas con la naturaleza del servicio y que le asignen las leyes y reglamentos.

tario, preventivo, educativo, ecológico, solidario y de apoyo judicial'[34]*, encaminado a mantener y garantizar el libre ejercicio de los derechos, las libertades públicas y la convivencia pacífica de todos los habitantes en el territorio nacional*[35]*, mediante 'actividades preventivas, disuasivas, educativas y de control'*[36], es decir, haciendo presencia en la comunidad tendientes a amparar la vida, honra y bienes de los ciudadanos.

Las actividades de policía a las que se refiere la norma obedecen a lo que se denomina vigilancia por objetivos, como resultante del plan de seguridad ciudadana que debe elaborar el comandante de la unidad policial[37] con fundamento en el diagnóstico local de seguridad obtenido en el marco del programa de municipios seguros y en el análisis y conclusiones de los comités de vigilancia[38], teniendo como base la memoria local y topográfica[39] debiendo tener en cuenta *'el reconocimiento de los factores generadores de violencia y en información sobre los fenómenos delincuenciales propios de cada departamento y/o municipio'*[40], a través de los denominados cuadrantes, más conocidos como policías de mi barrio y los patrullajes[41] a pie, a caballo, en vehículo, en bicicleta, etc.

Esas actividades de Policía, en el ámbito urbano tienen como finalidad, la siguiente:

'Artículo 52. Finalidad. En el ámbito urbano, la Policía Nacional en cumplimiento de sus funciones tiene como propósito el desarrollo de planes integrales dirigidos a:

- *Prevenir y controlar los delitos y contravenciones que afectan la seguridad ciudadana.*
- *Reducir la criminalidad en áreas críticas afectadas por bandas delincuenciales y criminales, así como redes de apoyo de los grupos armados ilegales.*
- *Fortalecer la Policía de Infancia y Adolescencia, para el desarrollo de actividades de prevención que permitan contrarrestar los abusos y maltratos a los menores, así como la violencia intrafamiliar.*
- *Fortalecer la Policía Ambiental y Ecológica, para la Protección de reservas naturales, prevención y educación ambiental y ecológica; acciones para la prevención, mitigación y atención de desastres'*[42].

34 Artículo 35, Resolución 00912 de 2009.

35 Artículo 36, Resolución 00912 de 2009.
Son fines del servicio de policía:
1. Mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas.
2. Mantener la convivencia pacífica.
3. Preservación y restablecimiento del orden público cuando es turbado.
4. Prestar el auxilio que requiere la ejecución de las leyes y las providencias judiciales y administrativas.
5. Ejercer, de manera permanente, las funciones de investigación criminal, respecto de los delitos y contravenciones.
6. Facilitar la resolución de conflictos mediante el diálogo, la mediación y la conciliación.

36 Artículo 44 de la Resolución 00912 de 2009.

37 Artículo 121 de la Resolución 00912 de 2009.

38 Ídem.

39 Artículo 122 Resolución 00912 de 2009.

40 Artículo 125 Resolución 00912 de 2009.

41 Artículos 66, 67, 68, 69, 70 y siguientes de la Resolución 00912 de 2009.

42 Resolución 00912 de 2009.

Además de las anteriores actividades, las Estaciones de Policía de los municipios ubicados en áreas de orden público, como ocurre en el caso que nos ocupa, el servicio de vigilancia policial deberá desarrollar planes para contrarrestar las acciones y movilizaciones de grupos ilegales armados al margen de la ley, en las áreas rurales consideradas como corredores estratégicos, según prevé el artículo 61 de la Resolución 00912 de 2009.

'Artículo 61. Prestación del servicio en corredores de movilidad de grupos armados ilegales. *A través del servicio de policía se desarrollarán planes de despliegue y cobertura territorial en áreas rurales consideradas estratégicas, con el apoyo de unidades fijas o móviles para contrarrestar las acciones delincuenciales y bloquear la utilización de los corredores de movilidad por parte de los grupos armados ilegales'.*

En suma, bajo el nuevo esquema reglado en el Reglamento de Servicios de Policía, hoy el denominado servicio de vigilancia está dirigido a la comunidad en la que ejerce jurisdicción la unidad básica de Policía (Estación de Policía) y obedece al desarrollo de un plan de vigilancia comunitaria por objetivos que comprende acciones comunitarias de prevención, disuasión y control realizadas por la Policía del Cuadrante, con apoyo del sistema de participación ciudadana (red de prevención, gestión comunitaria, encuentros comunitarios, frentes de seguridad, red de cooperantes, redes de apoyo ciudadano, etc.)[43], y patrullajes a pie, a caballo, en bicicleta, motorizados, etc.

Bajo ese entendido, si bien es cierto, en las Estaciones de Policía ubicadas en municipios pequeños muy apartados de los grandes centros urbanos y sobre todo en aquellos de orden público, los servicios de seguridad de las instalaciones policiales, vale decir, los centinelas, son nombrados dentro del personal que integra la vigilancia como tal, también lo es que, debido a la función que cumplen, se pueden diferenciar claramente entre los que prestan vigilancia y los que prestan de centinelas, así utilicen la misma clase de armas, sin que ante la falta de la orden del día, pueda mutar las características del servicio o las funciones encomendadas y la finalidad que busca cada servicio (…)". **(Rad. 157636, 30 de octubre de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DELITO DE CONCUSIÓN

Demostración del constreñimiento y del poder intimidante hacia la víctima

"(…) Así las cosas, no cabe duda entonces como bien lo coligió el juzgador, que en el presente caso la conducta consistió en constreñir al concusionado para que este entregara una suma de dinero, por ende el delito se perfeccionó en ese mo-

43 Artículos 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141 y siguientes; Resolución 00912 de 2009.

mento, independientemente de que este hubiera producido un resultado tangible y que este se hubiera prolongado en el tiempo.

Dicho en otros términos, el acto del constreñimiento fue uno solo y se llevó a cabo cuando el policial SS le efectuó a su par la ilegal exigencia a cambio de archivarle la indagación disciplinaria que se adelantaba en su contra como efectivamente ocurrió, resultando accesorio el hecho que pretende hacer ver la defensa, que cuando supuestamente se pretendía hacer entrega de la suma de seiscientos mil pesos, ya la actuación se encontraba en dicho estado, lo que conduciría a la atipicidad de la conducta, aspecto que de plano se descarta, pues no es un elemento del tipo ni requisito –como se acaba de apreciar–, que se materialice la entrega del dinero o de la utilidad, pues basta la manifestación del acto constreñidor, inductor o la solicitud de dinero o de otra utilidad, independientemente de que el sujeto pasivo sobre el que recae la conducta se encuentre o no en posibilidad de cumplirla.

Es decir, la sola manifestación de la pretensión y de su exteriorización de cualquiera de las referidas hipótesis materializa la concusión.

En cuanto al poder intimidante a que alude la impugnante y que tiene que ver con que presuntamente la voluntad del quejoso se hubiese afectado efectivamente, expresa que de haber sido cierta esta afirmación no hubiese buscado a una persona que la orientara respecto a lo que debería hacer, ni hubiese acudido a la Policía Judicial y no hubiese contado con su familia, simplemente hubiese cedido en silencio a las pretensiones de su supuesto victimario, de donde se interroga ¿cuál es ese poder intimidante cuando el supuesto pago y todo el operativo judicial se realizó cuando ya el denunciante aseguraba el resultado que favorecía sus intereses para luego denunciar algo que supuestamente lo tenía atemorizado o intimidado?

Sobre este particular es necesario precisar que la misma Corte Suprema de Justicia[44] ha señalado que el constreñimiento es idóneo cuando se emplean medios coactivos que minan la voluntad del sujeto pasivo o se le amenaza manifiestamente con actos de poder para conseguir el lucro o la utilidad indebida pretendida, mientras que en la inducción el resultado doloso se concreta por un exceso de autoridad, subrepticio, como es obvio, para presentar como legítimo un acto que no lo es y, de paso, generar temor o intimidar al sujeto pasivo con el fin de que omita o haga aquello que el funcionario quiere, so pretexto de evitar o extender aún más un perjuicio en su contra; y en lo tocante a la solicitud, esta tendrá que ser expresa, clara e inequívoca –en donde no hay lugar a dudas–, con total abandono de episodios de violencia, o quizás engaños, artificios y amenazas sobre la víctima, con el ánimo de enajenar su propia función o cargo, y por ese camino ilegal, percibir cierta cantidad de dinero o utilidad similar, o la promesa que así será.

De la situación fáctica se infiere de manera diáfana que en el presente caso se trató sin lugar a dudas de un constreñimiento puesto que no solo le manifestó el poder que tenía sobre la actuación disciplinaria que se adelantaba en su contra, lo cual se corrobora con las funciones que se allegaron al plenario como miembro

44 Sentencia del 19 de agosto de 2010, Radicado 29934. M. P.: Javier Zapata Ortiz.

de la Oficina de Control Interno Disciplinario del Departamento de Policía Boyacá en su calidad de sustanciador, teniendo dentro de sus funciones la de práctica de pruebas, revisar expedientes para verificar la aplicación de las formalidades, procedimientos y términos, proyectar autos interlocutorios y fallos resolviendo los recursos interpuestos, responder por el cumplimiento de los procedimientos y hacer notificaciones y providencias así como las diligencias de trámite destinadas a darle impulso al proceso, hasta evaluar las pruebas practicadas para definir si las preliminares pasan a formales o en su defecto si se archivan las mismas, previa consulta y posterior firma del jefe de la oficina, sino también el acto de intimidar con el fin de acceder a su pretensión, so pretexto de evitar un perjuicio en su contra.

Es bien claro que el PT. SS, en el ejercicio de dichas funciones ejerció un medio coactivo en aras de minar la voluntad del para ese entonces disciplinado ZN, al condicionar sus pretensiones económicas –como lo refiere de forma acertada el fallador primario– a una sanción disciplinaria, que como lo indica el denunciante, podría ser hasta de tres meses de suspensión.

Esta sola circunstancia tenía un poder intimidante para la víctima, más aún cuando le hizo ver según él, la gravedad de los hechos, lo que obviamente generó en el policial Z gran preocupación, pues de no acceder a su requerimiento (constreñimiento) vería afectada su carrera en la institución, más aún cuando llevaba poco tiempo al servicio de la misma.

Por estas circunstancias plenamente demostradas en el proceso podemos afirmar sin hesitación alguna, que el hoy condenado abusó de su cargo cuando valiéndose del mismo, pretendió obtener una ventaja patrimonial de manera indebida, empleando para estos efectos una coacción por demás injusta cuando lo compelió a que le entregase un dinero a cambio de darle un giro a la investigación para que no le fuese desfavorable a sus intereses, aspecto que conducía sin lugar a equívocos a vencer el consentimiento del sujeto pasivo a través de ese acto de poder, donde huelga decirlo, solo basta la potencialidad intimidante que engendra el ilícito requerimiento, que fue en últimas lo que llevó a que el policial JLZ tratara de conseguir la suma exigida por el PT. S, inicialmente atendiendo las mismas sugerencias del procesado a través de un préstamo por parte de una cooperativa o de uno de sus compañeros de trabajo como reposa en el expediente, y posteriormente ante la imposibilidad de conseguirlo, verse impelido a acudir a sus familiares a quienes da cuenta de su problema, quienes acuden a la consecución del dinero no sin antes hacer conocer de esta situación a un tío quien también presta sus servicios a la institución policial, quien en últimas le recomienda acudir al grupo Gaula al que efectivamente solicita su intervención con los resultados ya conocidos en las fojas. (…)”. **(Rad. 157779, 29 de octubre de 2013, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).**

DELITO DE DESOBEDIENCIA

Órdenes que competen al ámbito Penal Militar – orden ilógica- Atipicidad de la conducta

"(…) Es importante precisar que esta Corporación en diversos pronunciamientos ha venido trazando un derrotero en materia de la clase de órdenes frente al delito militar de Desobediencia que contempla la Ley 522 de 1999 Código Penal Militar, bien sea de la simple y regular orden emitida con miras al mantenimiento de la disciplina y el cumplimiento del régimen interno del personal de la Unidad militar, que no estaría inmersa en la categoría de las órdenes que pueden ser relevantes frente a este delito, pero también se ha manifestado frente a otra clase de órdenes que es necesario analizar por su relevancia y trascendencia para el bien jurídico[45] y que la Sala ha venido dilucidando en diversos pronunciamientos. (…).

Sin lugar a equívocos, para esta instancia hasta este momento procesal la orden materia del presente proceso es del ámbito del derecho penal militar y no disciplinaria como lo pretende hacer ver la Defensa, pues la orden le fue impartida al señor ST. S.P. en su calidad de Comandante del Pelotón Dragón 5 para el cumplimiento de la misión táctica Jungla No. 51, órdenes concretas y de relevancia para la disciplina[46], [47].

Se trató entonces de una orden del servicio, impartida de acuerdo con en el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, Ley 836 de 2003 en su Capítulo III 'De las Órdenes', artículo 30 'Atribución de mando' pues claro es que la orden objeto de investigación y de presunto incumplimiento por parte del subalterno fue impartida por el Comandante del Batallón para cada uno de los comandantes bajo su mando, de acuerdo a la misión encomendada.

Con base en estos precedentes judiciales, para la Sala es claro que la orden impartida por el comandante del Batallón al señor ST. J.A.S.P., tenía la suficiente trascendencia para el derecho penal y en particular para el punible de desobediencia que trae el tipo penal del artículo 115 de la Ley 522 de 1999.

El problema jurídico a resolver se concreta entonces en el planteamiento realizado por la defensa respecto de la orden y frente a sus requisitos y de las consideraciones y motivaciones que sobre el particular realizó el juzgador. Como consecuencia, corresponde determinar si como lo contempla el artículo 31 de la misma normativa, la orden cumplió con los requisitos exigidos por la ley, como son: ser legítima, lógica, oportuna, clara, precisa y concisa. (…).

Para el evento *sub examine,* tenemos que la orden que se reputa como desobedecida es aquella que se impartió por el Comandante del Batallón al ST. S.P.,

45 Tribunal Superior Militar, Tercera Sala de Decisión, Radicado No. 156825, 26 de enero de 2011, M. P.: MY. (r) Marycel Plaza Arturo.

46 Tribunal Superior Militar, Tercera Sala de Decisión, Radicado 157249, 29 de mayo de 2012, M. P.: CN (r) Carlos Alberto Dulce Pereira.

47 Tribunal Superior Militar, Tercera Sala de Decisión, Radicado No. 157127, 4 de noviembre de 2011, M. P.: CN. (r) Carlos Alberto Dulce Pereira.

consistente en desarrollar la operación ofensiva Jungla operación Elenio mediante ataques planeados, movimiento envolvente y maniobras de infiltración sobre el área general de los municipios de San Andrés, Guaca, Concepción con el propósito de neutralizar a los terroristas del frente Efraín Pabón Pabón, en donde resalta que había tres fases que debían desarrollarse en donde aparece en la tercera fase acciones en el objetivo que Dragón 5 debía desarrollar operación defensiva sobre el área general de Guaca en las veredas Arbolito, El Cedro, Sisota, Mirador, La Loma, La Peña, Ramírez, La Golondrina, La Ceiba realizando movimiento en dirección sur hacia el sector del PC N 06 55 20 W 072 46 46 vereda Arbolito del Municipio de Guaca y continúa hacia el sur, luego siguen acciones ofensivas en dirección oeste hacia el sector de Golondrina, por otro lado existía un acápite de órdenes permanentes de carácter operacional como: 1. la unidad durante todo el movimiento y en especial al aproximarse a los campamentos se debe tener especial cuidado de no utilizar caminos o trochas ya que estos están minados. 2. Para evitar trampas explosivas: No camine por carreteras, trochas, senderos, caminos, no descanse alrededor de árboles frondosos, campamentos o casas abandonadas. 3. No permanezca más de 24 horas en un mismo sitio. 4. Probar equipos de comunicación antes de iniciar la misión para solucionar fallas.

Esta orden que se aprecia fue emitida por quien tenía la competencia para hacerlo al existir esa relación de subordinación legal entre quien impartía la orden que era de Comandante de la unidad Táctica y quien debía ejecutarla, subalterno, jerarquía que además era de conocimiento del procesado y que se encuentra relacionada con el servicio y con las funciones propias de las fuerzas militares, cumplía los parámetros para considerarse legítima, lo que de contera descarta la posición de la defensa en este sentido, razón por la cual no se puede inferir que esta fuese ilegal, puesto que la orden fue impartida con fundamento en las funciones constitucionales y legales que le corresponden a la fuerza pública, en particular a las fuerzas militares, dentro de la jurisdicción establecida, con tareas fundamentadas en la ley, los reglamentos y con la atribución que por mandato le correspondía al Comandante del Batallón.

Así las cosas, corresponde establecer si la orden cumple con los demás requisitos de ley. Inicialmente para la Sala está claro que dicha orden fue legítima, legal, oportuna, clara, concisa y precisa, empero, para analizar si esta fue lógica debemos tener en cuenta las circunstancias que rodearon los acontecimientos ex ante para Oficial hoy bajo las bretes del proceso.

Por algo lógico dice el Diccionario de la lengua española, debe entenderse como lo esperable por ser una consecuencia natural y justificada por sus antecedentes y que por inferencia responden a la razón o al sentido común. Orden lógica ha de entenderse como aquella que se imparte entonces bajo presupuestos justificados y razonados, que comprende el sentido común para que se imparta y a su vez para que se cumpla.

Efectivamente, de la prueba documental que reposa en la actuación se aprecia inicialmente que el ST. SP había solicitado su retiro del Ejército nacional desde el

mes de abril de 2011, pues a folio 34 del segundo cuaderno original obra la entrevista que se le hizo por dicho motivo, donde consta en el punto número cinco del cuestionario 'describa puntualmente las causas puntualmente que originaron la decisión de retirarse de la institución. Respondiendo 'Desmotivación por la falta de transparencia para llevar a cabo un proceso legal como manda la Constitución, o en su efecto, las normas militares', lo que da a entender que en su contra se adelantaba una actuación disciplinaria.

Posteriormente reposa solicitud de baja de fecha 07 de julio de 2011, dirigida al Comandante del Ejército, la cual es tramitada por el respectivo conducto regular, como consta también de folios 296 a 299 del cuaderno uno original.

Así las cosas, con anterioridad a la orden de operaciones impartida por el comandante del Batallón de Artillería No. 5 Galán 'Misión Táctica No. 51 Jungla", el ST. SP había solicitado su retiro de la institución, estando a la espera del acto administrativo que así lo dispusiera.

Además de lo anterior, el Oficial había sido valorado para el momento de su retiro por el sicólogo de la unidad militar (folio 311 y 312) entrevista según la cual el profesional ODRC mediante declaración extrajuicio explicó sobre sus alcances, así: '… en mi calidad de psicólogo hago constar que, el día 20 de abril de 2011, realicé la prueba psicotécnica al entonces Subteniente de la arma de comunicaciones JASP, con CC # 00, en el Batallón Juan del Corral del municipio de Rionegro Ant, cuya prueba se demuestra tres escalas o ítems por fuera del rango promedio que son la escala D4 o depresión ansiosa D5 depresión baja energía y D6 culpabilidad y resentimiento, las cuales se evalúan con entrevista psicológica en la cual no se encontró ningún tipo de alteración siquiátrica, pero como la evaluación se hizo en una solicitud de retiro y/o baja de la institución militar, se debió haber tenido en cuenta para no enviar al entonces Subteniente SPJA a ningún tipo de apoyo de operación tácticas militares, debido que ampliando los conceptos de las escalas psicológicas CAQ en cualquier momento el Subteniente podría haber presentado síntomas de desasosiego, cansancio, desánimo y menos valoración…'.

De la misma forma consta pieza documental respecto del procedimiento que se debía seguir con el personal que solicitara su retiro por voluntad propia. Sobre este particular el señor Segundo Comandante del Ejército Nacional, en forma posterior a los hechos materia del presente proceso, impartió unas instrucciones el 19-04 de 2012 a las unidades operativas mayores, menores, tácticas, fuerza de tarea y tropas en general del Ejército Nacional, recomendando 'adoptar medidas pertinentes respecto del personal que ha solicitado su retiro de la Fuerza, para que durante el término de duración de dicho trámite, se ubique a este personal en la medida de lo posible, en labores administrativas en los Puestos de Mando, o de requerirse su ingreso al área de operaciones, se encuentren en un lugar de fácil acceso y extracción…'.

Seguidamente, agrega en dicho documento que '…Lo anterior, con el propósito de minimizar las situaciones de riesgo que en el desarrollo de operaciones pongan

en riesgo su vida e integridad física, evitando a su vez procesos jurídicos en contra de la institución y del personal que la integra…' (folio 334) cuaderno número dos.

En cumplimiento a dicho instructivo, el Comandante de la Cuarta Brigada, el 25 de abril de 2012 expide el Radiograma No. 001855 ordenando a todos los comandantes de las unidades tácticas bajo su mando, '…adoptar medidas pertinentes personal que tramita retiro de la fuerza por solicitud propia x tiempo que dura dicho trámite x personal se ubique en lo posible en labores administrativas x puestos de mando…'.

Posteriormente, en el mismo documento en cita explica los motivos de dicha orden x lo anterior con el propósito de minimizar situaciones que pongan en riesgo su integridad física y su vida x evitando procesos jurídicos contra la institución y del personal que la integra x (folio 309 cuaderno número dos). (…).

Objetivamente le asistiría razón al juzgador en sus consideraciones para desestimar los argumentos de la defensa en cuanto a que dicha orden era ilegítima, por ende atípica la conducta de su prohijado, empero la realidad procesal refleja otra cosa y permite una connotación más allá de la valoración equivocada que hizo el Juzgador, que si bien realizó una argumentación y una valoración probatoria por demás acuciosa y argumentativa, la conclusión a la que llegó para declararlo responsable penalmente de la conducta imputada por los hechos ocurridos el día 30 de julio de 2011, no es la correcta desde el punto de vista de la dogmática jurídico penal militar.

La razón de dicha afirmación por parte de la Sala encuentra respuesta en el mismo acontecer fáctico y de lo que aflora en el expediente, pues si bien las órdenes sobre el tratamiento que se debía dar al personal que había solicitado su retiro voluntario (solicitud propia) fueron posteriores y con las recomendaciones ya mencionadas, no es menos cierto que esto obedeció a una razón y a el sentido común, a una lógica, lo que necesariamente tiene que ver con el ejercicio del mando, el criterio para ejercerlo y su importancia en las órdenes que se emiten.

Si observamos que el Oficial de tiempo atrás había manifestado su propósito de retirarse de la institución por desmotivación, que así lo habían plasmado en el formato de entrevista, que su decisión era irrevocable, pues la lógica y el sentido común indicaban que su retiro debía tramitarse en el término de la distancia, que destinarlo a operaciones militares en esa situación personal y emocional conllevaba un riesgo no solo para él, sino también para los hombres que comandaba, amén que los hechos que se presentaron y que condujeron a la presente investigación fueron producto precisamente de la misma situación que vivía el oficial, que por estar pendiente de su retiro –por demás inminente del Ejército Nacional– no iba a poner en riesgo su vida.

Conforme lo anterior, estando pendiente por definirle su situación militar, y al ordenársele ingresar al área, no encuentra la Sala que dicha orden cumpla con uno de los requisitos exigidos como es la que esta sea lógica. (…).

Corolario de lo anterior, para la Sala la orden que le fue impartida al señor Oficial no cumple con el requisito que sea lógica; como consecuencia la conducta deviene en atípica por no cumplirse con uno de los elementos normativos del tipo en blanco en cuanto a ese requisito en particular de la orden, puesto que la ausencia de cualquiera de estos incide necesariamente en su adecuación típica. (…)". **(Rad. 157753, 25 de noviembre de 2013, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DELITO IMPRUDENTE

La omisión probatoria sobre la infracción al deber objetivo de cuidado puede generar violación al principio de investigación integral

"(…) Pues bien, es lamentable que el Juez instructor no haya tenido un debido interés por el cumplimiento de la finalidad de la etapa instructiva prevista en el artículo 460 de la Ley 522/99, lo que se vio materializado en la omisión de pruebas relacionadas con las circunstancias en que pudo producirse la pérdida de la munición y/o consecuencia de la verificación de las citas o lo expuesto por el procesado en su injurada. (…).

Consecuente con lo anterior, ante la deficiencia en la verificación de los hechos circunstanciados a partir de los cuales pueda concretarse infracción al deber objetivo de cuidado por parte del procesado, es que precisamente estima la Sala que son confusas las precisiones de la sentencia en las que se pretendió fundamentar este elemento del tipo objetivo, y en todo caso el no agotamiento de las diligencias tendientes a verificar el extravío o pérdida o sustracción, y las citas del procesado, no permiten, específicamente por violación al principio de la investigación integral, avalar la sentencia condenatoria, y por el contrario, disponer oficiosamente la nulidad de la actuación porque subsanándose la omisión probatoria la situación del procesado puede tener vocación de ser diferente a la decisión que se ha apelado, y que la Sala se abstiene de evaluar porque si se ha violado el principio de investigación integral como parte del debido proceso (artículo 388-2 Ley 522/99), por cuyos efectos la actuación debe retrotraerse a etapa instructiva, para lo que se decretara la nulidad a partir inclusive del auto del 5 de febrero de 2013 obrante a folio 125, mediante el cual la Fiscalía 165 Penal Militar decretó el cierre de la investigación, dejándose a salvo las pruebas válidamente practicadas. (…)". **(Rad. 157763, 25 de septiembre de 2013, M. P.: CN. (R) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión).**

DE LA INVESTIGACIÓN INTEGRAL EN EL SISTEMA PROCESAL MIXTO

Deberes y obligaciones de los funcionarios judiciales

"(…) Es pertinente recordar a los operadores judiciales que han tenido a cargo la presente causa, que el principio de raigambre constitucional y legal del debido proceso como derecho fundamental y de aplicación inmediata (artículo 85), además de encontrarse incorporado en otras normatividades como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (arts. 10 y 11), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada el mismo año (art. 26) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969, arts. 8 y 9), no solamente consiste en la posibilidad de defensa o de interponer recursos, sino que exige además que el proceso que se hubiese o esté adelantando se ajuste a la plena observancia de las formas propias de cada juicio, entre ellas, a las normas preexistentes al acto que se imputa, la competencia del funcionario judicial y la aplicabilidad de los principios de investigación integral, imparcialidad, igualdad, contradicción y favorabilidad entre otros.

Bajo estos postulados, no pueden los funcionarios judiciales desconocer que es un imperativo realizar una investigación integral (art. 469 C. P. M.), practicando y allegando todas aquellas pruebas tendientes a la demostración de lo ocurrido, que al ser valorados individual y conjuntamente puedan conllevar a demostrar la responsabilidad penal o no del sindicado, lo cual es una garantía que reconoce el Estado tanto al investigado como a la víctima del ilícito, llámese persona natural o jurídica, cuya finalidad esencialmente es la obtención de la verdadera justicia.

Por tal razón es que los operadores judiciales castrenses no pueden ser ajenos a la aplicabilidad de dicho principio dentro del proceso Penal Militar como ocurrió en este evento, donde a pesar de sobresalir una serie de inquietudes respecto a la responsabilidad o no del procesado frente a la comisión del ilícito endilgado, se incurrió en una incuria dejando de practicar algunas pruebas que posiblemente podrían esclarecer aún más el hecho ocurrido, circunstancia que hace necesario retrotraer el proceso a la etapa instructiva a través de la nulidad, pues el incumplimiento de la investigación integral por parte de los funcionarios judiciales se cimienta en una transgresión sustancial que se refleja en el debido proceso, conllevando a la declaratoria de nulidad conforme lo establecido en el numeral 2º del artículo 388 del Código Penal Militar, toda vez que en un Estado Social de Derecho como el nuestro donde el fin primordial de la justicia es llegar a la verdad de lo ocurrido y la responsabilidad de los sindicados frente a tales hechos, hacen exigible que los administradores de justicia investiguen exhaustivamente lo sucedido, dilucidando todas aquellas dudas que se vayan presentando, y a las cuales se refiere el Ministerio Público que impugna la sentencia y que conllevarían efectivamente a considerar sus argumentos, empero esto siempre y cuando no se cuente con otros medios probatorios para ello como en este evento, tema del cual se ha ocupado la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (…)". **(Rad. 157800, 29 de noviembre de 2013, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira. Tercera Sala de Decisión).**

DE LOS INDICIOS Y LA COAUTORÍA

Clases y consecuencias frente a la responsabilidad penal

"(…) Analizada la prueba testimonial, así como las indagatorias de los procesados, amén de los precedentes judiciales que anteceden, podemos concluir lo siguiente para determinar la responsabilidad de los procesados.

Se parte como se expresó precedentemente, que emerge un hecho indicador claro en el sentido que para el día 3 de noviembre de 2007 los Patrulleros OCS y APWA se dirigieron al muelle del municipio de Guapi por instrucciones del PT. HZJH, quien le informó al PT. AP que en dicho muelle se encontraba una lancha que zarpaba hacia Buenaventura con un sospechoso quien debía ser conducido hacia la Estación, describiendo la forma como se encontraba vestido. Es claro que en cumplimiento de dicha orden se produjo una requisa exhaustiva por parte de los policiales hasta encontrar una bolsa que contenía dinero, del cual afirman su existencia los señores JRBC, MASS y HRC, y el Patrullero HZ, quien a su vez comunicó dicho hallazgo al Comandante de la Estación SS. GJF.

Se infiere de lo anterior, que una vez hallado el dinero, el particular A.S. es conducido a las instalaciones policiales de dicho municipio con la bolsa que contenía el dinero, lo que tiene respaldo en la afirmación que hace ER y en el mismo dicho del procesado AP, quien señala que efectivamente lo llevó hasta la guardia y se lo entregó al Comandante de Guardia, PT. HZ.

Es claro que desde el mismo momento en que se encuentra el dinero, los policiales efectuaron un procedimiento totalmente irregular desde el mismo momento de la aprehensión del ciudadano, pues es conducido a las instalaciones con el dinero, dejándolo a disposición del PT. H quien también de manera irregular, omitiendo las obligaciones y consignas del Comandante de Guardia, no realiza anotación alguna sobre la novedad, hecho indicativo que su propósito era ocultar desde todo punto de vista la condición del ciudadano con el dinero, como efectivamente ocurrió.

Amén de lo anterior, otro hecho relevante es la disposición del particular ante el Comandante de la Estación, SV. G.J. quien lo hace seguir a una pieza de la Estación, según el dicho del señor S, procediendo dicho policial a contar el dinero en su presencia, para reintegrarle la suma de $22.000.000°°, quedándose con $14.000.000°°.

Es también un hecho indicante cómo el Comandante de la Estación no toma acción alguna, no dispone el registro de la novedad, para finalmente decidir que S salga de la Estación.

Se pregunta la Sala ¿Qué interés tenía M.A.S. para señalar que en la Estación se habían apoderado de la suma de $14.000.000°°? No existe duda alguna que estos hechos indiciarios que preceden, dan cuenta que su testimonio sumado al del denunciante, que es propietario de los de los $36.000.000, permiten afirmar que solo pretendió recuperar la suma de dinero que le había sido hurtada por los policiales

de la Estación, quienes urdieron un plan criminal para apoderarse de una gruesa suma, como efectivamente ocurrió.

De lo anterior se puede inferir otro hecho, pues como lo afirma el señor JRB, propietario del dinero, los policiales al conocer la denuncia que se les había formulado en su contra ante la Fiscalía General de la Nación, lo buscaron con el fin de llegar a un acuerdo, pues a su denuncia inicial señaló que llamó a la Estación de Policía y habló con el comandante G. para darle a conocer la denuncia formulada en su contra y para que no fueran a gastarse el dinero, manifestando G. que se presentara para hacerle devolución del dinero. Afirma también el deponente que el 6 de noviembre de 2007 bajó a Guapi y habló con A y, ya para el 12 de noviembre de 2007, habló con A, O y H quienes le contaron que ese dinero se lo habían repartido en la suma de $1.325.000°°, señalando incluso que el día miércoles 21 de noviembre de 2007, a las 02:30 p. m., en el lugar donde se hallaba, parque principal de la población, cuando el Agente A le llamó para informarle que le iba a hacer entrega de $1.000.000 que le enviaba el Agente O, siendo entregada esta suma de dinero frente a las oficinas del Concejo Municipal.

Posteriormente de su ampliación de denuncia se infiere que ya le habían reintegrado la suma de $4.000.000.

Si bien es cierto que se allegó una fotocopia de un 'Acuerdo formal' de fecha 14 de noviembre de 2007, en el municipio de Guapi relacionado con la entrega de $4.000.000 al señor JRB y que como lo afirma el a quo no se logró establecer la veracidad del documento, lo cierto es que la afirmación de la víctima, la forma como relató de manera pormenorizada los hechos, las circunstancias de modo, tiempo y lugar que describió ante la Fiscalía donde no se infiere temeridad alguna, permite a la Sala darle la credibilidad suficiente con los demás medios probatorios para deducir que efectivamente la suma de dinero que le fue hurtada fue de $14.000.000 y que ningún ánimo diferente a recuperar su dinero existió en el denunciante, pues además no obra prueba alguna que indique que con anterioridad a estos hechos se hubiese presentado problema alguno entre el particular y los policiales vinculados al proceso, y que por el contrario, podemos concluir que existe un indicio claro de su responsabilidad como coautores del delito de hurto agravado.

Sin lugar a equívocos estas pruebas reflejan la realidad fáctica y procesal, no siendo de recibo para esta Sala las exculpaciones aducidas por los enjuiciados, pues se contradicen en sus diversas intervenciones, lo que permite edificar el indicio de mala justificación, que de acuerdo a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia[48] implica que, cuando una persona es interrogada acerca de la situación fáctica que se le atribuye, las respuestas que brinda, una vez sea debidamente informada de los derechos que tiene de guardar silencio y a no incriminarse, contribuyen a desvirtuar la presunción de inocencia, de acuerdo con la relevancia de su contenido, siempre y cuando sean absurdas, evasivas o incluso falaces.

48 Cfr. sentencia de casación de 1º de julio de 2009, radicación No. 21977 y sentencia casación del 13 de febrero de 2008, radicación No. 21844, M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

Este indicio de mala justificación es el que destaca la Sala para el caso de los procesados en sus descargos, pues pese a que trataron de desvirtuar el conocimiento previo de la existencia del dinero, que se haya realizado una requisa y el apoderamiento del dinero, las pruebas y los mismos indicios son contundentes y desvirtúan la presunción de inocencia que pretende hacer valer el a quo en su sentencia. (…).

Vemos que el a quo fundamenta la duda en que no existe certeza respecto a la participación de cada uno de los procesados en la apropiación del dinero, y si en realidad el SV. GJF se apoderó del dinero, por lo que la Sala considera que no se efectuó un ponderado análisis individual y colectivo de los medios probatorios obrantes en el plenario, pues del estudio conjunto de las pruebas allegadas, se colige que los procesados actuaron como coautores en la modalidad impropia, en atención a que los encartados prestaron contribución objetiva a la consecución del resultado común, tenían el dominio funcional del hecho y actuaron con división del trabajo criminal, pues los Patrulleros OC y AP, se encargaron de aprehender y conducir a MASS hasta la Estación de Policía del municipio de Guapi (Cauca), donde fue recibido por el PT. HZ quien omitió efectuar las anotaciones de rigor en los libros minuta de guardia, servicio y población de dicha unidad policial, y finalmente el SV. GJF se apoderó de $14.000.000.

Tal y como lo afirma la Corte Suprema de Justicia, lo típico de esta forma plural está dado en que los intervinientes despliegan su comportamiento unidos por una comunidad de ánimo, un plan común, que para el caso en examen era precisamente despojar de una gruesa suma de dinero al señor MAS y para tales propósitos se dividieron las tareas para que su contribución fuese relevante, como efectivamente ocurrió, pues inicialmente quienes conocieron del hecho, los policiales A y O, no solo hallaron el dinero sino que trasladaron a su portador hasta las instalaciones de la unidad policial por instrucción de su comandante, la cual es transmitida por conducto del PT. H quien lo recibe sin efectuar anotación alguna sobre tal novedad, con el conocimiento pleno que estaba incumpliendo con las órdenes establecidas por el mando policial sobre este particular, siendo además conocedor de la existencia de dicho dinero como lo afirmó en su indagatoria, y que una vez recibido el particular en la estación, lo condujo ante el comandante SV. G quien procede a trasladarlo a una habitación u oficina donde realizan el conteo del dinero que finalmente se reintegra parcialmente y en una suma de $22.000.000, quedando en manos del policial la suma de $14.000.000, existiendo por ende una conexión que se explica en la existencia clara de un acuerdo con reparto y suma de esfuerzos, siendo la contribución de cada uno de ellos importante y decisiva, sin la cual el plan acordado no hubiese tenido culminación.

Desde esta óptica se tiene que la prueba indiciaria mencionada ha sido concurrente, la que adquirió mayor fuerza demostrativa con la prueba testimonial y las mismas contradicciones que se desprende de las indagatorias de los procesados, probanzas entre las que existe conexidad y empatía, teniendo un carácter armónico que se fue construyendo a través de la investigación, y que permite adquirir la certeza sobre lo ocurrido y principalmente de la responsabilidad del Sargento

Viceprimero GJF, del Subintendente H.Z.J.H. y de los patrulleros APWA y OCS, como coautores (coautoría impropia) en el delito de Hurto Agravado, para proferir sentencia condenatoria. (…)". **(Rad. 157202, 28 de agosto de 2013, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DESERCIÓN

Condición de víctima por desplazamiento

"(…) la condición de víctima es una situación fáctica que no está supeditada al reconocimiento oficial a través de la inscripción en el registro, lo que permite verificar que este solo acto no confiere dicha calidad, toda vez que como lo dispone la normatividad en cita el propósito es servir de herramienta técnica para la identificación de la población que ha sufrido un daño, en los términos del artejo 3° de la Ley 1448 de 2011, y de sus necesidades; por lo que es importante señalar que la sola concepción personal u objetiva de ser víctima o desplazado no es suficiente para eximir del servicio militar o producir un desacuartelamiento.

Si bien es cierto el Decreto 4800 de 2011 prevé que la condición de víctima es una situación fáctica que no está supeditada al reconocimiento oficial, a través de la inscripción en el registro; también lo es que establece dos situaciones respecto del militar, esto es, suspende el servicio hasta tanto se defina la condición de víctima y solo procede el desacuartelamiento, que es el acto de desincorporación, hasta que sea incluido el soldado en el registro de víctimas; por lo que es claro que se requiere un acto formal de la administración que así lo determine y que produzca sus efectos *ex post*, lo que se concibe sin dificultad del mandato previsto en el canon 178 del Decreto 4800 de 2011, que determina, insistimos, que la solicitud suspende la obligación de prestar el servicio militar solo hasta tanto se defina dicha condición; conforme al artículo 16 ídem, el Registro Único de Víctimas es una herramienta administrativa que soporta el procedimiento para la inscripción de las mismas, por lo que se debe advertir que para el caso del soldado Mendoza esa circunstancia fue reconocida tiempo después de cometido el delito de deserción.

Frente al estudio del material probatorio obrante, encuentra la Sala que el ciudadano José Melqui Mendoza Vaquiro fue dado de alta como soldado del Ejército Nacional el 24 de septiembre de 2010, se ausenta del servicio el 10 de diciembre de 2011, lo que conforme al artículo 109 del Código Penal Militar permite inferir que está incurso en el injusto de deserción el 16 de diciembre siguiente.

En la indagatoria refiere el condenado que se fue el 10 de diciembre de 2011 porque quería pasar las fiestas de Navidad con sus padres, y que previamente le habían dado los permisos solicitados, lo que permite afirmar que el motivo de su conducta, contraria a derecho, era estar una temporada con sus progenitores, dejando el servicio de forma inconsulta e incumpliendo de manera consciente y facultativa su deber de presencia, regresando voluntariamente al servicio el 03 de

enero de 2012; lo que una vez más permite inferir que no había una circunstancia de apremiante afectación de derechos, donde uno tuviese que ceder para salvar el otro. Menos aún con el posterior fenómeno del desplazamiento, lo que genera que la calidad de víctima solo se ordenara en el registro hasta el 21 de diciembre de 2011, hecho que es comunicado al Ejército Nacional hasta el 10 de octubre de 2013, cuando la Directora de Registro y Gestión de la Información manifiesta mediante escrito que 'al verificar el Registro Único de Víctimas –RUV– por las variables de nombre, apellido y documento de identificación se evidencia:

'1. José Melqui Mendoza Vaquiro, C.C. 1007248335, Se encuentra incluido activo como desplazado víctima del conflicto armado interno del país desde el 21 de diciembre de 2011, por hechos ocurridos el 10 de noviembre de 2011 en Chaparral – Tolima'[49].

En consecuencia, al entender que la sola concepción personal u objetiva de ser víctima o desplazado no es suficiente para eximir del servicio militar o producir un desacuartelamiento, como se ha anotado, sino que se requiere la preexistencia del acto administrativo que lo reconozca como tal, reiteramos, no significa que el acto se emita para definirlo como víctima pues ello se deriva de la situación fáctica, sino para reconocerlo e incluirlo en la lista, lo que conlleva a que en principio el servicio militar se suspenda, luego tras la admisión en el registro se termine y se le desacuartele, esto es, la desincorporación solo se produce cuando sea aceptado el soldado en el registro de víctimas; lo que en este caso aconteció el 21 de diciembre de 2011, fecha posterior a la comisión del delito por el que se le acusó y condenó, la cual fue el 16 de diciembre de dicho año; data que es incluso anterior al día en que el procesado refirió como el que se produjo el desplazamiento, que aconteció el 18 de diciembre de 2011. (…)". **(Rad. 157902, 11 de junio de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DESERCIÓN

La indebida incorporación no hace atípica la conducta

"(…) Por lo tanto, una vez producida la Incorporación del conscripto al Servicio Militar, a través de dicho acto se reconoce la calidad de militar con presunción de legalidad, de donde refulge que no es la Justicia Penal Militar la llamada a desconocer tal calidad; razón por la que no es viable predicar una mala incorporación como causal de Atipicidad suponiendo que el sujeto activo no tiene el requisito normativo de la legal Incorporación (…).

Consecuente con lo anterior, claro es que el proceso de Incorporación surtido de conformidad a los requisitos y procedimientos estipulados en la Ley 48 de 1993 –Reglamenta el Servicio de Reclutamiento y Movilización– es un proceso administrativo del cual se presume su legalidad, que culmina con la expedición de un Acto

49 Folio 129 C. O.

Administrativo complejo, que para el caso obra en el infoliado, con la Orden del Día Nº 063 del Comando del Batallón de Infantería Nº 8 'Batalla de Pichincha' del 1º de Abril de 2011, en la cual el señor SLC. (r) JDCHV figura dado de alta como Soldado Campesino integrante del Segundo Contingente de 2011. (…).

Por lo tanto, observa la Sala de Decisión que no le asiste razón al Libelista cuando reclama la ilegal Incorporación de su apadrinado, por cuanto de la lectura detenida de las probanzas obrantes en el expediente, se tiene que el señor SLC. (r) JDCHV no solo se incorporó voluntariamente a las filas del Ejército Nacional como lo confirman sus progenitores (…) sino que además, lo determinante es que el joven JDCV, una vez producida la Incorporación al Servicio Militar, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley 48 de 1993, a través de dicho Acto adquirió la calidad de Soldado Campesino, entendiéndose para todos los efectos legales discernida su calidad de Militar, que produce todos los efectos que le son inherentes, tanto de los derechos, prerrogativas y estímulos que esta condición otorga, como también, respecto al sometimiento a la estructura, organización y disciplina castrenses, quedando subordinado por el régimen y jurisdicción especiales que le son propios. (…)". **(Rad. 157865, 29 de abril de 2014, M. P.: BG. María Paulina Leguizamón Zárate, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

DIFERENCIAS ENTRE CRÍMENES DE GUERRA Y DELITOS DE LESA HUMANIDAD

1) **Del conflicto armado interno - alcance.**
2) **Delitos contra la población civil.**
3) **Crimen de guerra, conducta eminentemente intencional.**
4) **De la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad - precedentes judiciales para considerar que no es absoluta ni generalizada esta afirmación.**

"(…) El problema jurídico planteado y a resolver en la presente actuación procesal es si estamos en presencia de un delito común, en el evento *sub examine* del Título I *'Delitos contra la vida y la integridad personal', Capítulo III 'de las lesiones personales'* previsto en la Ley 599 de 2000; frente a una conducta constitutiva de infracción a las normas del Derecho Internacional Humanitario, consagradas en nuestra legislación penal ordinaria, prevista en la Ley 599 de 2000 Título II *'Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario'*, específicamente en su artículo 136 *'Lesiones en persona protegida'*, y si podemos hablar en el caso en particular de un Crimen de Guerra, pues estos temas conducen no solo a determinar la viabilidad de la prescripción de la acción penal sino también a determinar la competencia jurisdiccional. (…).

La Honorable Corte Constitucional en su sentencia C-578 de 2002 al efectuar el control de constitucionalidad del Tratado de Roma de la Corte Penal Internacional y de su Ley aprobatoria, efectuó un estudio a la luz de las disposiciones de dicho

Estatuto en lo atinente a los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra, lo cual permite dar claridad suficiente frente a lo expuesto por el juzgado primario en su auto que resolvió cesar procedimiento, en el que a su vez negó el recurso de reposición, así como de lo planteado por la apelante. (…).

Así las cosas, existen diferencias marcadas entre estas conductas o actos contemplados en la legislación internacional en el Estatuto de Roma, pero lo cierto es que para que se configure un crimen de guerra a la luz del Estatuto y para competencia de la Corte Penal, se hace necesario que se demuestre o que exista un plan o política a gran escala en su comisión, como lo indicó la honorable Corte Constitucional en su sentencia C-405 de 2004 respecto del artículo 8 del Estatuto de Roma en los siguientes términos:

'No obstante, el nuevo Estatuto dispone que en el citado artículo, que los crímenes de guerra deberán ser cometidos como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes'.

Si nos detenemos en las probanzas que reposan en el expediente, en ninguno de sus apartes obra que el personal del Ejército Nacional que hizo parte de la operación hubiese actuado bajo estos presupuestos, lo que de plano descarta la existencia de un crimen de guerra en la actuación.

Basta mirar con detenimiento y valorar las pruebas que reposan en las fojas para llegar a esta afirmación, pues lo que obra es lo siguiente:

Para el día 12 de julio de 2001 a eso de las 06:30 horas en la vereda Aguadas jurisdicción del municipio de Caldono (Cauca), lugar donde tropas del Batallón de Infantería No. 8 *'Batalla de Pichincha'* y la Compañía *'Cobra'* del Batallón de Contraguerrillas No. 3 *'Numancia'* quienes se encontraban en desarrollo de la orden de operaciones No. 048 *'DG. Valencia Juan Carlos'* consistente en efectuar una operación de destrucción por el método de patrullaje de encuentro, sostuvieron combate armado con aproximadamente 60 subversivos pertenecientes a la columna móvil Jacobo Arenas y el VI Frente de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC, obteniendo como consecuencia de dicho enfrentamiento el deceso de tres sujetos de sexo masculino y uno de sexo femenino sin identificar, resultando igualmente herida la menor L.L.G.U. miembro de la comunidad indígena La Aguada San Antonio, así como los uniformados ST. MCR y SLP. PCW (…).

Las anteriores versiones de los procesados como de los demás uniformados coinciden en afirmar que en el momento que arribaron a la morada de LLGU esta ya se encontraba lesionada y que procedieron a prestarle los primeros auxilios, además que ningún militar disparó en contra de la comunidad, lo que se corrobora con la realidad procesal donde no existe declaración alguna donde se indique que el personal militar hubiese disparado sobre la población civil o sus bienes de forma indiscriminada como lo pretende hacer ver la agente de la parte civil. (…)". **(Rad. 157737, 31 de enero de 2014, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).**

EL DOLO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL MILITAR, Ley 1407 de 2010

Concepción dogmática del dolo

"(…) Resulta necesario advertir que los medios de prueba allegados al proceso nos muestran que la conducta objeto de esta investigación tuvo ocurrencia a partir del 3 de octubre de 2011, vale decir, en vigencia de la Ley 1407 de 2010, razón por la cual, la norma sustantiva aplicable al caso bajo estudio es la prevista en esta disposición conforme al principio de legalidad, como lo ha expresado esta Corporación en reiteradas oportunidades y así lo entendió la señora Juez de Primera Instancia al adecuar el hecho investigado en el tipo penal de deserción previsto en el artículo 109.2 de la nueva sistemática punitiva castrense, no así la ilustre apelante que lo adecúa al previsto en el artículo 128.2 del anterior código penal militar.

Realizada la precedente aclaración y bajo el entendido que la calificación jurídica de la conducta realizada en la providencia impugnada, se halla conforme al principio de legalidad, sin pretender hacer un estudio dogmático profundo sobre la estructura del tipo penal, se debe precisar de manera general que el concepto de conducta punible, está compuesto por dos aspectos bien definidos, uno objetivo y otro subjetivo.

En el caso bajo estudio nos interesa este último, en tanto que corresponde al problema jurídico planteado en la apelación y en ese sentido, germinalmente se habrá de señalar que aunque el dolo es el núcleo central del aspecto subjetivo del tipo penal, el legislador ha previsto algunas circunstancias con contenidos de orden subjetivo diferentes al dolo, que cualifican de manera precisa determinados comportamientos y permiten diferenciar una determinada conducta punible de otras muy similares, a partir de las cuales, la Doctrina y la Jurisprudencia ha elaborado la teoría de los elementos subjetivos del tipo, de cuya estructura no se hace necesario ocuparnos en el caso bajo estudio, pues la discusión está planteada en torno a los elementos subjetivos de la culpabilidad, muy distintos de los anteriores.

En torno a la configuración del aspecto objetivo del tipo penal, prácticamente existe un consenso en la Doctrina e igualmente en la jurisprudencia, discusión que no resulta pacífica en relación con el aspecto subjetivo, debate que se ha centrado en torno al concepto de acción en los delitos de comisión y en esa medida, para un mejor entendimiento en el caso bajo estudio, debemos partir del concepto de dolo previsto en el artículo 24 de la Ley 1407 de 2010, que literalmente determina que *'La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización, o cuando ella ha sido prevista como probable y la producción del resultado se deja librada al azar'*.

Es evidente que el codificador del 2010, al resaltar de entrada que *'La conducta es dolosa'*, elimina la eventualidad de concebir el dolo como una forma de culpabilidad, en tanto que la circunscribe a los *'hechos constitutivos de la infracción penal'* para referirse al aspecto objetivo del tipo penal, en esa medida, el dolo debe entenderse como una modalidad de la conducta punible, figura propia de la dogmática

del delito que hace parte de la conducta humana penalmente concebida, ejecutada con conocimiento de los elementos propios de la infracción penal (elemento cognoscitivo) y voluntad dirigida a su realización (elemento volitivo).

En ese orden, no solo se requiere del conocimiento de los hechos constitutivos del tipo penal, pues este solo se refiere al aspecto objetivo de la conducta punible, sino que además, se hace necesario que el agente quiera y decida ejecutar tal comportamiento de manera voluntaria, es decir, que dirija su comportamiento de manera intencional a la realización material de la conducta y en esa medida, se hace necesario diferenciar las maneras o formas como se exterioriza la voluntad dirigida a la consumación de la conducta, lo que origina la división del dolo en tres clases, directo de primer grado, directo de segundo grado y eventual, de acuerdo a la clasificación que hace la mayoría de la Doctrina y la jurisprudencia en general.

El primero, es decir, el dolo directo de primer grado, intencional o inmediato, se presenta cuando el agente cuenta con la intención, el querer, el deseo de la realización del hecho y hacia ese objetivo dirige su voluntad, al cual se refiere de manera concreta la parte inicial del artículo 24 de la Ley 1407 de 2010, cuando precisa que *'La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización',* modalidad en la que predomina el componente volitivo sobre el cognitivo, pero para su configuración se requiere la presencia de estos elementos.

El segundo, es decir, el dolo directo de segundo grado, indirecto o mediato, que para una parte de la doctrina se trata de una modalidad complementaria, se presenta cuando el actor en la comisión del hecho, al ejecutar la acción asume las consecuencias concomitantes de los efectos de su conducta como necesarias para la consecución del fin querido, por ello, en esta modalidad prima el aspecto cognoscitivo sobre el volitivo.

Finalmente, el dolo eventual al que se refiere la parte final del artículo 24 ibídem, con la expresión, *'o cuando ella ha sido prevista como probable y la producción del resultado se deja librada al azar',* se presenta cuando el agente, a pesar de prever como posible la materialización de la conducta punible, continúa con la acción y deja el resultado al azar. (…)". **(Rad. 157813, 19 de diciembre de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

EL MANEJO DEL ARMAMENTO EN EL ÁREA DE OPERACIONES

Presupuestos límites del riesgo permitido

"(…) el delito imprudente se construye considerando que el resultado es la consecuencia de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, bajo tal postulado, habrán de señalarse entonces los criterios que la Doctrina en la teoría de la

imputación objetiva ha desarrollado para identificar cuándo estamos frente a un riesgo jurídicamente desaprobado, para explicarlo, ha de partirse en primer término cuándo se entiende que ciertas actividades son legítimas, autorizadas por la sociedad, bajo el entendido que si bien crean riesgos, estos, son permitidos y se entienden autorizados bajo los presupuestos de utilidad social, necesidad del riesgo, la costumbre, el ordenamiento jurídico y el juicio comparativo, entre otros.

Considera esta Sala de Decisión entonces, que el uso de las armas de fuego implica un riesgo, el cual bajo el rol funcional de los miembros de la Fuerza Pública en determinados estándares la sociedad lo ha aceptado como un riesgo permitido y en este punto, con el material probatorio obrante hasta el momento, se puede afirmar que el arma que portaba el sindicado SLR. M.C.E. lo hacía bajo el entrenamiento y las instrucciones que aquella mañana entregó su Comandante de Escuadra[50], específicamente las de desactivar sus sistemas de seguridad quitando el cartucho de la vida y que luego del registro habría de colocarse, las dos maniobras implican como se señaló manipulación del arma en sus sistemas de seguridad.

En este rol de los militares quienes deben manipular los sistemas de seguridad del fusil, quitar el cartucho de la vida, cargar y desasegurar se ha convertido por la misma esencia de la misión en una actividad cotidiana y normal. El interrogante radica en que cuando dicha actividad se desarrolla de manera deformada o descuidada sobrepasa los límites del riesgo permitido y en consecuencia, ese riesgo creado que jurídicamente está desaprobado ha de determinarse si le pertenece a la esfera del dolo o al de la culpa, considerándose por la jurisprudencia, que cuando ese nivel de riesgo es superado como producto de la dinámica y naturaleza que gobierna la actividad, la conducta es culposa (…).

Ahora bien, tomando la misma sentencia en que se apoya el A quo, habrá de decirse que la configuración del dolo eventual resulta de la reunión de dos presupuestos, el primero que el sujeto se represente como probable la producción del resultado antijurídico y el segundo, que deje su no producción librada al azar, en cuanto al primero, ha de observarse, que es la producción del resultado antijurídico y no el resultado propiamente dicho de muerte.

No se trata de una probabilidad abstracta como sería el caso de atribuir que se tiene la formación militar y las órdenes para manipular su arma, sino lo que se trata en el dolo eventual, es de la probabilidad de riesgo de manera específica y concreta e inmediata pero frente al análisis de un resultado antijurídico. Por el contrario, en los delitos culposos se tiene que para imputar el resultado es necesario acudir al riesgo jurídicamente desaprobado que creó el autor como consecuencia de su

50 *Testimonio DG. Mosquera Asprilla Yúber, CC. 2, fl. 59 …"en la parte de arriba me encontraba yo con los soldados, había un camino de aproximación el cual no habíamos registrado, desaseguramos el arma de dotación retiramos el cartucho de la vida, fui con el soldado Q.F.R. Andrés, hicimos un registro perimétrico y volvimos hacia la montañita donde estábamos, luego di la orden de poner el cartucho de la vida en la recámara del fusil, (…) procedimos a tomar la seguridad yo me senté seguimos hablando un rato, cuando escuché que el soldado M., estaba retirando el proveedor, miré de reojo y le dije que dejara de joder con eso y que pusiera el cartucho de la vida en la recámara del fusil de allí él me dijo que todo bien, no pasó mucho tiempo de haberle dado la orden cuando escuché un disparo, yo me asusté y lo escuché llorando él decía maté a mi socio y lo abrazó (…) El soldado M., entró en pánico y quería quitarse la vida con su arma de dotación, mi sargento dio la orden de que lo retiraran pero varios soldados no fueron capaces, luego dio la orden a mi soldado Monzalve (sic) de que lo bajáramos, el soldado se desmayó".*

conducta infractora del deber y por ello, ese deber resulta vulnerado cuando el sujeto tenía datos suficientes para haber sido más cuidadoso, razón por la cual ese resultado le será imputado a título de culpa, en el caso sub judice, fue la consecuencia de la manipulación descuidada del fusil Galil de dotación oficial que portaba el sindicado M.C.E.

El anterior razonamiento, encuentra mayor comprensión al presentar la siguiente reflexión, si el resultado se presentó sin que el sujeto activo conociera los factores de riesgo ni tenía el deber de conocerlos y en tal sentido, ese resultado no le sería imputable, es en este punto también donde no se está de acuerdo con el A quo, pues considera que el sindicado al tener la formación para el manejo de las armas y poder representarse el resultado implica necesariamente la configuración del dolo. La Sala recuerda que el desarrollo jurisprudencial y normativo ha acogido la teoría de la probabilidad o de la representación para diferenciar dolo o culpa y que ella debe ser en concreto y no abstracto; adicional a ello, se ha de determinar el nivel de intensidad que sobrepasó el riesgo permitido, que este, de ser menor, dada la cotidianidad y hábito en que se ha convertido la actividad del manejo de las armas de fuego, para el caso que ocupa nuestra atención, se entenderá que el riesgo creado superó en grado menor el límite permitido y en consecuencia se ha de reconocer la conducta como culposa. (…).

Tal descuido en el manejo de los sistemas de seguridad del arma han de ser analizados en el contexto de dichas actividades que se han convertido en la ritualidad y cotidianidad de la vida militar, tanto en el área de operaciones como en el área de entrenamiento y que este rol genera unos niveles de riesgo permitido que en algunos eventos se han convertido para el militar en un acto instintivo o de hábito, pero que este al llegar a desfigurarse por descuido, crean el riesgo jurídicamente desaprobado y consecuente con ello, su relación con el resultado, en este escenario se ha de predicar la culpa y no el dolo eventual. (…).

De acuerdo a las consideraciones expuestas en el capítulo anterior, esta Sala de Decisión considera que se reúnen en la conducta del sindicado SLR. M.C.E. los presupuestos de la culpa con representación y a tal conclusión se llegó luego de analizar el contexto en que se desarrollaron los hechos, donde surge como relevante que la manipulación del fusil obedeció a la orden impartida por su superior Dragoneante y Comandante de Escuadra M.A.Y., que tal hecho conforme al caudal probatorio no surgió por decisión autónoma del sindicado como lo presentó el A quo en su decisión.

Adicional a lo anterior, otro elemento que resultó relevante del análisis, es que se ha de señalar que el manejo de las armas de fuego, per se, representa un riesgo, pero que este riesgo la sociedad lo considera como permitido, máxime cuando se trata de las armas del Estado y su manejo se ha confiado para el caso sub judice a militares debidamente entrenados y capacitados para su manipulación.

Cualquier militar demanda experticia y profesionalismo en el manejo de las armas de fuego, la cual debe estar gobernada por estándares de seguridad dado

el riesgo que ello implica, sin embargo, surge relevante el contexto colombiano donde el militar está inmerso en una situación constante de conflicto armado que le demanda un manejo real en las armas de fuego, como en el caso sub judice, que debían brindar seguridad para neutralizar las amenazas de grupos subversivos frente a una reunión que desarrollaría la empresa 'Equión' en la Vereda San Pedro del Municipio de Támara (Casanare), que tal contexto de conflicto armado genera multiplicidad de ocasiones en que el militar debe accionar los mecanismos de seguridad de su arma para colocarla en situación ofensiva y con igual infinidad el manejo para regresarla a estándares de seguridad.

Tantas oportunidades en el mismo ejercicio convierten la actividad en un hábito, en una cotidianidad, incluso en un acto de normalidad el cual por circunstancias de la vida de una conducta desprevenida por parte del militar conlleva a superar ese riesgo que se ha aprobado para convertirlo en uno no permitido, el cual dada la cotidianidad y naturaleza se califica que ha superado el nivel de riesgo en un grado menor y por ende, conforme al análisis de la intensidad del riesgo como característica objetiva, se ha de calificar la conducta como culposa. (…)". (**Rad. 157964, 12 de junio de 2014, M. P.: CR. Fabio Enrique Araque Vargas, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

ERROR DE TIPO Y DE PROHIBICIÓN

Diferencia dogmática en la Ley 1407 de 2010

"(…) el legislador, al igual que en el Código Penal, deslinda el error de tipo del error de prohibición, en el primero, es decir, el contenido en el numeral 10, exime de responsabilidad penal al sujeto que realiza la conducta bajo la convicción errada e invencible que su actuar no comprende el aspecto objetivo del tipo o que concurre de manera objetiva una causal que excluye la responsabilidad, por tanto excluye la tipicidad dolosa, por ello, si el error es vencible, debe responder a título de culpa cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

Por el contrario, en el numeral 11 en cita, el legislador excluyó de responsabilidad a quien realice la conducta con la convicción errada e invencible que su comportamiento es lícito, siempre y cuando dicho error no provenga de culpa, evento en el cual, si el delito se halla previsto como culposo, responderá a título de culpa.

En resumen, de manera general el error de tipo cuando sea invencible excluye la tipicidad dolosa, mientras que el denominado error de prohibición recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad como presupuesto de la culpabilidad, es decir, sobre la comprensión de lo injusto de la conducta, por ello, no es posible emitir un juicio de exigibilidad sobre una conducta reprochada punitivamente solamente como dolosa, por tanto, no es culpable o responsable quien de acuerdo a las circunstancias personales, sociales, culturales, etc., en las que consumó el injusto (conducta típica y antijurídica), no tiene la posibilidad de comprender la ilicitud de su actuar.

Aunque la Corte Suprema de Justicia no ha realizado ningún pronunciamiento en cuanto al alcance del contenido del artículo 33,10.11 de la Ley 1407 de 2010, que como se dijo consagra el error de tipo y de prohibición, respectivamente, como causal de ausencia de responsabilidad, sí lo ha hecho en relación con la misma figura consagrada en el artículo 32, numerales 10 y 11 de la Ley 599 de 2000 –Código Penal–, en múltiples oportunidades, pronunciamiento aplicable a nuestra jurisdicción, dada la identidad de las normas. (…)". **(Rad. 157784, 27 de septiembre de 2013, M. P. MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

FALTA DE CERTEZA PROBATORIA

Necesariamente conduce al fallador al instituto del *in dubio pro reo*

"(…) si se produce un resultado muerte y este se atribuye a la actuación imprudente o negligente del patrullero VCJJ, lo menos que puede esperarse, es que se alleguen las pruebas que permitan verificar con certeza cuál fue el arma homicida; teniendo en cuenta las lesiones y las características de la herida que dejó el proyectil una vez penetró en el cuerpo de la víctima, así mismo se despeje la duda sobre quién disparó hacia la víctima; en razón a que no se realizó el estudio de trayectoria del disparo partiendo desde la posibilidad que los victimarios hubieran sido los delincuentes, a quienes además no se les práctico prueba de absorción atómica, pero sí se encontraron vainillas en el lugar de los hechos que no fueron percutidas por las armas que portaba el procesado para la fecha del hecho[51].

Como faltan o al menos son insuficientes los medios probatorios que acrediten los elementos que estructuran el delito imprudente, por ausencia de prueba sobre el nexo causal entre el delito y el resultado típico, elemento sin el cual es imposible arribar a una conclusión típica, reprochable y punible encabeza del patrullero VCJJ, la Sala acogerá el primer reproche propuesto por el apelante y en tal sentido revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolverlo por duda. (…)". **(Radicado 157754, 23 de octubre de 2013, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

FINES DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR. Ley 1407 de 2010

Aplicación del principio de integración con la Ley 906 de 2004

"(…) Sobre este particular, claro es que la Constitución y la ley supeditan la imposición de cualquier medida al cumplimiento de algunos de los fines constitucionales que resulta indispensable verificar, toda vez que también la Ley Procesal

51 Cfr. folio 158 y ss. Experticia técnico a vainilla, a las armas y cotejo técnico.

Penal Militar sujeta la detención preventiva 'a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la preservación o seguridad de la comunidad', mientras que el artículo 467 al fijar sus fines, advierte sobre su procedencia. De igual forma el Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004 en sus artículos 309 a 312 regula los eventos en los que debe entenderse que la medida es indispensable, según se trate de: (1) obstrucción a la justicia, (2) peligro a la comunidad, (3) no comparecer, aspectos que deben valorarse para cada caso en particular, artículos que han venido siendo modificados, primero con la Ley 1142 de 2007, y posteriormente con la Ley 1453 de 2011.

De esta forma el artículo 312 de la Ley 906 de 2004, quedó así: (…).

Si bien esa norma no se encuentra dentro de la Ley 1407 de 2010, lo cierto es que se hace necesaria e imperativa su remisión para efecto de considerar o no la imposición de las medidas de aseguramiento, y para estos efectos el referente no es otro que un precedente judicial de la Honorable Corte Suprema de Justicia que sobre el particular expuso[52]: (…).

Basta observar la fecha de la precitada providencia para colegir que fue antes de promulgarse la Ley 1407 de 2010 (Nuevo Código Penal Militar), pero hoy, si bien estas normas relacionadas con los fines se encuentran en el libro segundo del Procedimiento Penal Militar, y que las disposiciones procesales no se aplican en virtud a que no se ha implementado el sistema penal acusatorio en la Justicia Penal Militar, lo cierto es que dado el mandato constitucional, este articulado se aplica aun para el evento de la Ley 522 de 1999; de la misma forma las consagradas en la Ley 906 de 2004 en sus artículos 309 a 312 con las reformas mencionadas, atendiendo precisamente estos precedentes jurisprudenciales, siendo estos los parámetros normativos a tener en cuenta por el funcionario de la Justicia Penal Militar, pues no puede quedar a su arbitrio la motivación, así no se haya plasmado dichas normas en el Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010. (…)". **(Rad. 157834, 09 de diciembre de 2013, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

FINES MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

No es el bien jurídico tutelado por el delito el que justifica la medida

" (…) En fin, el Instructor justificó la medida de privación de libertad del procesado bajo el argumento de que el bien jurídico de la Disciplina es relevante dentro de la organización o estamento militar, por lo que debe afectarse la libertad personal para proteger la integridad de los miembros de la Fuerza Pública, posición que no responde a ninguno de los fines consagrados en el artículo 466 de la Ley 1407/10, porque no es el bien jurídico el referente para imponerse medida de aseguramiento de detención preventiva, pues ello conduciría a una clasificación arbitraria acerca de cuáles son los bienes jurídicos que obligan a la imposición de una medida de aseguramiento, y cuáles no, que a su vez instituirían un presupuesto formal adicio-

52 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 22188, 21 de abril de 2004. M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

nal para la imposición de la medida, que no contempla la ley" (subrayado fuera de texto). (**Radicado 158011, 10 de julio de 2014, M. P. CN. (RA) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

FINES DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EN LA JUSTICIA PENAL MILITAR

Procedencia y aplicación del artículo 312 de la Ley 906 de 2004

"(…) Basta observar la fecha de la precitada providencia para colegir que fue antes de promulgarse la Ley 1407 de 2010 (Nuevo Código Penal Militar), pero hoy, si bien estas normas relacionadas con los fines se encuentran en el libro segundo del Procedimiento Penal Militar, y que las disposiciones procesales no se aplican en virtud a que no se ha implementado el sistema penal acusatorio en la Justicia Penal Militar, lo cierto es que dado el mandato constitucional, este articulado se aplica aún para el evento de la Ley 522 de 1999; de la misma forma las consagradas en la Ley 906 de 2004 en sus artículos 309 a 312 con las reformas mencionadas, atendiendo precisamente estos precedentes jurisprudenciales, siendo estos los parámetros normativos a tener en cuenta por el funcionario de la Justicia Penal Militar, pues no puede quedar a su arbitrio la motivación, así no se haya plasmado dichas normas en el Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010.

Para la Sala es claro que el funcionario instructor no sustentó ni justificó las razones por las cuales en este evento procedía la medida de aseguramiento de detención preventiva, pues se limitó a señalar escuetamente que la finalidad era garantizar la comparecencia de los sindicados al proceso, sin analizar las circunstancias que permitieran inferir que estos evadirían la acción de la justicia, pues como lo han señalado los precedentes jurisprudenciales referidos, la forma como se presentó el comportamiento o la envergadura del mismo no son los criterios especiales y únicos para determinar si es posible aplicar dicha restricción a la libertad individual, sino que es ineludible establecer además el nivel de arraigo en la comunidad, la gravedad del daño causado y su actitud frente al mismo o la falta de voluntad para sujetarse a la investigación, como así los establece el artículo 312 de la Ley 906 de 2004.

En virtud de lo anterior se revocará íntegramente la providencia apelada, no sin antes recordar a la funcionaria judicial que la Justicia Penal Militar no puede ser ajena a estos postulados constitucionales por el solo prurito de tratarse de delitos militares, de considerar únicamente el bien jurídico y su naturaleza para disponer una medida de aseguramiento como es la detención preventiva. A contrario sensu, debe tener en cuenta la Constitución, la ley y los precedentes jurisprudenciales, (…)". **(Rad. 157777, 18 de septiembre de 2013, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira. Tercera Sala de Decisión).**

FUERO MILITAR

Presunción de legalidad de las órdenes de operaciones

Las pruebas como factor para determinar la competencia

"(…) Como se logra inferir de su texto, de conformidad con las pruebas allegadas, corresponde a la autoridad judicial que conoce de la actuación, determinar la competencia (positiva o negativa).

Es decir, si el operador de justicia determina que no es el competente, así lo debe hacer ver con la respectiva motivación, promoviendo la colisión negativa de competencias.

Lo cierto es que para llegar a esta conclusión es imperativo referirse a las pruebas recaudadas frente a la situación fáctica.

Efectuar apreciaciones subjetivas, sin respaldo probatorio en este sentido, es desconocer las preceptivas constitucionales, legales, reglamentarias, así como los precedentes judiciales. (…).

Como se desprende de las mismas actuaciones procesales, así como de las versiones libres rendidas por los encartados, es diáfano que al momento de los hechos nada diferente a lo que reposa en el expediente se puede deducir que existe una presunción de legalidad en la misión táctica ordenada por el comandante del Batallón.

Como bien lo señaló la honorable Corte Constitucional, la relación con el servicio está cimentada en el mandato constitucional, la ley y los reglamentos. En el primer evento es prístino que la actividad principal que realizaba el personal del GRULOC 1 del Batallón de Infantería No. 40 'Coronel Luciano D'Elhuyar' estaba relacionada con una misión táctica como se indicó precedentemente, es decir, atinente a la misión constitucional que se le asigna a las Fuerzas militares en su artículo 217.

Así las cosas, para Sala es claro que corresponde al juez no solo investigar la presunta responsabilidad de los vinculados, sino también allegar, conforme al artículo 2 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999– las pruebas que permitan determinar la clase de operación, planeamiento y ejecución, el trámite para la expedición del documento, la forma como se difundió, los antecedentes para disponerla, pues no puede, como efectivamente lo esgrimen los recurrentes, tachar de falso un documento que goza de presunción de legalidad, pues no obra prueba alguna que indique que este es espurio o que quienes lo elaboraron están al margen de la ley.

El juez debe ceñirse necesariamente a las probanzas que se allegan al expediente, no puede hacer elucubraciones ni juicios, ni valoraciones sin fundamento, necesariamente su valorización debe reflejarse en las fojas.

Por esta razón debe emprender esa búsqueda en aras de establecer si las conductas tienen o no relación con el servicio, así como las normas aplicables al caso concreto, pero jamás partir de apreciaciones subjetivas.

Así las cosas, mientras no se logre demostrar que estos hechos no tienen el nexo funcional con el servicio, los mismos gozan de presunción de legalidad, en el sentido que los homicidios tuvieron su origen en dicho nexo funcional, por lo que contrario a lo señalado por el representante del Ministerio Público ante esta instancia, la competencia para conocer de este proceso es de la Justicia Penal Militar, no sin antes advertir que de surgir pruebas que conduzcan a establecer que se trató de un delito de lesa humanidad o que permitan deducir que las actuaciones rompen el nexo funcional con el servicio dada su gravedad inusitada, imperiosamente deberá remitirse a la jurisdicción penal ordinaria con los argumentos y pruebas que así lo indiquen. (…)". **(Rad. 157705, 29 de octubre de 2013, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira. Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

FUNCIONARIO DE FACTO

Soldados Regulares- Requisitos

"(…) Es evidente que, como se ha venido planteando, el soldado presuntamente atacado por vías de hecho por su superior, fungía como soldado regular sin que mediara el acto administrativo que lo diera de alta y en ese orden, debe afirmarse que se trataba de un funcionario de hecho, tesis que ha sido desarrollada a nivel de la doctrina y jurisprudencia para solucionar aquellos casos en los que a pesar de la inexistencia del acto de nombramiento, una persona funge en un cargo público, ejerciendo con apariencia de legalidad, o, cuando habiendo sido revocado o declarado nulo el nombramiento, continúa fungiendo como tal, con apariencia de legitimidad la autoridad, competencias, funciones, facultades, tareas, labores y quehaceres legalmente asignados a ese cargo, sin que medie para su ejercicio fuerza, engaño o error.

Lo que determina la condición de funcionario de hecho, es la existencia de una investidura sin haber sido nombrado con la formalidad exigida en la ley para determinada función pública, es decir, el ejercicio de facto ejecutado con apariencia de legitimidad, bajo la condición que el cargo tenga una existencia de derecho, es decir, que esté creado por la ley; que el sujeto se encuentre realmente en posesión y ejercicio del mismo; que desarrolle con apariencia de legitimidad las competencias, funciones, facultades, tareas o labores asignadas para el mismo; y que lo detente bajo apariencia de legitimidad, es decir, con la anuencia y autorización de quienes tienen la facultad de nominación y la función de controlar e impedir esta clase de irregularidades.

Desde esa óptica, es evidente que se trataba de un funcionario de hecho, pues de facto fungía como soldado regular del Ejército, con la anuencia, control e impo-

sición de la disciplina castrense por quienes tenían la competencia para su nominación, la función de controlar e impedir esta clase de irregularidades pero que por circunstancias no acreditadas dentro del proceso, de un lado, originaron y permitieron el ejercicio irregular del cargo, omitiendo emitir el acto administrativo que lo diera de alta como soldado, una vez fue entregado el conscripto por parte de la Dirección de Reclutamiento, debiendo destacar que tal cargo estaba creado dentro de las filas militares y regulado por la Ley 48 de 1993. (…)". **(Rad. 157581, 30 de agosto de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

HOMICIDIO AGRAVADO

Rebaja de pena prevista en el artículo 70 de la Ley 975 de 2005, sí procede en la jurisdicción especializada

"(…) ***(i) ¿Pueden ser destinatarios de la rebaja de pena, dispuesta en el artículo 70 de la Ley 975 de 2005, los miembros de la fuerza pública que hayan cometido delito en servicio activo y en relación con el servicio?***

A este respecto debe recordar el Colegiado que los integrantes de la fuerza pública que hayan cometido delito en servicio activo y en relación con el servicio, sí son destinatarios de la rebaja consagrada en el artículo 70 de la Ley 975 de 2005, toda vez que tras la modificación del artejo en su momento, el legislador no hizo distinción alguna al respecto. (…).

En consecuencia, se equivoca el titular del Juzgado Octavo Penal Militar, como ejecutor de pena, cuando considera, en el particular auto y oficio[53], que los miembros de la fuerza pública no pueden ser acreedores del beneficio establecido en la referida normatividad, toda vez que, como se anota, sí pueden serlo, previa observancia de presupuestos formales y materiales que dispone el legislador. (…).

Permite lo anterior, reiterar, que razón le asiste al disidente y la Procuraduría, e incluso al Juez Penal Militar encargado que resolvió el tema que hoy es objeto de apelación[54], en atención a que el artículo 70 de la Ley 975 de 2005 sí tiene aplicación para todos los condenados, sin que se haga distinción sobre su calidad, razón por la cual deviene procedente en materia penal militar, pero, correspondiendo al Juez Penal Militar contrastar la vigencia de dicho artejo con la existencia de sentencia ejecutoriada y siempre que se cumplan las exigencias requeridas por la ley. Debe recordar la Corporación que por efecto de la sentencia C-370 de 2006 el canon 70 tuvo vigencia desde su promulgación hasta la declaratoria de inexequibilidad, esto es, del 25 de julio de 2005 al 18 de mayo de 2006. (…).

53 Folio 388, auto del 06 de agosto de 2013, suscrito por el TC. Osvaldo Alfonso García Gómez, Juez 8º Penal Militar de Brigada, y oficio 787 del 06 de agosto de 2013, folio 389.

54 Folios 458 a 462.

Bajo ese entendido, es importante recordar que en su momento se aprobó una proposición aditiva al proyecto de Ley donde se incluyó el artículo 70, canon que finalmente fue ley, de tal manera que de acuerdo a su discusión en las Comisiones y a su redacción no queda duda que la voluntad del legislador no fue otra que disponer la rebaja de una décima parte de la pena impuesta para quienes, al momento de entrar en vigencia la ley y su eficacia, tuvieran la condición de condenados. A la postre la forma como fue incluido y su trámite conllevaron a la declaratoria de inexequibilidad por vicios en su trámite.

(ii) ¿Cuál es el ámbito y presupuesto para la aplicación del artejo 70 de la Ley 975 de 2005, en atención a que este canon estuvo vigente desde el 25 de julio de 2005 (fecha de entrada en vigor de la ley) hasta el 18 de mayo de 2006 (fecha en la cual fue declarado inexequible)?

En cuanto hace al ámbito de aplicación del artículo 70 y los presupuestos para emplearlo, es oportuno reiterar que la norma no hizo distinción frente al beneficiario, tampoco por la clase de delito, salvo la excepción que estableció a partir de bienes jurídicos como son los punibles que atenten contra la libertad, integridad y formación sexuales, lesa humanidad y narcotráfico; la exigencia que hace para la aplicación de la rebaja corresponde a un presupuesto de carácter objetivo, como es la verificación de sentencia ejecutoriada y que se esté cumpliendo la pena; siendo menester evocar lo que ha enseñado la jurisprudencia respecto a que las expresiones 'cumplan pena', 'pena impuesta', 'sentencias ejecutoriadas' y 'condenado', utilizadas en la redacción de la norma, no dejan duda alguna que la disminución de la sanción prevista en el artejo 70 procede únicamente para las personas que al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia de la ley, se hallaban descontando pena en virtud de una sentencia que había hecho tránsito a cosa juzgada material. Para ese momento (agosto de 2006), la jurisprudencia entendió como presupuesto para otorgar la rebaja que durante dicho lapso de vigencia se hubiese formulado la respectiva solicitud; criterio que se modificaría por la Corte Constitucional tiempo después al obviar tal requisito. (…).

Al verificar los argumentos de la decisión del Juez 8º Penal Militar, en su proveído del 17 de diciembre de 2013 y como ejecutor de pena, se evidencia la construcción de dos hipótesis procesales para otorgar la rebaja y en las cuales condicionó su negativa a conceder el beneficio, así: (i) que la investigación esté en curso, (ii) que exista sentencia ejecutoriada y consecuentemente se esté cumpliendo la pena. Estas dos suposiciones conllevan a afirmar que la primera postura del A quo se basa en un argumento equivocado, toda vez que, de una parte, se confunde lo que es la ocurrencia de los hechos con actos investigativos y procesales, y de otra, porque la rebaja no tiene aplicación en la etapa de investigación, calificación o juicio, sino hasta que se haya proferido sentencia condenatoria que esté ejecutoriada. Es allí donde se confronta el acto procesal, con la vigencia de la Ley 975/05. Advierte la Sala que el entonces soldado Gerson Henao Arboleda, fue condenado **el 13 de febrero de 2006** a la pena de 38 años, 02 meses y 25 días de prisión, por los delitos de homicidio agravado, hurto agravado y falsa alarma y que la providencia quedó en firme, el 01 de marzo siguiente, lo que permite sugerir que el segundo requisito se encuentra cumplido. (…).

(iii) ¿Pueden aplicarse, dando alcance al principio de favorabilidad, normas declaradas inconstitucionales?

Conforme a lo dispuesto por la Honorable Corte Constitucional, en el fallo que venimos refiriendo, la respuesta es sí, máxime si se tiene en cuenta que el principio de favorabilidad es una expresión de las garantías dispuestas en el artículo 29 de la Carta Política e igualmente concebida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, normatividad que se invoca por mandato del artejo 93 Superior, y respecto de la cual es dable hacer distinciones de la parte sustantiva o adjetiva. Además, porque se ha de atender lo enseñado por la Corte Constitucional referente a que el fundamento de la declaratoria de inexequibilidad se verificó fue por la estructuración de vicios en el procedimiento de formación, y no como consecuencia de contrariedad de su contenido material con las disposiciones constitucionales, lo que permite sugerir su aplicación. (…).

En este orden de ideas, desde la perspectiva formal, hay lugar a reconocer la rebaja aludida, y consecuente con ello esta Sala recoge el criterio que tuvo en las providencias del 17 de diciembre de 2008 y 26 de mayo de 2010, bajo los radicados 104847 y 121612, respectivamente, en el entendido que no se requiere el cumplimiento de tal requisito, es decir, que se haya solicitado el beneficio dentro del término de vigencia del artículo 70 de la Ley 975 de 2005. (…)". **(Rad. 157953, 15 de mayo de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

HOMICIDIO CULPOSO

Deber objetivo de cuidado. Incremento de riesgo y ausencia de heteropuesta en peligro por parte de la víctima

"(…) no resulta cierto afirmar que el fallo se basa en criterios de responsabilidad objetiva, como lo refiere el apelante, pues sin esfuerzo se advierte que en el decurso de la investigación, y particularmente la sentencia de primera instancia, los funcionarios que han tenido a cargo el proceso han valorado el incremento de riesgo y puesta en peligro. Luego, al estudio del expediente, confrontado con el memorial contentivo del recurso, ha de señalar la Sala que los argumentos del disidente no están llamados a prosperar, en virtud a que sí está probado que el agente Orozco Castro creó un peligro para el bien jurídico, desbordó el riesgo permitido, al desatender el semáforo en rojo, lo que conlleva a que tal riesgo se concretó en el resultado muerte del entonces soldado Ebrath Pineda, quien conducía prudentemente su motocicleta, esto es, sí hubo acción efectiva, que determinó la imprudencia generada, y consecuente con ello el incremento de riesgo que produjo el desvalor de acción y de resultado, que se puntualiza en el deceso ya conocido.

El incremento de riesgo y la ausencia de heteropuesta en peligro por parte de la víctima, se verifican en que la víctima no tenía el control del curso causal, al contrario, la conducta de Orozco se inserta dentro del fenómeno de la violación del deber objetivo de cuidado que le es exigible a todo conductor en el tráfico social,

basados en que se demostró que desatendió lo dispuesto en el artículo 118 del Código Nacional de Tránsito que prevé que la luz roja del semáforo *'indica detenerse, sin pisar o invadir la raíz inicial de la zona de cruce de peatones…',* deber de cuidado que no solo existe por el referente normativo en alusión, sino porque se constituye en hecho notorio que conoce hasta quien no conduce un vehículo. Por manera que la señal en rojo le indicaba el deber de detenerse y la absoluta prohibición de seguimiento, continuar significa desatender la prohibición, incrementar el deber de cuidado que le era exigible, de forma jurídicamente desaprobada, y a consecuencia de su imprudencia concretó el resultado muerte que se derivó del incremento de riesgo no permitido. (…).

Para el Colegiado no hay duda que la concreción del resultado corresponde a la conducta imprudente de Orozco Castro, quien tenía el control del curso causal de la acción; el procesado contaba con las condiciones objetivas para evitar el resultado y comportarse como un prudente conductor, pues la visibilidad, el espacio, la oportunidad y habilidad le permitían haber previsto el resultado.

No puede olvidar el apelante que el cuidado objetivo exige tener en cuenta todas las consecuencias objetivamente previsibles de la acción, previsibilidad que acompañaba al encartado, reiterando que a pesar de que el cuidado debido no está supeditado a la capacidad del sujeto agente, debe destacarse el conocimiento especial, esto es, que el enjuiciado conocía de forma particular cuál era su deber de cuidado, máxime si se tiene en cuenta que era un policial con muchos años de experiencia en la conducción de vehículos. (…)". **(Rad. 157920, 17 de septiembre de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

HOMICIDIO CULPOSO

Declaratoria de inimputabilidad compete al juez de conocimiento y no al perito

"(…) No puede olvidar el disidente que cuando se encuentra fundado que el perito no es idóneo hay otros mecanismos diferentes a la nulidad para desestimar el dictamen, por ello es que se ha afirmado que el estado de inimputabilidad es una decisión judicial, que el juez estima o desestima en la valoración integral de las probanzas y en determinados medios de prueba. En el caso en estudio si el médico psiquiatra Fabio Quintero Ujueta era o no idóneo para emitir el precitado dictamen, si la prueba es conducente, eficaz, es algo que las partes atacan a través de las técnicas propias del manejo del juicio o debate, en punto de acreditar o desacreditar el perito, y no se llega a tal conclusión a partir de declarar la nulidad de una experticia, pues como se ha anotado ello no es causal en esta etapa procesal que logre enervar el debido proceso; sin duda en su momento la valoración probatoria conllevará a que el juzgador primario estime si lo tiene o no en cuenta. (…).

De otra parte, en lo que respecta a la declaratoria de inimputabilidad del procesado la Sala insiste que dicha condición no es un concepto médico sino jurídico,

cuya declaración compete realizarla al juez atendiendo la idoneidad y mérito del conjunto de las pruebas recaudadas siguiendo las reglas de la sana crítica. Por lo que la Sala encuentra fundada, por lo perseverante con los principios de investigación integral, idoneidad, necesidad, conducencia y pertinencia de la prueba, la decisión adoptada por el juez primario al haber ordenado un nuevo dictamen orientado a que se aclare los informes periciales que rindiera el galeno Fabio Quintero Ujueta, pero, sin desatender, y en ello debe tener la prudencia y cautela el funcionario instructor y la defensa, de no llevar al especialista a que emita respuestas sobre la eventual o no responsabilidad del procesado, **no le es dable al perito pronunciarse sobre la responsabilidad**, no es correcto sugerirle este tipo de réplicas. (…)". **(Rad. 156785, 16 de diciembre de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

HOMICIDIO CULPOSO

Omisión al deber objetivo de cuidado frente a las normas que regulan el uso de armas de fuego

Se incrementa el riesgo permitido al omitir portar el cartucho de seguridad

"(…) Al desatender no solo el decálogo de seguridad para con las armas de fuego, sino también el Manual de 'preservación del personal del Ejército' que reglamenta el cartucho de seguridad denominado de la vida, Resolución 1851 de 2009 del Ejército Nacional de Colombia, en el mismo sentido, la Directiva Transitoria No. 0126 de 2005, referente a la fabricación, pruebas y análisis del cartucho de la vida, el procesado violó el deber objetivo de cuidado, puesto que al no utilizarlo, elevó el riesgo permitido, incurriendo de esta manera en el punible de Homicidio Culposo.

Hay que dejar claro que cuando se realizan actividades riesgosas, como la que nos ocupa, tal situación debe ser prudentemente administrada, lo que implica prever el peligro que no se debe desbordar cuando se trata de atender límites normativos.

De esta manera, cuando la conducta del autor incrementa la posibilidad de lesión, por no prever lo que es perfectamente previsible, como en el presente caso, el procesado al portar el arma de dotación mientras jugaba, desatendió las normas regulatorias sobre porte y uso de las armas de fuego, generando un amplio riesgo que condujo a la muerte a su compañero.

Es por esto que es obligatorio el uso del dispositivo de seguridad para todo el personal de soldados y cuadros y no hay excusa para retirarlo del arma de dotación; además que en todo caso, de haber un accidente es porque el soldado ha incumplido los pasos que hay para que un arma de fuego sea disparada, por lo que no tendrá excusa alguna para hacer algún tipo de reclamo.

Es así como el procesado no acató, no cumplió, y desatendió las normas y procedimientos establecidos, pues de haber llegado a cumplir, no hubiese tenido las consecuencias conocidas". **(…)". (Rad. 157508, 11 de noviembre de 2014, M. P.: Capitán de Navío (R) Carlos Alberto Dulce Pereira. Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

HOMICIDIO- NULIDADES

Falta de motivación.

"(…) las providencias judiciales, llámese Autos Interlocutorios, Sentencias o Resoluciones Interlocutorias como los define el artículo 333 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999–, deben responder a la claridad y precisión acerca de lo decidido, contentivas de un análisis de los supuestos fácticos con su correspondiente argumentación jurídica y probatoria de los mismos, que lleven a la aplicación o no de determinada disposición normativa; situación que comporta el soporte argumentativo de las decisiones judiciales, como en el caso de marras –resolución de la situación jurídica provisional– que las legitima y les otorga fuerza vinculante con clara manifestación del Debido Proceso, lo cual viabiliza el ejercicio del Derecho de Defensa a través del principio de Contradicción e Impugnación. (…).

En tal virtud, es indispensable entender que la debida motivación de las providencias debe ser incólume, debiendo el juzgador exponer las razones de orden probatorio y los fundamentos jurídicos en que sustenta su decisión, siempre considerando las Garantías y Derechos Fundamentales del procesado, que en el caso de marras la señora Juez 186 de Instrucción Penal Militar dado su desdén y abandono argumentativo para proferir el Auto interlocutorio del 05 de mayo de 2011 hizo nugatorio el Derecho Fundamental del Debido Proceso; por lo que por consiguiente, dicha irregularidad vicia esta actuación procesal. (…).

Así las cosas, tenemos que del examen del Auto Interlocutorio datado 05 de mayo de 2011 refulge su evidente carencia de motivación que impide desentrañar el qué o el porqué de la determinación que finalmente adopta la señora Juez 186 de Instrucción Penal Militar en la parte resolutiva de la providencia que Resolvió la Situación Jurídica provisional del aquí encartado (…)". **(Rad. 154612, 28 de noviembre de 2013, M. P.: CR. María Paulina Leguizamón Zárate, Segunda Sala de Decisión).**

IMPEDIMENTO

Se configura cuando el Juez de instancia fungió como Juez Instructor cuando haya tenido una participación trascendental en la etapa instructiva

"(…) Lo anterior significa que el Mayor SD jugó un papel relevante, significativo, pues no se está ante una actividad intrascendente en su función jurisdiccional, y por ende, que no demerite la garantía de la imparcialidad como Juez de conocimiento en estos momentos, sino que por el contrario, fuera de haber resuelto abrir investigación en el que se tiene en cuenta 'los elementos probatorios que puedan haberse aportado' (art. 467 Ley 522/99), se vinculó al Soldado Profesional CT con declaratoria de persona ausente luego de la práctica de algunas pruebas ordenadas para el esclarecimiento de los hechos. Dentro de tal etapa, tuvo el entonces Juez Instructor a bien ordenar la práctica de pruebas en las que intervino directamente, como se aprecia en la foliatura, y posteriormente al resolverse la situación jurídica provisional, no solamente con base en las pruebas practicadas se infirió la tipicidad de la conducta, que entraña la fase objetiva y la fase subjetiva de la misma, sino que se predicó que se avizoraba la no existencia de justificación alguna, y dentro de ello, que se quebrantó el bien jurídico protegido por el tipo penal. (…).

Así las cosas, le asiste razón al Mayor SD como Juez 12 de Instancia de Brigada al advertir el haber participado como Juez 85 de Instrucción Penal Militar, para que se le separe del conocimiento de la actuación, no solamente por lo que ya se ha indicado sobre su participación relevante en la etapa instructiva, sino que la estructura del proceso penal militar obliga a que en la etapa del juicio el funcionario no esté comprometido frente a la evaluación que finalmente se hará sobre la existencia de los presupuestos del artículo 396 de la Ley 522/99. En consecuencia se aceptará el impedimento y conforme a los artículos 238 y 241 de la Ley 1407 de 2010, se designará su remplazo. (…)". **(Rad. 157859, 18 de diciembre de 2013, M. P.: CN. (R) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

IMPEDIMENTOS O RECUSACIÓN- CAUSAL 4ª. Artículo 277

Haber manifestado su opinión sobre el asunto

"(…) garantizar, que el funcionario llamado a resolver el conflicto sea ajeno a cualquier interés distinto al de administrar recta justicia, de manera que su imparcialidad y ponderación no estén alterados por circunstancias externas al proceso… Los juicios u opiniones que ha realizado el juez dentro del proceso corresponden al ejercicio de sus funciones que debe cumplir… las cuales en nada inciden con la suerte o decisión final que haya de tomarse en el curso de la investigación, pues simplemente se trata de opiniones y referencias procesales que de comprobarse carecen de sustento probatorio dentro de esta investigación. Cuando se trate de impedimento o recusación por la causal 4ª artículo 277: Haber manifestado su opi-

nión sobre el asunto materia del proceso… (…) de lo que se trata es de realizar una confrontación formal entre lo expresado, manifestado o aconsejado por el funcionario judicial y la situación nueva que va a realizar respecto de la cual se considera debe sustraerse para resolver, en aras de garantizar el principio de imparcialidad (…)". **(Rad. 157703, 22 de julio de 2013, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

INSUBORDINACIÓN

Actitudes violentas como elementos del tipo

"(…) Ahora en relación con la consumación del ilícito de insubordinación, debe entenderse que esas actitudes violentas deben estar efectiva e idóneamente dirigidas a rechazar una orden o a impedir que otro la cumpla o a impedir que el superior la imparta, o a obligar al superior a impartir una orden. En este sentido, el superior es puesto en situación tal que no se puede resistir y se ve obligado a proferir una orden o se ve compelido a impartirla o se ve impedido física o moralmente para exigir su cumplimiento. También es una fuerza que puede estar dirigida a un subalterno o a un conjunto de subalternos, quienes se ven en la necesidad de incumplir una orden de un superior porque otro, a través de la fuerza, les impide obedecerla.

Es necesario sostener y reiterar, que esas actitudes violentas para efectos de la realización típica de la conducta punible de insubordinación, deben ser idóneas para someter la voluntad del superior, aspecto que debe ser analizado desde un punto de vista objetivo y ex ante y teniendo en cuenta la modalidad de la conducta empleada por el insubordinado, así como la seriedad del ataque o del constreñimiento constitutivos de una actitud violenta. (…)". **(Rad. 157822, 04 de diciembre de 2013, M. P.: CR. Ismael Enrique López Criollo, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

INVESTIGACIÓN INTEGRAL

Se afecta cuando la prueba echada de menos tiene la potencialidad de modificar o mejorar la situación del procesado

"(…) Reitérese sobre este aspecto, que si bien es cierto la pretermisión del deber de investigación integral por parte de los funcionarios judiciales es un vicio de estructura en cuanto se constituye legalmente en pilar fundamental del debido proceso ante el carácter teleológico de la investigación de establecer la verdad real de los hechos, lo cual solo se logra mediante un ejercicio imparcial y objetivo a fin de recopilar elementos de juicio necesarios para tal acreditación, también lo es que la sola y aparente ausencia de pruebas en el proceso no puede conducir necesariamente a pregonar la existencia de la afectación a la estructura del proceso, por falta de investigación integral, pues para que tales omisiones probatorias tengan

la potencialidad desquiciatoria se requiere que '…cuentan con la potencialidad de modificar radicalmente la situación del procesado o que por lo menos tiendan a mejorarla…'[55], tal como así lo irradió la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

'De lo dicho hasta ahora se desprende sin dificultad que la garantía de la plena investigación forma parte del derecho fundamental al debido proceso, de manera que su desconocimiento puede conducir a la nulidad de la actuación, siempre y cuando se establezca que las actividades probatorias omitidas cuentan con la potencialidad de modificar radicalmente la situación del procesado o que por lo menos tiendan a mejorarla[56], (…)'". **(Rad. 157735, 19 de septiembre de 2013, M. P.: TC. Noris Toloza González, Primera Sala de Decisión). Salvamento de voto: Magistrado CR. Ismael Enrique López Criollo.**

♦ ♦ ♦ ♦

LA DEVOLUCIÓN DEL PROCESO AL INSTRUCTOR PARA LA PRÁCTICA DE PRUEBAS- Artículo 553 Ley 522 de 1999

La negativa al cumplimiento de la práctica de pruebas ordenadas por el Fiscal debe corresponder a criterios de conducencia, procedencia y posibilidad probatoria

"(…) se entrevé que la actuación del indiciado no vulnera disposiciones de carácter penal, en la medida que su negativa inicial de cumplir lo ordenado por la Fiscalía, en ningún momento fue caprichosa, voluble o carente de motivación alguna, sino por el contrario se advierte la realización de la conducta bajo un juicioso análisis probatorio y jurídico.

En otras palabras, estamos frente a una discrepancia jurídica entre dos funcionarios, cada uno con criterios juiciosos y soportados doctrinal y jurisprudencialmente, no obstante, cada uno tiene como fin primordial la búsqueda de una justicia militar eficiente y efectiva, es así que la señora Fiscal insiste en el cumplimiento de su comisión, y el juez, por su parte, decide disponer dar cumplimiento a la comisión en aras de una investigación integral (…).

De manera que, el hecho de que el Juez de Instrucción Penal Militar, no dé inicialmente cumplimiento a lo ordenado por la Fiscalía Penal Militar conforme al artículo 553 del Estatuto Castrense, pueda ello considerarse una decisión manifiestamente contraria a ley, y menos que pretendiera menoscabar o lesionar el bien jurídico de la Administración Pública, pues su actuación se limitó fue a controvertir jurídicamente la comisión ordenada por el ente acusador, es decir, a discurrir que era improcedente e inconducente dichos medios probatorios o actuación procesal que se le exigía; en otros términos, ejerció la autonomía e independencia que

55 Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal, Radicado 31398 del 9 de marzo de 2010, M. P.: José Leonidas Bustos Martínez.

56 *Op. cit.*

caracteriza a los jueces en un Estado Social, Democrático y de Derecho como es Colombia (…)". **(Rad. Preliminar 179, 22 de julio de 2013, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

LA FALTA DE VERACIDAD EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTROS DE VÍVERES Y ALIMENTOS EN LOS BATALLONES

Fundamento de reproche penal en los punibles de falsedad ideológica en documento público - contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales - interés indebido en la celebración de contratos

"(…) La doctrina ha coincidido en afirmar que se constituye un documento legal aquel que contiene los siguientes elementos[57]: **i)** una declaración de voluntad, **ii)** proveniente de persona conocida o conocible, **iii)** plasmada en un soporte material, **iv)** dotada de capacidad probatoria y que **v)** se introduzca al tráfico jurídico.

Elementos que se evidencian en los contratos de suministro de carne, hueso y vísceras que hiciera el Batallón de Selva No. 49 *'Soldado J.B.S.O'* a través del señor Mayor G.L.O. en su calidad de ordenador del gasto de la citada Unidad Militar de un lado, y de otro, el proveedor, señor G.G.G. propietario del establecimiento comercial Tienda El Parlamento, ellos eran personas conocidas o conocibles, que en un soporte material formatos de *'contratos sin formalidades plenas números 746, 747, 749, 752 y 762'* querían probar dentro del trámite administrativo de presupuesto de la citada Unidad Militar que se estaba adquiriendo el suministro de los elementos *'carne, hueso y vísceras',* sin embargo, esa declaración no correspondía a la voluntad real, toda vez que aquellos insumos los obtenían en la Unidad Militar de la compra directa de ganado en pie. (…).

De otro lado se dirá sobre el documento, que este posee tres atributos, **i)** el de autenticidad que verifica su autor, **ii)** el de veracidad que implica la consonancia entre la realidad y el contenido del documento y el último, referido **iii)** al atributo de la legitimidad que implica la corporalidad del mismo. (…).

De manera que en los referidos contratos, se vulneró el atributo de la veracidad al no existir una congruencia entre el contenido del documento y la realidad, específicamente en su elemento esencial, como el objeto a contratar dentro de un contrato sin formalidades plenas, en el caso *sub judice* el objeto de la celebración de aquel acuerdo lo constituía el suministro de carne, hueso y vísceras por parte del señor GGG a través de su establecimiento comercial 'Tienda El Parlamento', sin embargo, la realidad era distinta, ya que el objeto del contrato suministro de carne, hueso y vísceras no se cumplió conforme a lo pactado entre las partes, pues de manera diferente y directa se compraba ganado en pie al señor H.J.H., convirtiendo los contratos referidos en un mero instrumento para lograr que el trámite

57 *Tribunal Superior Militar, Segunda Sala de Decisión, Rad. 153735, M. P.: TC. Fabio Enrique Araque Vargas, 31 de julio de 2012.*

presupuestal se cumpliera formalmente y se expidieran los pagos del dinero, valor que era cobrado por el titular del contrato pero inmediatamente debía reintegrar el efectivo a un tercero, pues dicho titular del contrato jamás realizó los suministros de carne, hueso y vísceras como se suscribió en los contratos tantas veces referidos. Argumento suficiente para señalar que el objeto del contrato en el caso *sub judice,* suministro de carne, hueso y vísceras, constituye un elemento esencial de los documentos objeto de examen cumpliendo así con otro de los requisitos para imputar el delito de falsedad ideológica en documento público. (…).

Se colige entonces, que los contratos 746, 747, 749, 752 y 762 en cuanto a documento público cumplen con los elementos de existencia y autenticidad, encontrando violentado el elemento de veracidad, pues el contenido esencial del mismo es contrario a la verdad, lo que hace viable predicar la tipicidad del punible de falsedad ideológica en documento público sobre los instrumentos que contienen los referidos contratos. (…).

Ahora bien, en el caso *sub judice* conforme a los argumentos referidos el punto de partida para invocar el principio de confianza no es como lo evoca la Defensa *'no es posible atribuir el resultado típico a una persona si esta ha obrado convencida de que otras no han incurrido en riesgos jurídicamente desaprobados*[58]', prudente resulta recordar que el principio de confianza lo puede invocar quien realiza la actividad conforme a los roles o riesgos permitidos y que con su actuar no haya provocado o incidido en la creación de aquellos riesgos.

El señor MY. G.L.O. no puede implorar el principio de confianza ya que dentro de su rol como ordenador del gasto de la unidad Militar, lideraba el proceso de contratación y debía vigilar que el mismo se desarrollara conforme a los procedimientos establecidos, cuando se evidencie que dichos comportamientos se realizaron conforme al procedimiento de contratación, podría invocar el oficial el principio de confianza, pero desafortunadamente es el mismo señor MY. G.L.O. quien propicia dolosamente las conductas que hoy se investigan cuando de una parte ordena plasmar en los documentos un contrato de suministro por carne, hueso y vísceras y de manera paralela sin acatar ninguna norma contractual como si se tratase de un negocio privado llega a un acuerdo con el señor HJH a quien le compró ganado en pie. Es esta la circunstancia irregular en el actuar del señor MY. G.L.O. la que a su vez le impide invocar el principio de confianza. (…).

Con las breves reflexiones esbozadas sobre el principio de confianza, no encuentra factible esta Sala de Decisión la propuesta del apelante para afirmar que el señor MY. G.L.O. en su calidad de ordenador del gasto suscribió los contratos sin formalidades plenas referidos de acuerdo a las reglas de comportamiento que le implicaban su rol de ordenador del gasto público, y surge como impedimento el hecho probado que el propio MY. G.L.O. compró ganado en pie al señor HJH y que de la citada compra de semovientes, dispuso que el proveedor de verduras señor G.G.G. propietario del establecimiento comercial Tienda El Parlamento para que cobrara el valor de unos dineros como resultado de los contratos mendaces y por

58 *Recurso de apelación doctor Fabio de Jesús Maya Angulo, C.O. 3, fl. 780.*

su conducto fuera cancelada la suma de nueve millones de pesos ($9'000.000.oo) al verdadero vendedor del ganado, tal como se observa en el acervo probatorio. (…) .

De otro lado, tampoco es viable aceptar la propuesta del daño en el punible de falsedad tal como lo plantea la defensa, pues olvida el togado cuál es el bien jurídico que protege este punible, y ha de recordarse que en el delito de falsedad ideológica en documento público la antijuridicidad material no es la pérdida del dinero sino la falta al bien jurídico tutelado de la fe pública.

Por ello resulta pertinente apoyarnos en lo afirmado por el profesor Jescheck cuando señala:

'No cabe duda de que para la antijuricidad de una acción no sólo es decisiva la voluntad de la acción, sino también lo que ha producido, pues ha de influir en la gravedad del injusto el modo en que hace aparición la voluntad contraria a Derecho y, en especial, si ha resultado lesionado o no el objeto de la acción protegida por el precepto penal (cfr. sobre esto infra, 24 III 1, 2). La norma jurídica, por tanto, no ha de concebirse solo como norma de determinación, sino al mismo tiempo también como norma de valoración: 'la norma vincula el mundo del pensar al mundo del actuar"[59].

Partiendo de la claridad realizada en anterioridad, tenemos que es la fe pública el bien jurídico protegido, que contiene un criterio subjetivo donde lo primordial es la correspondencia de lo plasmado en un documento con la realidad, sea por estar garantizado por el Estado o por el consenso común, es así, que se genera la confianza de los ciudadanos en los documentos que facilitan las relaciones de convivencia. Podría entenderse entonces, un criterio subjetivo que se refiere a la fe pública y un criterio objetivo que se refiere a la seguridad en el tráfico jurídico. (…) .

Partiendo de la concreción fáctica que se ha desarrollado tanto en la resolución de acusación como en la sentencia de primera instancia, y naturalmente la expresada en la presente decisión, existe la posibilidad que los requisitos esenciales en la elaboración de los contratos referidos pudieron haber sido vulnerados, llámese los requisitos previos, concomitantes o posteriores a la celebración de los citados contratos.

Adicional a lo anterior, se ha de rememorar, que los principios de economía, transparencia y el deber de selección objetiva constituyen un pilar fundamental en la contratación estatal que a su vez recogen el principio de legalidad que es la columna vertebral en la Administración Pública en materia de contratación, por ello, la escogencia de un contratista cedida a la arbitrariedad o discrecionalidad que naturalmente implique el desconocimiento de los mencionados principios afecta los mismos y puede abordar los terrenos del punible de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, o, inclusive, dada la situación fáctica del destino de parte de los dineros objeto de los mencionados contratos para cubrir compromisos personales, puede encontrarse en los terrenos del delito de interés indebido en la

59 *Cfr. HEINRICH JESCHECK Hans, pg. 321.*

celebración de contratos (…)". **(Rad. 149090. 29 de agosto de 2013. M. P.: CR. Fabio Enrique Araque Vargas. Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

LEGÍTIMA DEFENSA

Permanencia de la amenaza para su reconocimiento en el uso de las armas de fuego en procedimientos policiales

"(…) Asiste razón en ello al funcionario fallador pues afirmando el apelante que para el segundo disparo ya no se trataba de una agresión sino de una huida, considera esta Sala que de lo evidenciado en los elementos materia de prueba y contrario a lo argüido por quien recurre la sentencia, en el presente asunto es palmario que esas dos situaciones se dieron de manera paralela, pues es justo cuando en esa acción de fuga el hoy occiso L.F.C.M. hace el intento de desasegurar el explosivo, sin que pueda descartarse la agresión para según él un segundo momento, ni tampoco pretender deslindar la reacción a una agresión cuando se afirmó que uno y otro disparo fueron continuos, pues esta situación se corrobora con los testimonios de los uniformados Patrullero RAAG quien aseveró: *'…el patrullero P que estaba más cerca del individuo vio que iba a tirarle algo y él disparó dos veces el fusil para reducirlo', Subintendente WMG: 'el policial más próximo al sujeto era el patrullero P, quien reaccionó corriendo detrás de él, de atrás se observó que LF, llevaba en su mano derecha un trapo envuelto, instantes después hace este señor un giro y el Patrullero P, dice en voz alta, que este sujeto tiene una granada en su mano, fue allí cuando dispara en dos ocasiones causándole herida en el antebrazo izquierdo y la pierna izquierda, este cae al piso e inmediatamente el patrullero A y P lo auxilian levantándolo y llevándolo hasta el vehículo policial…',* la señora AMCM hermana del hoy fallecido LFCM de quien se anotó en el acta de inspección judicial con reconstrucción de los hechos que *'manifiesta que los dos tiros fueron seguiditos, cuando escuché el primero bajaba, y ahí mismo el segundo',* el menor RARC hijo de la señora AM que aseguró *'yo escuché dos disparos y no hubo diferencia de tiempo en esos disparos',* de nuevo el Subintendente WM quien en dicha diligencia aseveró *'seguidamente se hacen las indicaciones del segundo disparo que hubo una diferencia entre uno y el otro de uno a dos segundos*' –versión esta avalada por el perito balístico quien determinó que se ajusta a lo establecido en el protocolo de necropsia– y la señora MLM madre del fallecido LF que dijo *'sonó un disparo, ahí mismo sonó el otro, eso fue de una'* y el patrullero RAAG quien al respecto expresó '*yo vi que el muchacho tenía algo en la mano, lo vi cuando alzó las mismas, fue cuando POTTES, hizo dos tiros continuos'* y por el mismo POTTES cuando allí aseguró *'estaba en frente, él prácticamente pasó por el frente y cuando vi que iba como a desempinar una granada, le disparé dos veces',* versiones de P. y M. a las que el perito balístico da credibilidad al hacer un cotejo de estas con las lesiones encontradas en la humanidad de LFCM, descritas en el protocolo de necropsia que obra como elemento probatorio dentro de las presentes.

En razón a lo anterior, no encuentra asidero la afirmación de la apelante cuando asegura del examen que hace a la situación fáctica que no encuentra que el segundo disparo hubiera sobrevenido una reacción a una agresión, pues del dicho de P, lo que se colige es que para él la amenaza permanecía luego del primer disparo pues consideró que no había podido reducir a su agresor y esto generó el accionar de su arma por segunda vez cuando al respecto afirmó en indagatoria que *'… cuando yo observé alzó la mano como si fuera a quitar el seguro, yo disparé, le di en el brazo y como vi que el hombre no cayó disparé otra vez a la pierna, ahí el hombre cayó, nosotros corrimos a recogerlo…',* circunstancia que si bien el Juez interpretó como que en una misma escena se dieron varias situaciones de peligro que ameritaron la reacción de P., para esta Corporación es claro que se trataba de la misma agresión inicial que para el juicio momentáneo que hiciera el Patrullero PR la amenaza permanecía, tomando la decisión de accionar su arma de dotación en contra de LFC en una segunda oportunidad, siendo evidente que su fin era minar a su agresor y no causarle la muerte como también de manera errada lo sugiere la señora Fiscal 158 Penal Militar (…)". **(Rad. 157783, 18 de marzo de 2014, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

LEGITIMACIÓN PARA PROPONER COLISIÓN DE COMPETENCIA O PARA RECUSAR

Solo puede hacerlo quien tenga la condición de parte o sujeto procesal

"(…) Ahora bien, conforme a lo preceptuado en el artículo 235 de la Ley 1407 de 2010, para proponer la recusación en contra del funcionario, solo está legitimado quien ostente la condición de parte dentro del proceso y solo ante la negativa del operador judicial a declararse impedido, vale decir, no lo puede hacer quien no tenga la calidad de sujeto procesal y cuando existiendo la causal el funcionario así lo haya declarado.

Tanto en el artículo 235 de la Ley 1407 de 2010, como en los artículo 274 y 282 de la Ley 522 de 1999, el legislador se refiere a '*las partes*' para referirse a los sujetos de la relación procesal legitimados para provocar la colisión de competencia y la recusación, no obstante, en el Título Quinto, del libro tercero de la segunda norma en cita, al determinar los intervinientes en la relación procesal se refiere a '*sujetos procesales*', ello se debe a que dogmáticamente los sujetos de una relación procesal, de manera general reciben la denominación genérica de partes procesales.

Para referirnos solamente al campo procesal, debe señalarse que la capacidad para ser parte consiste en la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos y deberes procesales, de donde deviene la denominada capacidad procesal o '*legitimatio ad processum*', como la denominan algunos tratadistas[60], que no es otra cosa que la aptitud del sujeto que asume el carácter de parte procesal para ejercer

60 Juan Montero Aroca, *De la legitimación en el proceso civil,* Barcelona, Bosch, 2007.

los derechos y las facultades, así como para asumir los deberes, las cargas y las obligaciones que se generan en el proceso para concebir actos procesales válidos.

La legitimación tiene muchas acepciones, pero la que nos interesa para el caso bajo estudio es la que pertenece al plano procesal, entendida como la cualidad que se predica de las partes del litigio en relación con el objeto procesal que justifica su participación en la litis, bien sea por legitimación activa o por legitimación pasiva, que para el caso del denominado ius puniendi estatal, es decir, del derecho del Estado a perseguir e imponer penas a los autores de hechos delictivos, a pesar que en abstracto la primera de las citadas, es decir la legitimación activa pertenece al conjunto de la sociedad, no obstante, por política criminal y efectos prácticos, por disposición constitucional está asignada al Estado representado por la Fiscalía General de la Nación y los Jueces, por tanto, en ese orden, cabría hablar de legitimación pasiva en sentido propio, del imputado o procesado, en la medida en que la comisión del hecho punible justifica que a él, y solo a él, se le persiga criminalmente.

La anterior, es la única manera de salvar el problema de la legitimación procesal en materia penal, identificando la figura de legitimación activa con la de interés legítimo, de un lado por razones de relación material entre el sujeto y los derechos en cuestión y de otro, por criterios de mera política legislativa, con el fin de evitar que cualquiera pueda constituirse en parte actora dentro de un proceso con expectativas de éxito, pero sin ninguna legitimación.

En ese orden, se hace necesario distinguir entre legitimación y capacidad, aunque a veces aparecen confundidas en el lenguaje común, incluso en el lenguaje jurídico común a pesar que se trata de nociones diferentes, que designan conceptos igualmente disímiles, en tanto que la capacidad no es más que la aptitud genérica para ser titular de derechos y de deberes (*capacidad para ser parte*), y la legitimación la aptitud para poder ejercerlos válidamente en el proceso, que algunos autores denominan capacidad procesal, es decir, la manifestación en la esfera del proceso judicial de la personalidad o capacidad jurídica para obrar válidamente en relación con el fondo del asunto, por ello, la jurisprudencia se refiere a la capacidad con la expresión legitimación '*ad processum'*, y a la legitimación propiamente dicha, como legitimación '*ad causam'*. (…).

Quien sea vinculado al proceso por la presunta comisión de un delito, por ese solo hecho adquiere la condición de parte, por tanto, obtiene la capacidad procesal y la legitimación para actuar válidamente dentro del proceso, pero su defensor solo adquiere tal aptitud a partir del cumplimiento de los requisitos exigidos en la propia ley procesal, es decir, a partir de su designación como defensor por parte del procesado, conforme lo determinan los artículos 294 y 298 de la Ley 522 de 1999, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artejo 297 *ibídem* y en ese momento adquiera la condición de sujeto procesal o parte dentro del proceso y puede obrar válidamente, hasta cuando le sea revocado o sustituido el poder, en los precisos términos del artículo 301 *op. cit*. (…)". (**Rad. 157780, 30 de septiembre de 2013, M. P.: MY. (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión**).

LESIONES PERSONALES CULPOSAS

Imputación objetiva, deber objetivo de cuidado.
Uso indebido de la fuerza

"(…) Bajo este entendido es innegable y consecuentemente se ratifica que el patrullero Romero atendió el procedimiento y en desarrollo del mismo hizo uso de su arma de dotación, desatendiendo el deber objetivo de cuidado que le era exigible. Obsérvese cómo no encuentra sustento en las probanzas el argumento defensivo que pretende sugerir que uno de los seis (6) disparos que supuestamente hizo el sujeto que huía a los policiales que participaron en el operativo y que fue el que impactó en la anatomía de Cristián David Ramírez, y comprometió su integridad, pues no solo tal artificio lo desvirtúan los testimonios citados, sino también el peritaje de balística practicado a la pistola que se incautó, donde se pudo determinar que *'Realizado el estudio de estado de funcionamiento del elemento objeto de la presente experticia se estableció que se trata de un arma de fuego de fabricación* original *sus mecanismos se encuentran en malas condiciones de funcionamiento,* no apta *para efectuar disparos*'[61]. Lo que deja sin respaldo la argucia del procesado, y de suyo relevaría a la Sala de cualquier otro análisis respecto de si el delincuente que era objeto de persecución disparó o no, pues el estado del artefacto no se lo permitía. (…).

Ahora, en gracia de discusión y para dar respuesta al apelante, debe tenerse en cuenta que la versión del procesado conlleva a corroborar la conducta endilgada y su responsabilidad a título de autor culposo, lo que se otea cuando se analiza la diligencia de inspección judicial con reconstrucción de hechos, que a todas luces muestra la distancia entre los gendarmes persecutores y la persona que pretendían capturar, la cual era mínima (5.31 metros)[62], situación que conforme a las reglas de la lógica permitiría sugerir que al estar sin abrigo o protección el resultado hubiese sido cuando menos la lesión de alguno de los policiales que atendían el procedimiento; luego carece de credibilidad el argumento orientado a hacer ver que Juan Carlos Valencia Gómez *'disparó a la Loca'* o indiscriminadamente y consecuente con ello pudo haber sido uno de los proyectiles detonado por este el que le ocasionó la herida a Cristián Ramírez. Luego fácil es colegir que el único que accionó su arma de dotación en el sitio del incidente y le causó las lesiones al ciudadano que transitaba por ese lugar fue el PT. Romero Rodríguez; no cabe duda de su actuar contrario al deber de cuidado que le era exigible y la responsabilidad que le asiste. (…).

Como se ha señalado, no era esta la situación que acontecía con Romero, su integridad, su vida, o la de otra persona no estaban comprometidas, por lo que el accionar y actuar profesional del Policial, aun en las circunstancias más adversas, debe ser absolutamente prudente y respetuoso, ello lo hace un verdadero y efectivo guardián del orden; su entrenamiento capacidad de discernir, tolerar, hacer uso racional y ponderado de la fuerza, el resolver conflictos y brindar seguridad a la ciudadanía, lo distinguen y diferencian del delincuente; por manera que el uso

61 Folio 106 C. O.

62 Folio 254 C. O.

del arma fue totalmente imprudente, al punto que causó los resultados lesivos conocidos.

La conducta endilgada a título de culpa se soporta en el criterio fundamental de imputación del resultado lesivo, la que radica en el fin de protección de la norma de cuidado e implica que en el daño se refleje la realización del riesgo creado a través de la infracción de la misma, evento que generó el patrullero Romero y que se concretó en el resultado lesión al desatender el código de conducta que debió observar. Era su deber, pues tenía el conocimiento especial para determinar el peligro que se genera al disparar un arma de fuego, no al aire como lo arguye, sino en la trayectoria horizontal, *'anteroposterior de izquierda a derecha levemente ínfero superior'*[63], que impactó en su estómago a Ramírez Guerrero. (…)". **(Rad. 157828, 28 de julio de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

LESIONES PERSONALES DOLOSAS- *IN DUBIO PRO REO*

Testimonios inverosímiles y contradictorios

"(…) La Defensa opugnadora sustenta su inconformismo solicitando la aplicación del principio del In Dubio Pro Reo, manifestando para ello que obran testimonios inverosímiles y contradictorios. *'(…) si examinamos desde la misma Denuncia instaurada como las diligencias –Ratificación y Ampliación de Denuncia y Declaración– que en dos oportunidades recepcionó el Juzgado Instructor (…) e igualmente la diligencia de Ratificación y Ampliación de Queja trasladada de la Investigación Disciplinaria a la Investigación Penal, refulge que las atestaciones del denunciante son coherentes, concordantes y coincidentes en los aspectos sustanciales y mantienen en su esencia el hilo conductor de lo informado, como todo lo acontecido dentro de la cronología secuencial de los hechos, que apuntan inequívocamente a determinar que el autor de la lesiones infligidas en la integridad del señor DMPA, lo fue el señor SI. DAGL'*. (…).

Siendo este el estado del arte, nótese cómo para menguar la credibilidad de los Testimonios rendidos por los señores DMPA, JFAV y JDLC, el apelante estima de manera aislada unas pocas de las respuestas que dan los deponentes a cada uno de los interrogantes planteados por el señor Juez de Instrucción Penal Militar; pero al contrario de lo que aquí se pretende tergiversar, tenemos que al valorar estas declaraciones en su conjunto, refulge que es evidente que todas presentan como común denominador que fue la agresión infligida por el señor SI. DAGL la que produjo las lesiones en el cuerpo y la humanidad del señor DMPA, circunstancia que en momento alguno derruye el opugnador.

63 Folio 174 C. O.

Es que si bien es cierto, el Testimonio es la apreciación que cada uno ha percibido con sus sentidos de lo acontecido, sin que con ello se quiera significar que haya que darse por sentado lo vertido en las atestaciones incriminatorias arrimadas al expediente, también es cierto que en el caso *sub-examine* no puede perderse de vista que las declaraciones rendidas por los señores DMPA, JFAV y JDLC que militan en el plenario son coherentes, convergentes, congruentes, afines, concordantes y coincidentes por lo que de ellas deriva en grado de certeza el pleno valor probatorio que impacta la presunción de Inocencia que le asiste al procesado (…)." **(Rad. 157757, 28 de febrero de 2014, M. P.: BG. María Paulina Leguizamón Zárate, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

LESIONES PERSONALES CULPOSAS-MODIFICACIÓN SENTENCIA

Facultades del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad

"(…) Así las cosas, es evidente que al Juez de Primera Instancia de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad solo le es viable pronunciarse respecto a los Subrogados Penales que proceden posteriores a la ejecutoria de la sentencia condenatoria, como es el caso de la Libertad Condicional, o en el evento que el Juez de conocimiento no se haya pronunciado sobre la Condena de Ejecución Condicional, que no es el caso aquí planteado; para lo cual el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad al momento de examinar la procedencia de dicho Subrogado Penal no puede apartarse del contenido de la Sentencia condenatoria, garantizando así que los parámetros dentro de los cuales se adopta la providencia son restringidos.

Y como bien lo señala la Honorable Corte Constitucional, el juicio que le corresponde al Juez de Primera Instancia de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad solo tiene una finalidad específica, como lo es la de establecer la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario a partir del comportamiento carcelario del condenado; para lo cual su examen no se hace desde la perspectiva de la responsabilidad penal del condenado –resuelta ya en la instancia correspondiente, ante el juez de conocimiento–, sino desde la necesidad de cumplir una pena ya impuesta. (…)." **(Rad. 157527, 31 de octubre de 2013, M.P. CR. María Paulina Leguizamón Zárate, Segunda Sala de Decisión).**

LESIONES PERSONALES CULPOSAS- CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA. LIBERTAD PROBATORIA

El estado de embriaguez no solo se prueba con la alcoholemia - Existen otros medios para probarla

"(…) Respecto a la práctica de la prueba de Alcoholemia para determinar la embriaguez, se tiene que la misma no es una prueba que obligatoriamente deba realizarse, toda vez que existen otros medios de prueba mediante los cuales se puede establecer tal estado (…).

De lo analizado anteriormente tenemos, que efectivamente el señor ASD al momento del accidente que le causó las lesiones objeto de investigación, poseía signos de embriaguez, tal como lo describe el Reglamento Técnico Forense para la determinación del estado de embriaguez aguda del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (…).

En estas circunstancias, se observa que por la conducción de la motocicleta por parte del particular ASD –lesionado– en estado de ebriedad, le restringió advertir que el automotor Policial –clase camión (turbo) marca Mazda, modelo 1997, línea T-45/3500, tipo estaca, color blanco, servicio oficial adscrito a la Policía Nacional, de placa 23-133– había ganado primero la oportunidad para realizar la maniobra de girar en U que le era permitida. (…).

Para la Sala de Decisión, claro es que el lesionado fue irresponsable e imprudente desde el mismo momento en que como lo señala el Fallador Primario, el conductor del velocípedo no adoptó las medidas de protección que le eran exigibles para conducir motocicleta. (…).

Corolario de lo anterior, tenemos que el señor ASD al conducir su motocicleta bajo el influjo de bebidas embriagantes, no portar los elementos de protección que le eran exigibles, y no observar el Deber Objetivo de Cuidado que debía desplegar en la actividad de conducción de vehículos elevando el riesgo permitido, como consecuencia se produjo el accidente de este investigativo. (…)" **(Rad. 157045, 17 de diciembre de 2013, M. P.: BG. María Paulina Leguizamón Zárate, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Para su imposición debe atenderse los fines constitucionales

"(…) Como se aprecia, el texto elaborado por el Instructor es lo suficientemente confuso como para conocer cuál o cuáles de los fines se propone la medida…. Así las cosas, se extracta que el Instructor al parecer pretende con la medida los fines señalados en los numerales 1 y 3 del artículo 466 de la Ley 1407/10, pero sin que medie argumentación, excepto la de considerar que el procesado es reincidente en

este tipo de delitos por la cual se calificó provisionalmente su conducta, y que se presentó a rendir indagatoria cuatro meses después de iniciada la investigación, argumentos que ameritaran revocar a la Sala medida de aseguramiento, en virtud de la carencia de pruebas y elementos de juicio acerca de la necesidad de la injerencia de la libertad personal.

Lo anterior en cuanto como se ha pregonado por esta Corporación, en virtud al principio de integración es necesario tener en cuenta los presupuestos de que tratan los artículos 309, 310, 311 y 312 de la Ley 906 de 2004 para evaluar la procedencia de la medida (…).

Sobre este tema el Juez no hizo ninguna evaluación, y además la foliatura tampoco es indicativa de que el procesado deba estar detenido preventivamente, para proteger la prueba o practicarla, habiéndose obviado también lo relativo a la vigencia de la misma (artículo 464 Ley 1407/10).

Por otro lado, si se trata de la posibilidad de no comparecencia al proceso, y que el Juez Instructor argumenta exclusivamente en la circunstancia de que el procesado se presentó tardíamente a rendir indagatoria, téngase en cuenta que el Juez libró comisión al Juzgado 29 de Instrucción Penal Militar con sede en Montería para efecto de que le recibiera injurada, lo que se produjo el 16 de abril de 2013, y el 18 de junio siguiente el Instructor tuvo información de que el C3. BN se encontraba en la Unidad Militar en la ciudad de Popayán[64], esto es, en la sede del despacho en el cual se tramitaba la Instrucción a quien finalmente se recepcionó indagatoria el 9 de octubre de 2013. Ello significa que si se produjo la vinculación del procesado en esa última fecha fue debido precisamente a la falta de acuciosidad del Instructor, pues solamente recepcionó la diligencia tres meses y medio después.

Desde otro punto de vista, también olvidó la lectura el Instructor del artículo 310 de la Ley 906/04, porque cuando se trate de la persecución del fin *'peligro para la comunidad',* es relevante el análisis sobre la gravedad y modalidad de la conducta punible, circunstancias que no fueron examinadas, pero además su numeral cuarto se refiere a *'la existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional',* circunstancia que no aplica en este caso porque el Instructor se refirió a que en su despacho se tramitaba otra investigación contra el procesado por Abandono del servicio; es más, acusó que contra Bello Nieto *'se adelantan por lo menos dos investigaciones más penales por el delito de abandono del servicio',* pero solamente hizo alusión a una. (…)". **(Rad. 157836, 03 de diciembre de 2013, M. P.: CN. (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ, Primera Sala de Decisión).**

64 Constancia del juez instructor, folio 50.

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Para fundamentar los fines es necesario aplicar por vía de integración los artículos 309 al 312 de la Ley 906 de 2004

"(…) Por lo anterior se hace necesario precisar que la medida de aseguramiento relacionada con la injerencia de la libertad personal u otras no puede constituir un anticipado cumplimiento de la pena (…).

Por esto mismo es que resulta sin asidero que se pretenda la imposición de una medida de aseguramiento sin atenderse los fines constitucionales, sino al bien jurídico tutelado por el tipo penal, aunada a la circunstancia de que se pretenda una mayor celeridad en la instrucción, que la Sala no puede entender cómo se materializaría, y menos que la eventual pena no resulte posteriormente simbólica, puesto que en todo caso las medidas de aseguramiento deben atender a alguno o algunos de los fines constitucionales.

Lo inmediatamente anterior sería suficiente para despachar desfavorablemente la pretensión del recurso, si no fuera porque una lectura de la hasta ahora incipiente foliatura, frente a los parámetros de que tratan los artículos 309 a 312 de la Ley 906 de 2004, que por integración deben traerse al proceso penal militar, no facilitan inferir con base en la actuación que el procesado pueda ser objeto de medida de aseguramiento porque aflore la necesidad de alguno de los fines constitucionales. (…).

Por lo demás, de la actuación no afloran elementos indicativos de que se pueda imponer una medida de aseguramiento bajo las hipótesis del peligro para la comunidad o la obstrucción de la justicia. (…)". **(Rad. 157742, 04 de septiembre de 2013, M. P.: CN. (R) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EN EL PROCESO PENAL MILITAR –LEY 522 DE 1999–

Requisitos

"(…) **7.1- Requisitos de la medida de aseguramiento:** Esta Sala de Decisión ha venido reiterando la estructura de las medidas de aseguramiento y en ese orden de ideas, se recuerda, que ellas en primer término son disposiciones de naturaleza preventiva y provisional que recaen sobre las personas o bienes y no tienen el carácter sancionatorio y para su imposición se debe agotar el cumplimiento de unos

requisitos formales[65], asimismo, el cumplimiento de unos requisitos materiales o sustanciales[66].

Sin embargo, en la Jurisdicción Penal Militar, pese a que el procedimiento actual se está rituando por los caminos que señala la Ley 522 de 1999; cuando se trate de una medida de aseguramiento de detención preventiva, también se deben verificar los presupuestos que regulan los fines de la medida en cita, así la normatividad tenga vacíos al respecto, la razón de su exigibilidad surge de los preceptos constitucionales que fijan los principios para restringir el derecho a la libertad[67] y por desarrollo legal, acudiendo a los principios de integración y de favorabilidad, se han de desarrollar los contenidos de los artículos 466[68] y siguientes de la Ley 1407 de 2010, en armonía con los preceptos consagrados en los artículos 308[69] y subsiguientes de la Ley 906 de 2004.

65 *Sentencia Corte Constitucional C-805 de 2002, M. P.: Doctor Manuel José Cepeda. En cuanto al cumplimiento de los requisitos formales, en el momento de imponer una medida de aseguramiento se debe desarrollar un control de legalidad formal, en palabras de la Corte Constitucional: "…el control de legalidad de las medidas de aseguramiento constituye una garantía para la protección de dos derechos fundamentales: la libertad personal y el debido proceso (…) Cuando se examina la legalidad formal, el juez debe evaluar si se observó el debido proceso en lo que concierne a los presupuestos constitucionales y legales de la detención preventiva. Es decir: (i) Orden escrita de autoridad judicial competente, (ii) Adopción de la medida con base en las formalidades legales y (iii) Motivos previamente fundados en la ley".*

66 *Ver Tribunal Superior Militar, Rad. 157600, M. P.: CR. Fabio Enrique Araque Vargas, 11 de julio de 2013.*
"Según lo dispuesto en la Ley 522 de 1999, el contenido sustancial o material, se refiere a que se dictará una medida de aseguramiento, cuando con base en las pruebas legalmente allegadas al proceso resultare en contra del procesado por lo menos un indicio grave de responsabilidad. Es decir, se deben evaluar tres presupuestos para proferir esta providencia en tal sentido, como lo son: ***(i)*** *Las pruebas legales;* ***(ii)*** *La existencia de por lo menos un indicio grave, el cual puede resultar de un testimonio, una peritación, un documento, una confesión; y* ***(iii)*** *Que aquel indicio grave comprometa la responsabilidad del sindicado; esta responsabilidad debe ser entendida como la resultante de una conducta típica, antijurídica y culpable".*

67 *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 22188, M. P.: Doctor Alfredo Gómez, 21 de abril de 2004 "…En las anteriores condiciones, siendo el derecho a la libertad uno de aquellos de naturaleza fundamental y de consagración constitucional y que por ende se predica de todas las personas, procesadas ante cualquier jurisdicción, su afectación no podría tener un sustento diverso al que constitucionalmente se le ha señalado de acuerdo con lo transcrito, por ello, también la detención preventiva que se decrete en la Justicia Penal Militar debe someterse a los fines previstos en la Carta así en su ordenamiento específico, esto es en el Código Penal Miliar no se le haya deferido un desarrollo legal, pues en dicho evento no podría hablarse de una integración legislativa con el Ordenamiento Procesal Penal Ordinario, sino simplemente del sometimiento de la medida a las previsiones de la Constitución Política".*

68 ***Ley 1407 de 2010, Art. 466, REQUISITOS.*** *El juez penal militar de control de garantías, a petición del Fiscal Penal Militar, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el indiciado o acusado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:*
1. *Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado o acusado obstruya el debido ejercicio de la justicia.*
2. *Que el imputado o acusado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, de la víctima o de la fuerza pública.*
3. *Que resulte probable que el imputado o acusado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.*Principio del formulario

Ley 1407 de 2010, Art. 468. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD*. Cuando se proceda por delitos cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o por delitos querellables, o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley no exceda de dos (2) años, satisfechos los requisitos sustanciales y de necesidad de la medida, se podrá imponer una o varias de las medidas señaladas, siempre y cuando sean razonables y proporcionadas para el cumplimiento de las finalidades previstas.*

69 ***Ley 906 de 2004, Art. 308. REQUISITOS****. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:*
1. *Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.*
2. *Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.*
3. *Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.*

Ley 906 de 2004, Art. 309. OBSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA. *Se entenderá que la imposición de la medida de aseguramiento es indispensable para evitar la obstrucción de la justicia, cuando existan motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba; o se considere que inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o cuando impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación.*

Ley 906 de 2004, Art. 310. PELIGRO PARA LA COMUNIDAD. *Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad del hecho y la pena imponible, deberán tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:*
1. *La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.*
2. *El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.*
3. *El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.*

El panorama normativo anterior nos lleva a señalar entonces, que para la imposición de una medida de aseguramiento se deben abordar tres temas generales, el primero de ellos se trata de uno objetivo, entendido este como la verificación de los casos en que la ley[70] señala que procede la detención preventiva, es decir, **i)** cuando el delito tenga pena prevista de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años de prisión, o **ii)** cuando el delito atente contra el servicio o la disciplina, o **iii)**cuando se haya realizado captura en flagrancia por delito culposo o preterintencional que tenga pena de prisión; o también incluso **iv)** en aquellos casos en que el procesado se abstenga de otorgar caución prendaria o juratoria dentro de los tres días siguientes.

Un segundo elemento a tener en cuenta es constatar la existencia probatoria que permita construir un indicio grave de responsabilidad sobre la autoría o participación de aquel sujeto a quien se le imputa la comisión del delito[71].

El tercero y último plantea la necesidad o finalidad que se persigue con la medida de aseguramiento privativa de la libertad, es decir, cuál es el propósito de la imposición de la medida y para ello, el legislador estableció unos criterios que evitan la arbitrariedad o la especulación, esas pautas se concretan en i) buscar que el imputado pueda transformar o desfigurar el recaudo probatorio o dificulte este último ejercicio por parte del investigador; también la privación de la libertad ii) busca evitar nuevas y futuras agresiones a los intereses de la comunidad, de la víctima o de la fuerza pública y por último, el legislador estableció el criterio que señala iii) que la restricción de la libertad tendría el propósito de asegurar la comparecencia del imputado al proceso y garantizar al mismo tiempo la ejecución de la pena en caso de una sentencia de carácter condenatorio. (…)". (**Rad. 157964, 12 de junio de 2014, M. P.: CR. Fabio Enrique Araque Vargas, Segunda Sala de Decisión**).

---

4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.

Ley 906 de 2004, Art. 311. PELIGRO PARA LA VÍCTIMA. *Se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentar contra ella, su familia o sus bienes.*

Ley 906 de 2004, Art. 312. NO COMPARECENCIA. *Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, además de la modalidad y gravedad del hecho y de la pena imponible se tendrá en cuenta:*

1. *La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.*
2. *La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este.*
3. *El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena.*

70 ***Ley 1407 de 2010, Art. 467. PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA****. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo anterior, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:*

1. *Cuando se trate de delitos que atenten contra la disciplina, el servicio, cualquiera sea la sanción privativa de la libertad.*
2. *En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de dos (2) años.*
3. *Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión.*

Ley 522 de 1999, Art. 529. DETENCIÓN PREVENTIVA: *La detención preventiva procede en los siguientes casos:*

1. *Cuando se proceda por delitos que tengan prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos (2) años.*
2. *Cuando se trate de delitos que atenten contra el servicio o la disciplina, cualquiera que sea la sanción privativa de la libertad.*
3. *Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión.*
4. *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, o cuando incumpla alguna de las obligaciones establecidas en el acta de caución, caso en el cual perderá también la caución prendaria que hubiere prestado.*

71 ***Ley 522 de 1999, Art. 522 MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO Y REQUISITOS SUSTANCIALES.*** *Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra el procesado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.*

Ley 522 de 1999, Art. 523. REQUISITOS FORMALES. *Las medidas de aseguramiento se dictarán en virtud de auto interlocutorio en que se exprese:*

1. *Los hechos que se investigan, su calificación provisional y la pena correspondiente.*
2. *Los elementos probatorios sobre la existencia del hecho y de la probable responsabilidad como autor o partícipe.*
3. *Las razones por las cuales no se comparten los alegatos de los sujetos procesales.*

NEXO CAUSAL

Presupuestos: naturalístico y normativo

"(…) Ha de advertirse inicialmente que el nexo causal o relación de causalidad, en sentido amplio, es la correspondencia que debe existir entre la acción y el resultado, que permite afirmar que aquel ha sido consecuencia directa de esta, respecto a la cual se han formulado diversos planteamientos filosóficos, i) la teoría de la equivalencia de las condiciones, que ha acuñado dos fórmulas, *'la teoría de la condición'* (*conditio sine qua non*) y *'la condición adecuada a las leyes'*; ii) la teoría de la causalidad adecuada o de la adecuación; iii) la teoría de la relevancia o de la causalidad jurídicamente relevante; corrientes de pensamiento de las que no se hace necesario extender su estudio para el caso concreto.

Las anteriores teorías han sido traídas a la doctrina y jurisprudencia interna, a partir de la preceptiva contenida en el artículo 9 del Código Penal, en cuanto señala que la causalidad por sí sola no basta para imputar el resultado, es por ello que debe precisarse que, para atribuir un resultado a una persona como producto de su acción u omisión, se hace necesario establecer si el mismo emerge de la conducta ejecutada, de tal suerte que se pueda afirmar que existe un vínculo entre aquel y esta, no solamente desde el punto de vista naturalístico sino jurídico, es decir, se requieren dos presupuestos, uno de orden lógico o meramente naturalístico –la causalidad– y otro, normativo. (…)". **(Rad. 157514, 29 de julio de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

NULIDAD

Con base en el principio de trascendencia, la irregularidad debe ocasionar afectación en las garantías del proceso penal

"(…) Pese a lo anterior, esto es, el reconocimiento de que se produjo una irregularidad, en este estado de la investigación, apenas primigenia, en el recurso nada se aludió a que tal irregularidad hubiera afectado en concreto las garantías del procesado, o lo que es lo mismo, en qué se materializó esa limitación que hubiere incidido en la decisión de auto inhibitorio o apertura de investigación. En este sentido el memorial del recurrente lamentó que el Auxiliar UP no hubiere rendido versión libre y con ello no poder ejercer el derecho de contradicción, pero nada en particular sobre la incidencia que hubiere tenido en la decisión de apertura de investigación y el estado actual de la misma.

Por ello es válido ahora citar lo expresado por Néstor Armando Novoa Velásquez en su obra "Nulidades en el Procedimiento Penal- Actos procesales Acto Prueba", en los términos siguientes:

'Corolario de lo anterior es que frente al principio de trascendencia, no basta que se demuestre la existencia de una irregularidad, fundada en la simple compa-

ración del tipo procesal que indica las formalidades de un acto en particular (testimonio, reconocimiento en fila, indagatoria, derecho de defensa, debido proceso, etc.), con el ejecutado procesalmente, pues alcanzaría la sola comparación entre el deber ser para concluir en nulidad, si así fuera, estructurar las invalidez sería tarea sumamente sencilla, bastaría cotejar las exigencias de la ley frente al caso, para demostrar que si no se cumplieron todas o algunas, o que lo fueron de manera irregular, el proceso es inválido, como cuando la ley exige para el reconocimiento en fila la presencia de seis personas semejantes, y en la situación particular el fiscal realizó la diligencia con cuatro individuos.

El principio exige a más de la irregularidad, que se conculquen de manera efectiva el debido proceso y/o derecho de defensa y que si se trata de nulidades saneables, la parte afectada demuestre la irregularidad y los efectos que produce, afectando las garantías de los sujetos procesales, o desconociendo las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento'[72].

Con lo inmediatamente anterior se quiere significar que no se trata de una alegación genérica de un perjuicio o irregularidad, sino que para que la petición de nulidad pueda evaluarse, debe señalarse el concreto perjuicio que la irregularidad haya ocasionado, en punto al proceso, de tal forma que se evidencie el menoscabo de las garantías procesales, al derecho de defensa o la estructura del proceso. (…)". **(Rad. 157727, 30 de julio de 2013, M.P. CN. (R) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

NULIDAD

Falta de motivación de la decisión - Cuando se omite valorar los medios de prueba con criterios objetivos, racionales y serios

"(…) Como ya se dijo y se destacó, el anterior fue el único y principal argumento que tuvo en cuenta la funcionaria para tomar la decisión que hoy se le censura, de cuyos apartes se aprecia sin mayor dificultad que la argumentación adolece de una debida motivación, comoquiera que la servidora arribó a conclusiones amparada en el decir *'de algunas declaraciones'*, pero no indicó cuáles eran los testimonios que analizados y valorados, con racionalidad, le permitían llegar a las convicciones plasmadas en su determinación, impidiendo de esa manera que la parte inconforme conozca *'el fundamento racional de la crítica probatoria',* y por contera, afectando el principio de publicidad de la prueba, en una decisión que puede rayar con la arbitrariedad[73].

72 Pág. 1071, tomo II, cuarta edición, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, año 2010.

73 Corte Constitucional – Sentencia T-442 de 1994. "(…) si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (…), dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables. No se adecua a este desideratum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente" (destacado nuestro).

Esta irregularidad, por demás atentatoria de los derechos y garantías de los sujetos procesales, no tiene camino distinto para ser superada, se insiste, que por la vía de la anulación del acto procesal que la origina, comoquiera que la evidente falta o ausencia de una debida motivación de la determinación, a más de constituirse en una irregularidad sustancial que afecta el Debido Proceso, socava también el derecho de defensa, por las razones que atrás se anotaron.

En punto de la ausencia de motivación de las decisiones judiciales, es imperioso evocar las directrices que la Corte Constitucional ha irradiado sobre el tema:

'4. Breve caracterización del defecto ausencia de motivación

4.1. La motivación de los fallos judiciales es un deber de los jueces y un derecho fundamental de los ciudadanos, como posición jurídica concreta derivada del debido proceso. Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso (T-247/06, T-302/08, T-868/09).

4.2. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. La incidencia de los derechos fundamentales en todas las áreas del derecho y la obligación de los jueces y operadores jurídicos de aplicar las reglas legales y/o reglamentarias solo en la medida en que sean conformes con la Carta Política (aspectos conocidos en la doctrina constitucional como efecto irradiación, interpretación conforme y carácter normativo de la Constitución) exigen del juez un ejercicio interpretativo calificado que dé cuenta del ajuste entre su interpretación y los mandatos superiores, y que le permita, mediante el despliegue de una argumentación que tome en cuenta todos los factores relevantes, administrar el pluralismo de los principios constitucionales.

4.3. Desde el punto de vista de la determinación de los hechos, la íntima convicción del juez como medio para la fijación de la hipótesis fáctica, o la posibilidad de que el legislador defina previamente el valor de cada prueba, se ha visto desplazada de forma casi absoluta, en los actuales estados constitucionales, por la sana crítica y la valoración basada en la persuasión crítica y racional del juez (C-202/06), lo que supone similares exigencias argumentativas a las ya expuestas sobre la interpretación de las normas.

4.4. Dado que el juez debe pronunciarse sobre hechos del pasado, a los que no puede acceder directamente, su tarea consiste en exponer cómo, mediante el uso de reglas de la experiencia, puede inferir la existencia de hechos pasados a partir de determinados hechos presentes recaudados mediante las vías legales de decreto y práctica de pruebas.

La comprensión del razonamiento en materia de hechos como uno de carácter primordialmente inductivo, dirigido más a fortalecer la probabilidad de una

hipótesis que a lograr la certeza sobre esta, la importancia de la pluralidad de medios de prueba para fortalecer tales hipótesis, el análisis individual de cada medio de convicción y el posterior análisis conjunto de las pruebas, la fuerza de las reglas de la experiencia (generalizaciones de hechos previamente observados) utilizadas por el juez, son las herramientas con las que cuenta y a las que debe recurrir el juez para fundar su premisa fáctica (C-202/05, T-589/10, T-1015/l0).

4.5. La Corte Constitucional ha efectuado importantes avances en determinar los estándares de racionalidad y razonabilidad que exige la determinación de los hechos del caso y ha explicado cómo el deber de motivación no se agota en una exposición sobre la interpretación de las normas jurídicas, sino que involucra también la explicación de ese paso entre pruebas y hechos, a través de la sana crítica, la aplicación de reglas de inferencia plausibles, y los criterios de escogencia entre hipótesis de hecho alternativas. (Ibídem). (Subrayado nuestro).

4.6. La motivación, por todo lo expuesto, es un derecho constitucional derivado, a su vez, del derecho genérico al debido proceso. Esto se explica porque solo mediante la motivación pueden excluirse decisiones arbitrarias por parte de los poderes públicos, y porque solo cuando la persona conoce las razones de una decisión puede controvertirla y ejercer así su derecho de defensa. En el caso de los jueces de última instancia, la motivación es, también, su fuente de legitimación democrática, y el control ciudadano se convierte en un valioso medio para corregir posturas adoptadas en el pasado y eventualmente injustas o poco adecuadas para nuevas circunstancias jurídicas y sociales'[74]. (…)" **(Rad. 157548, 14 de agosto de 2013, M. P.: TC. Noris Toloza González, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

NULIDAD

Procede su decreto por irregular vinculación mediante declaratoria de persona ausente

"(…) Fuera el caso proceder a resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor defensor del Soldado Regular SLF, quien fuera condenado por Deserción el pasado 18 de julio, si no fuera porque aflora una causal de nulidad que afecta el debido proceso, específicamente las formas propias del procedimiento, que están vinculadas con el derecho de defensa material. Se trata específicamente de la vinculación del procesado mediante declaratoria de persona ausente, forma de vinculación subsidiaria, pero que en el presente caso ocurrió sin haberse agotado las diligencias necesarias para su localización y vinculación inicialmente con indagatoria. (…).

Más recientemente la Corte Suprema de Justicia advirtió que la vinculación del procesado como persona ausente requiere que los funcionarios encargados hayan usado todos los datos disponibles en el expediente para localizarlo, y precisó que la

74 Corte Constitucional sentencia T-214 de 2012 – M. P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

declaración de ausencia está condicionada a que a través de la orden de captura se haya buscado la comparecencia del procesado para rendir indagatoria.

Entonces es evidente que la vinculación mediante declaratoria de persona ausente no es un hecho que puede realizarse al arbitrio del Juez, sino que un acto que requiere el cumplimiento estricto de los requisitos, agotándose cada uno de ellos en forma diligente y útil. (…).

Por si fuera poco, la dirección suministrada orden de captura No. 037, respecto de la cual se desconoce a qué autoridad se le remitió, se consignó como lugar de residencia del hoy procesado, simplemente 'vereda Corosal' del municipio de Neiva, sin haberse esperado y exigido respuesta de las autoridades sobre las gestiones que se hubieren hecho para localizar a Serrato Lozada. Por ello mismo, sin más e inargumentadamente, la providencia del 11 de octubre de 2012 en la que se hizo la declaratoria de persona ausente, se limita a consignar la no comparecencia del procesado y el haberse surtido el edicto emplazatorio, pero sin detenerse a evaluar si las diligencias hechas eran las eficaces y suficientes con miras a agotar los medios para que el soldado tuviera conocimiento de que debía rendir indagatoria dentro de la investigación que se había abierto en su contra por Deserción. (…)". **(Rad. 157768, 17 de septiembre de 2013, M. P.: CN. (R) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO CULPOSO

Culpa de un tercero

"(…) Para esta Sala de Decisión, lo que quiere significar el ilustre Togado es que la pérdida del arma de fuego de dotación oficial –tipo revólver calibre 38 largo, marca Ruger, N° 15866017– del señor PT. MGA, de las instalaciones del Congreso de la República –concretamente del sanitario del segundo sótano–, lo fue por el hurto de un tercero y con ello eliminar la responsabilidad de su apadrinado (…).

En consecuencia, basta con observar el alcance de la posición de garante que ostentaba el procesado –señor PT. MGA– decantada en precedencia, que aunada a que de las probanzas arrimadas al expediente refulge que no portaba el arma de dotación con el debido celo, cuidado y diligencia, es por ello que aparece demostrado que por su descuido sobre la custodia del arma de dotación oficial se originó la pérdida de la misma. (…).

Consecuentemente con lo anterior, el enjuiciado –señor PT. MGA– con su comportamiento creó fue un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el Riesgo Permitido, el cual se realizó en el resultado concreto; y por ello, precisamente responde por un delito a título de culpa. (…).

Por otra parte, si bien es cierto que dentro de la teoría de la Equivalencia de las Condiciones, en lo que respecta a la producción del resultado Típico, tan primordial

es para este, tanto la acción imprudente del sujeto que favorece o crea las condiciones para el actuar doloso de un tercero, como la conducta dolosa del tercero que intervino de último en el curso causal y materializó el tipo penal, en igualdad de valoración solo aceptada bajo este esquema; también es cierto que en ese contexto, resulta reprochable el comportamiento del señor PT. MGA, al ser considerada su conducta causal naturalística donde el tercero doloso no interrumpe ese curso causal naturalístico. (…)". **(Rad. 157010, 11 de julio de 2013, M.P.: CR. María Paulina Leguizamón Zárate, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO CULPOSO

Deber objetivo de cuidado. Desatención de deberes funcionales

"(…) Sea lo primero recordar que para la configuración del delito de peculado culposo, se requiere que el sujeto activo de la conducta tenga la disponibilidad jurídica o material de determinado bien que recibe o accede en administración o custodia, identificándose como calidad del autor la condición de servidor público, quien producto de su negligencia, incuria, inobservancia de reglamentos, falta de atención, permite que los bienes puestos bajo su cuidado se extravíen, pierdan o deterioren de manera total o parcial. Siendo la culpa el factor determinante en la degradación, deterioro o pérdida de los bienes objeto de custodia por parte del funcionario. (…).

Sin duda el cuidado, control y verificación del armamento estaba a cargo del SI. Pacaya, resultando equivocado el argumento pregonado por la Defensa, respecto a que su defendido no tenía la capacidad suficiente, ni disponibilidad de tiempo para desempeñar el cargo de almacenista de armamento, toda vez que sí se encuentran demostrados los elementos objetivos y subjetivos del injusto endilgado; máxime cuando se trataba de un miembro de la fuerza pública en servicio activo, destinado al Departamento de Policía Amazonas, con ámbitos de competencia y funciones precisas, para lo cual fue entrenado al conocer en su carrera los manuales y reglamentos de la Policía Nacional. Insistimos, su imprudencia, se expresa en la desatención de deberes funcionales, lo que generó un riesgo jurídicamente desaprobado, que se concreta en el resultado pérdida.

Expuesto lo anterior, concluimos que el gendarme enjuiciado debió cumplir con el deber de custodia y cuidado del bien que le eran exigidos en razón del cargo y funciones desempeñadas, tal cual lo hace el militar o policial promedio, que ha sido designado en un cargo para el cual se le ha capacitado, conocimiento que se deriva de sus estudios en las Escuelas de Formación y experiencia adquirida, pues no se trataba de un auxiliar de policía sino de un subintendente, inferencia que de manera alguna sugiere facilismo, como erradamente lo concibe la Defensa, sino de una visión real, objetiva y lógica en la dinámica del profesional de policía. Lo que muestran las probanzas es que el SI. Pacaya desatendió el deber de cuidado, custodia, control y vigilancia que le eran exigibles.

Conforme a los anteriores lineamientos, tenemos que el SI. Pacaya dejó de actuar como lo haría un policial prudente y diligente puesto en idénticas condiciones, esta falta de control sobre las actividades legalmente encomendadas, sobre los elementos a cargo llevó a que el Institucional creara un riesgo que se concreta en el resultado pérdida y que consiguientemente estructura el cargo de Peculado Culposo, máxime cuando se estableció que pasaron más de tres meses desde el día en que se recibió por última vez el revólver en el almacén y solo hasta que se detecta su pérdida es que decide revistar dicho depósito, obviando con ello lo dispuesto en los reglamentos y directivas de armamento de la Policía Nacional, omitiendo ser cauteloso con la custodia de este tipo de elementos y consecuente con ello dando lugar al extravío de los mismos por no controlar debidamente la oportunidad para que esta se produjera, permitiendo que terceras personas se apropiaran de lo que el funcionario negligente dejó a merced de otros individuos.

La conducta esperada del SI. Pacaya Silvano como almacenista, era que al menos todos los días se verificara qué armamento se entregaba y recibía, sobre todo que el revólver extraviado tenía una rotación diaria, como se evidencia en los registros de la minuta de control de armamento y de servicio[75], por lo que refulge la falta de una continua revisión en el material, situación aprovechada por la gente amiga de lo ajeno para el hurto de los bienes; derivándose entonces, como lo hemos venido anotando, el nexo causal entre la conducta asumida por el policial y el resultado pérdida, que manifiesta no avizorar el impugnante en la investigación.

Respecto de la ausencia de antijuridicidad material reclamada por el impugnante, entendida como la efectiva puesta en peligro o lesión del bien jurídicamente tutelado, es preciso recordar al defensor que en el juicio de imputación y responsabilidad debe tenerse en cuenta tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado. No puede olvidar que si bien es cierto la norma penal en Colombia se inspira en postulados de normas objetivas de valoración y subjetivas de determinación, no lo es menos que prevalece o identifica nuestro programa penal las objetivas de valoración, sin que tal afirmación sugiera la negación de las subjetivas de determinación, siendo necesario en unas y otras la preexistencia del bien jurídico que las tutela, y a partir de las cuales debe el funcionario judicial penal militar establecer lo valioso o disvalioso de la conducta, de cara al aludido y prevalente bien jurídico tutelado, que para este caso es la Administración Pública. Esto es, al componerse el injusto de tipo objetivo y tipo subjetivo, no basta por sí solo el desvalor de acción expresado en el tipo objetivo para formular un juicio de responsabilidad, sino que se requiere la verificación de la afectación del bien jurídico tutelado, es decir, el desvalor de resultado.

Sabido que el desvalor de acción es apenas cofundamentador del injusto, razón por la cual los motivos o circunstancias meramente fácticas solo constituyen la tipicidad objetiva, por lo que mal hace la defensa al considerar que el estado de los bienes sobre los que recayó la acción es el presupuesto que determina, en su entender, la infundada responsabilidad del procesado, pues desatiende la verificación del desvalor de resultado, que se efectiviza cuando se afectan los bienes del Estado

75 Folios 255 y ss. C. O. 2.

y de suyo el buen nombre de la Administración Pública; por ello ha reiterado la Sala que la sola realización de conducta, entendida si se quiere en su concepción ontológica, por sí sola no es presupuesto suficiente para formular un juicio de imputación, menos aún juicio de responsabilidad; es necesario verificar la violación del deber objetivo de cuidado y su trascendencia en el ámbito normativo, establecer la creación del riesgo y su concreción en el resultado lesivo, esto es, la afectación del bien jurídico. Postulados que fueron objeto de análisis tanto por el Juzgador primario como en esta alzada.

De igual forma, y para ahondar en razones, debe recordarse que el Peculado Culposo no se sanciona por la sola visión naturalística de lo que es el extravío, la pérdida, o del daño del bien que pertenece al Estado, sino por el hecho de que tal elemento haya sufrido esa mengua total o parcial, permanente o transitoria, a causa de un obrar imprudente o negligente desplegado por el servidor público que lo tenía a su cargo y que con ello comprometió el buen nombre de la Administración, pues la norma busca la protección del ejercicio de la gestión pública y sanciona toda conducta que reprima el cabal desempeño de este deber. (…)". **(Rad. 157924, 31 de julio de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO CULPOSO

Encargo por traspaso de funciones

"(…) Por consiguiente, de conformidad a la prueba documental y testimonial que milita en el plenario es incuestionable que el señor MY. PRRC para el día de los hechos –03 de abril de 2011– se encontraba en actos del Servicio, disputando un partido de fútbol en un campeonato de este deporte organizado en el municipio de Madrid (departamento de Cundinamarca), cumpliendo tal actividad en representación de la Unidad Militar de la cual era orgánico –Comando Aéreo de Mantenimiento (Caman)– y por ende de la Fuerza Aérea Colombiana, cuando en desarrollo de la misma (…) se le perdió un maletín de su propiedad en el que había guardado el material de guerra y comunicaciones a él asignado, (…) como también la pérdida de un teléfono Avantel que le había sido entregado para desempeñar la función de Comandante Encargado de Seguridad y Defensa de Bases Aéreas N° 9 –GRUSE9–.

Ello porque para el día de los hechos, el señor MY. PRRC en su condición de Oficial de la Fuerza Aérea Colombiana, (…) además de su participación en el partido de fútbol (…), se encontraba como Comandante Encargado del Grupo de Seguridad y Defensa de Bases Aéreas N° 9 –GRUSE 9–, encargo que tenía toda la fuerza vinculante del traspaso de funciones y atribuciones de mando y administrativas, como bien lo prevé lo estatuido en el artículo 85 del Decreto 1790 de 2000. (…).

(…) las cuales debía desempeñar con todas las obligaciones y deberes que demanda la función pública, para lo cual tenía a su cargo y bajo su responsabilidad todo el material de dotación a él asignado como también los elementos para su

tenencia por el encargo transitorio que ejercía como comandante encargado, elementos todos fundamentales para el servicio. (…)". **(Rad. 157869, 28 de marzo de 2014, M. P.: BG. María Paulina Leguizamón Zárate, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO CULPOSO
DEBER DE TASAR PERJUICIOS SOLICITADOS POR LA PARTE CIVIL

Es obligación del juez pronunciarse sobre los perjuicios ocasionados por el delito

"(…) Los artículos 106 y 107 de la Ley 522 de 1999, en concordancia con el 2341 del Código Civil, establecen que el hecho punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan, daño ocasionado en el presente evento al patrimonio estatal, sin que deba olvidar el operador judicial el rol que cumple la parte civil dentro del proceso penal y en particular de las víctimas.

Se ha de precisar según lo expuesto por la Corte Constitucional que el derecho de las víctimas a acceder al proceso penal, en particular a la indemnización de perjuicios, es una manifestación de los derechos de justicia e igualdad, y constituye una expresión de los deberes constitucionales del Estado.

Pues el delito como hecho típico, antijurídico y culpable genera un daño público que se materializa en el desconocimiento de aquellas normas que han sido impuestas por el legislador para mantener las condiciones de existencia, conservación y desarrollo de la sociedad, y un daño privado en cuanto afecta el patrimonio de una o varias personas, es por esto que la indemnización de perjuicios es una protección de las víctimas y testigos y el restablecimiento pleno de los derechos que hayan resultado quebrantados por la actividad delictiva; los cuales, a su vez, tienen asiento en los principios generales de economía procesal y eficacia jurídica.

En torno a la responsabilidad civil derivada de un hecho punible, la Corte Constitucional ha precisado que el juez debe tasar los perjuicios dentro de la sentencia condenatoria, excepto cuando el ofendido haya promovido en forma independiente la acción civil". **(…)". (Rad. 157849, 02 de septiembre de 2014, M. P.: Capitán de Navío (R) Carlos Alberto Dulce Pereira. Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO CULPOSO

Precisión y procedencia efectiva de la rebaja de pena por pago del precio del bien perdido

"(…) El pago total del valor del bien perdido genera la rebaja de una tercera parte de la pena impuesta al procesado, conforme lo prevé el artículo 401 del Có-

digo Penal (…) La filosofía que inspira la norma en cita es la de tratar de disminuir al máximo el perjuicio ocasionado al tesoro público, detrimento que como atinadamente lo expresa el apelante se resarció con el pago del precio dispuesto para el objeto material, un revólver Smith & Wesson calibre 38L, con su respectiva munición (6 cartuchos); lo que realmente ocurre y se verifica con el fallo administrativo[76], a través del cual se da fe de la cancelación efectuada por el referido procesado y se corrobora con la consignación[77] que realizó en el Banco BBVA, a favor de la Policía Nacional. (…).

Asimismo, se estableció que el precio fiscal[78] de los bienes extraviados corresponde a la precitada suma de dinero, valor que el condenado ya reintegró, y conforme las voces del artejo 401 del Código Penal, si la devolución se efectúa antes de dictarse sentencia de segunda instancia, como aquí acontece, la pena se disminuirá en una tercera parte. (…)" **(Rad. 158078, 16 de febrero de 2015, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO CULPOSO

Vulneración efectiva del bien jurídico - También se entiende cuando se defrauda el deber de lealtad, probidad y fidelidad del funcionario hacia la Administración

"(…) No está por demás agregar en punto de la efectiva vulneración del bien jurídico tutelado a través del tipo penal de peculado culposo, que como se ha visto, al parecer actualizó el procesado a través de su conducta, que este no solo comprende el patrimonio económico, sino que también lo constituyen la lealtad, probidad, fidelidad del funcionario hacia la Administración, así como la debida organización, estructura y correcta dinámica de esta[79], tema sobre el cual abundante ha sido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, veamos:

'…no se restringe, como suele entenderse, a los intereses económicos o a la salvaguarda del erario; tampoco se orienta hacia la protección de la integridad de los órganos administrativos ni de la relación jerarquizada de poder entre ellos; lo que se protege es la correcta función pública de administrar, como medio para avanzar hacia el logro de los fines especiales del Estado. Correlativamente, se sanciona la falta de celo y de cuidado que exhibe el funcionario en el ejercicio de un cargo público, cuando dicho empleo lleva ínsita una relación jurídica con los bienes del Estado o de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, y precisamente, por causa de su negligencia se extravían, pierden o dañan'[80]. (…)".

76 Folios 478 a 485 C. O.

77 Folio 448 C. O.

78 Folio 282 C. O.

79 Cfr., C. S. J. Sala de Casación Penal, sentencia de 16 de febrero de 2005, Radicado 20494.

80 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 18 de julio de 2001, Radicación 17089. Citado en el fallo 18029, del 05 de noviembre de 2008.

(Rad. 157567, 23 de octubre de 2013, M. P.: TC. Noris Toloza González, Primera Sala de Decisión). Con aclaración de voto, Magistrado CN. (R) Jorge Iván Oviedo Pérez.

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO POR APROPIACIÓN

Ilegalidad probatoria

"(…) Estiman los apelantes que existe una ilegalidad probatoria respecto al acta de revista al depósito de armamento, una vez sucedidos los hechos, y que mal llama allanamiento la defensa, pues olvida que esta fue ordenada por el comandante del Batallón, lo que está dentro de su ámbito de competencia y funciones en una instalación militar, y no puede ser comparada con un instituto de connotación jurídica absolutamente diferente, como es el *'allanamiento'*, pues en casos como el que nos ocupa no se está quebrantando el derecho a la intimidad, luego una revista ordenada por un comandante de Batallón o Compañía no resulta contraria a la ley, menos aún para el comandante de la compañía de ASPC, en este caso el capitán Torres Urrutia, pues, insistimos, está dentro de su lícita acción de comando y se encuentra reglamentada en los Manuales de Estado Mayor, Plana Mayor, Unidades Tácticas, etc.

Ahora, no puede perderse de vista que el comandante en los diferentes niveles imparte órdenes y supervisa su acatamiento, vela por el bienestar de los hombres y por el cumplimiento de la misión, responde por la administración de la unidad y su buen funcionamiento, por el uso adecuado del material de guerra e intendencia; en consecuencia, ordenar una revista inmediata, dada la gravedad de los hechos y la ausencia y reticencia del Sargento Flórez Ibarra, demandaba una acción contigua que correspondía a la ausencia del Suboficial, quien tenía las llaves del cubículo ubicado en el depósito. (…).

Bajo este entendido y acogiendo el criterio de la Procuraduría ante esta Instancia, la prueba obrante no es inadmisible, no se aprecia ilegalidad en su recaudo y de ella conocieron en todas y cada una de las etapas del proceso las partes, sin formular reparo incluso en los recursos verticales, de donde se infiere, si algún argumento serio se hubiese planteado, que no se afectó el principio de trascendencia, la verificación de actos convalidatorios; y de otra parte, porque no pueden olvidar los apelantes que la sentencia no basa su argumentación y consecuente responsabilidad única y exclusivamente en el material remitido por la justicia ordinaria, ni en la revista practicada al cubículo que se ubicaba en el depósito de armamento, de donde fue sustraída la munición, sino en la valoración integral de la prueba militante, como en efecto lo hizo el juzgador (…)".

Ahora, en cuanto a que debe reconocerse rebaja de pena porque el delito de peculado solo quedó en el grado de tentativa, tal petición es improcedente conforme los argumentos esbozados en acápite precedente que nos permiten verificar una conducta consumada. Igual situación acontece con la disminución punitiva que se propone por "reintegro de lo apropiado", pues de una parte olvida el apelante

que el reintegro es un acto de voluntad que de ninguna manera realizó Flórez, sino que el material se recupera cuando la conducta está consumada, en virtud de la acción de la fuerza pública, por acto de captura que ejecutaron los agentes del Gaula en situación de flagrancia a Jacobo Osorio, y no por decisión de Flórez Ibarra de reintegrar el objeto del delito, más aún: a lo largo del proceso negó su autoría, generándose incluso una contradicción argumentativa por la defensa, quien insiste que su cliente no realizó la conducta que se le endilga, pero a la vez peticiona se le reconozca una rebaja por devolución del objeto material. (…).

En el caso objeto de estudio, resulta incuestionable que el propósito del Sargento Flórez era negociar la munición; sin embargo, para el logro de ese cometido necesitaba en principio apoderarse de la misma, intención que alcanzó valiéndose de su cargo y función de guarda parque, obsérvese cómo diseñó su plan de autor, su *iter criminis* refleja que orientó su conducta a aprovechar la condición de guarda parque para apropiarse del bien, con lo cual vulneró la confianza depositada como servidor público, afectó la Administración Pública; decide escoger el día, las personas que utilizaría como instrumento para lograr el propósito, luego de dominar la esfera de control, y puede disponer de ella, momento en que el peculado es delito perfecto, había contactado la persona a quien entregó el material del cual ya disponía, decide traficarlo y es allí donde se estructura el injusto contra la seguridad de la fuerza pública. Así la finalidad perseguida por el agente no agota el ámbito de responsabilidad, en los injustos de que fue objeto de acusación y condena, y que estructuran un concurso real y efectivo de tipos. En ese recorrido lesionó bienes jurídicos distintos, uno la Administración Pública, de la cual debería ser garante, y otro la seguridad de la fuerza pública, la que puso en riesgo, pues sin duda el daño efectivo que se causa a la Institución Castrense y a la sociedad al negociar el material de guerra, es grave, vergonzoso y decepcionante, viniendo de un militar que le debe caracterizar el honor y la disposición de servicio en procura de la nación que confió en él, su actitud es inconcebible y desde nuestro punto de vista reprochable. (…)" **(Rad. 155136, 18 de febrero de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO POR APROPIACIÓN

No procedencia incremento Ley 890 en la Justicia Penal Militar

"(…) para el caso concreto no es procedente considerar, por cuanto dicha codificación –Ley 890 de 2004– no es aplicable a la Jurisdicción Especial, tal como lo ha venido reiterando la Honorable Corte Suprema de Justicia. (…).

Así las cosas, tenemos que el señor Juez Militar Quinto de Brigada Encargado, erradamente partió de una pena mínima para el delito de Peculado por apropiación aumentada por la Ley 890 de 2004 que no procedía, (…) es decir, de sesenta y cuatro (64) meses de prisión, al considerar que no contaba el enjuiciado con antecedentes penales ni anotaciones policiales –circunstancias de menor punibilidad– y

que el valor de lo apropiado no superaba los cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes; límite sobre el cual realizó la rebaja de una tercera parte que autoriza el inciso 2° del artículo 401 del Código Penal –Ley 599 de 2000–, por haber reintegrado lo apropiado antes de dictarse Sentencia de segundo grado (…).

Ahora bien, para la Sala de Decisión es claro que se trató de una confesión de los hechos génesis de la presente investigación Penal (…). Consecuentemente con lo anterior, procede la Sala de Decisión a efectuar el cálculo de la Dosificación Punitiva correspondiente ajustando el *Quantum Punitivo,* partiendo para ello del mínimo señalado en el tipo Penal, esto es de 4 años de Prisión –48 meses de Prisión– conforme lo dispone el inciso 3° del artículo 397 del Código Penal –Ley 599 de 2000– sin el aumento que prevé el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, aclarando que la primera reducción que se surte es por Confesión y luego sobre el remanente de la Pena a imponer se realiza la segunda reducción que corresponde a las circunstancias de atenuación punitiva (…)". **(Rad. 153557, 30 de septiembre de 2013, M. P.: CR. María Paulina Leguizamón Zárate, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PECULADO POR EXTENSIÓN

Prisión domiciliaria

"(…) Como lo ha predicado el Tribunal, ha sido el Legislador quien dentro de su libertad de configuración y como expresión de política criminal ha dispuesto no considerar dentro de la ley penal militar, sustantiva y procesal, este tipo de beneficio; razón por la cual no resulta certero, como lo manifiesta la Defensa, expresar que el Código Penal Militar trae un 'trato discriminatorio' frente a los derechos fundamentales del núcleo familiar, que ha de resolverse por vía de los principios de integración o favorabilidad con la aplicación de las normas que regulan la materia en las leyes 65 de 1993 y 1709 de 2014.

Insistimos, no existe vacío, ni omisión legislativa, por lo que no se trata de un tema de favorabilidad, sino a contrario es expresión de la voluntad legislativa de no incorporar este subrogado en el Código Penal Militar, dada la particular naturaleza de la fuerza pública, la vocación de norma especial frente a la general, lo que de suyo generaba efectos de derogatoria tácita. Por manera, que acudir al artículo 14 de esta normatividad castrense, para que por vía del principio de integración se traigan los artejos 38 y 38B de la Ley 599 de 2000 y sus modificaciones, no resulta viable, toda vez que hacerlo sí se opone a la naturaleza del Código Penal Militar. (…).

No debe dejarse de lado los principios que gobiernan las sanciones penales consagradas en el canon 12 del nuevo Código Penal Militar, que establece los criterios de prevención general y especial, negativa y positiva, génesis de la voluntad legislativa para instituir dentro de la concepción general el impacto social de la pena, y en lo especial negativo la sanción impuesta al miembro de la fuerza pública objeto de censura, pero en cuanto hace a lo especial positivo propendiendo por la

resocialización del condenado; dentro de ello se dispuso que tales propósitos no se alcanzarían con la sanción extramural o la sustitutiva de prisión domiciliaria.

Bajo tal entendido, debe concebirse que el trato diferencial previsto por el Legislador en su libertad de configuración no significa procedimiento discriminatorio, sino especial a partir de la naturaleza de la función y las particulares condiciones del sujeto activo. Premisa que no solo se regula de manera formal en una determinada legislación, sino material, al fijar el Legislador de 2014 en la Ley 1709, o al adicionar el artículo 38B en la Ley 599 de 2000, criterios objetivos para no conceder un mecanismo sustitutivo, a los cuales está sometida la Ley penitenciaria.

Aunado a lo anterior, reitera esta Colegiatura Castrense que acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, por mandato de la Carta Política, la Justicia Penal Militar es autónoma e independiente, toda vez que cuenta con un régimen punitivo especial que regula sus propias instituciones, siendo de destacar que en la Ley 522 de 1999, ni en la 1407 de 2010, se previó la detención domiciliaria como sustituto de la detención preventiva, siendo de aclarar que solo contempló la *'reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave',* pero como subsidiaria de la pena privativa de la libertad (art. 68), por ende, acudir al régimen ordinario, establecido en la Ley 1709 de 2014, para atender la solicitud de la censora, resultaría improcedente. (…).

Ahora bien, dentro de lo que hemos denominado material sustancial, resulta innegable y absolutamente válido afirmar que el límite de interpretación del derecho penal militar es la Constitución y el Bloque de Constitucionalidad, que en parte desarrollan los artículos 6, 7, 8, 14, 172, 174, 175, entre otros, de la Ley 1407/10, postulados que no se desatienden en lo esbozado en precedencia, máxime si se tiene en cuenta que el punto de partida del estudio del derecho penal en el marco del Estado Social de Derecho es la pena, su finalidad y función, para establecer si ella apunta efectivamente a la protección de bienes jurídicos fundamentales desde la perspectiva constitucional[81], a la identificación de injustos relevantes, y si se consultan preceptos de retribución, prevención y resocialización. Por ello nuestro legislador ha instituido conductas que por su entidad, impacto y lesividad del bien jurídico no dan lugar a reconocer subrogados o deviene improcedente la prisión domiciliaria, como acontece según las voces del artejo 68A de la Ley 599 de 2000, el que fuera modificado por la Ley 1709 de 2014, cuando se trata de condenados por delitos contra la Administración Pública (como el que nos ocupa), entre otros. (…).

Si bien es cierto, como lo afirmamos, la Corporación ha sugerido hipótesis en las cuales podría considerarse el otorgamiento del beneficio, en atención a límites constitucionales interpretativos, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos dispuestos en la ley, de entrada debe indicar la Sala que no estamos frente a esta hipótesis, sino ante una circunstancia objetiva derivada de la clase de delito, el cual atenta contra la Administración Pública, que fue calificado por el ente acusador y la instancia de juzgamiento como *'Peculado por extensión en las modalidades de peculado por apropiación y culposo',* estableciéndose la vulneración de dicho bien

81 Art.16

jurídico, entidad delictiva respecto de la cual, como se ha señalado, no procede el subrogado solicitado por mandato del artículo 38B.2, en concordancia con el inciso segundo del artejo 68A del Código Penal. (…)". **(Rad. 158043, 19 de agosto de 2014, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PELIGRO PARA LA COMUNIDAD COMO FIN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Reiteración de la conducta en el punible de ataque al superior

"(…) **7.1.1- Del fin del peligro para la comunidad como fundamento para privar de la libertad con medida de aseguramiento:** La Sala de Decisión, en completo acuerdo con el Juez de Instrucción, con el Representante del Ministerio Público y con la Defensa, desde ya anuncia, que para restringir la libertad de un procesado con la imposición de la medida de aseguramiento en el marco de la jurisdicción penal militar, además de los criterios objetivos y probatorios referidos en el acápite anterior, también se han de valorar los elementos de necesidad y finalidad de la medida, pese al vacío legal que contiene el procedimiento penal fijado en la Ley 522 de 1999, mediante el cual se adelanta esta causa penal.

Realizada la claridad anterior y centrándonos en los dos argumentos defensivos expuestos en el memorial de apelación, y comoquiera que se trata del acápite que hace referencia al peligro para la comunidad, se ha de recordar entonces que el artículo 310 de la Ley 906 de 2004 fijó los criterios para determinar su configuración, allí enunció la gravedad y la modalidad de la conducta como también relacionó cuatro (4) circunstancias alternativas, unas y otras configuran el supuesto referido. (…).

Frente a tal argumento, la Sala de Decisión ha de contextualizar que los punibles que se le imputan al sindicado son el de abandono del puesto y ataque al superior, el primero de ellos vulnera el bien jurídico del servicio, y el segundo lesiona el bien jurídico de la disciplina, bienes jurídicos que recogen la esencia de la organización de la fuerza pública, pues no debe olvidarse que la disciplina constituye la columna vertebral en la cual se soporta la existencia de la fuerza militar, luego, su agresión implica una gravedad por la naturaleza del bien y con mayor razón dada la modalidad en que se desarrolló la conducta al emplear armas de fuego frente a la tropa, ponderaciones estas construidas a partir del material probatorio obrante y con valoración judicial en grado de posibilidad que es la exigida en este estadio procesal[82], mas no el grado de convencimiento de certeza como equivocadamente invoca el apelante. (…).

82 *Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 16384, M. P.: Doctora Marina Pulido de Barón, 21 de enero de 2004. "…De conformidad con la preceptiva del artículo 232 de la Ley 600 de 2000, a diferencia del grado de conocimiento requerido en punto de imponer medida de aseguramiento (posibilidad), para proferir resolución de acusación (probabilidad), resulta indeclinable que la prueba obtenida en las diversas fases del proceso conduzca a la certeza de la conducta definida en la ley como delito y a la responsabilidad del acusado; para tal efecto, impera apreciar los medios de prueba en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, según lo establece el artículo 238 del citado ordenamiento…".*

Surge importante para esta Sala de Decisión la modalidad en que el CS. T.H.J.R. desarrolló su conducta, pues este estaba nombrado en el servicio de relevante del servicio '*Mercurio',* cargo que naturalmente incluye la asignación de unas funciones y unos horarios, todo ello dispuesto u ordenado por el Comandante de la Compañía '*Córdoba',* quien fungía en tal cargo para aquel momento era el oficial TE. S.G.F. según consta en la orden del día No. 0261[83], frente a tal escenario vinculante de estructura y organización militar, no resulta coherente que en el momento de la ejecución de lo dispuesto en aquella orden del día, surja el rechazo del subalterno CS. T.H.J.R. frente a las órdenes que el Comandante de la Compañía estaba emitiendo para cumplir la misión, dado el retraso que se presentaba en el servicio de seguridad '*Mercurio'. (…).*

Satisfechos probatoriamente en criterio de esta Sala de Decisión los elementos de modalidad y gravedad de la conducta como presupuestos para considerar que el procesado representa peligro para la comunidad, necesario resulta además plantear si se presenta alguna de las circunstancias previstas en el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, la razón de su verificación surge por vía del principio de integración y por supuesto, de la cláusula hermenéutica de favorabilidad o principio pro homine[84], bajo el cual, en la interpretación de derechos, se debe acudir a la norma más amplia cuando se trata de reconocerlos, y recíprocamente, se debe acudir a la interpretación más estricta, cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de derechos, es decir, en el caso sub judice, al buscar restringir el derecho a la libertad, resulta más favorable para el procesado buscar la interpretación de la norma que sea más minuciosa para tal cometido como lo es el citado artículo 310 de la Ley 906 de 2004.

Conforme a lo anterior, en la estructuración del fin de la medida de aseguramiento denominada peligro para la comunidad o de la fuerza pública, además de verificar los elementos de gravedad y modalidad de la conducta, se debe probar en el caso sub judice, que el sindicado por vía de la causal primera de la referida norma pueda continuar o volver a cometer la conducta delictual, presupuesto este que para su estructuración ha de entenderse en defensa y dentro del contexto del principio del interés general, que en el ámbito castrense no es otro que la de prevención y salvaguarda de la comunidad militar o de la fuerza pública, que tiene su columna vertebral para su existencia en la disciplina y el servicio, la protección de ese interés general y esencial implica considerar como necesaria la medida procesal y cautelar de la restricción de la libertad en pro de evitar a futuro la vulneración a dicha comunidad.

Ahora bien, no es tarea fácil desarrollar un pronóstico a futuro de la conducta del sindicado, sin embargo, dichas valoraciones ya han sido objeto de aval por parte de nuestra Corte Constitucional y en consecuencia, la necesidad de imponer la restricción de la libertad surgida en el cumplimiento de los presupuestos men-

83 Orden del Día No. 0261, Comando Compañía "Córdova", Batallón de Infantería No. 37 "Guardia Presidencial, C. C. 1, fl. 4.

84 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, entrado en vigor el 23 de marzo de 1976 en virtud y por aprobación en Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

cionados, se ha de aplicar pero naturalmente a partir del análisis probatorio de la conducta del sindicado que permitan señalar la posibilidad de la continuación de la conducta delictiva. (…).

Lo anteriormente expuesto lleva a esta Sala de Decisión a señalar que la restricción de la libertad para el CS. T.H. cumple la función preventiva y de defensa social de la comunidad militar al considerar que su actuar constituye un peligro para la misma ante la reiteración delictiva, en el entendido que ha de evitarse que el ejercicio de la disciplina y el servicio castrense sean amenazados por sus conductas que socavan la jerarquía y la obediencia; y en el caso sub judice, con la gravedad que implica que ello lo ejecute empleando las armas, por ello, la protección a la comunidad militar encuentra el camino adecuado mediante la restricción de la libertad del sindicado y por dicha vía evitar que en el ejercicio de sus roles castrenses con dotación de armamento oficial decida apartarse de la órdenes por las vías de hecho dadas las particularidades de su comportamiento tal como lo refirieron los declarantes en sus testimonios. (…)". **(Rad. 157866, 30 de abril de 2014, M. P.: CR. Fabio Enrique Araque Vargas. Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PENA

Sus efectos jurídicos cesan cuando se cumple materialmente la sanción penal impuesta, por razón de su naturaleza eminentemente temporal

"(…) en vista de que la pena de prisión había sido cumplida por el tiempo que el justiciado permaneció privado de su libertad durante el discurso del proceso, como así se declaró en el fallo de primer grado; el ejecutor penal se limitó a librar el oficio 01139 del 12 de noviembre de 2009[85], al Comandante del Ejército Nacional, a efectos de que las penas accesorias impuestas se hicieran efectivas.

Hecho lo anterior, el expediente fue enviado al Archivo General de la Nación en virtud a que la pena principal y las accesorias fueron ejecutadas.

Encontrándose allí, en ese estado el proceso, el 4 de febrero de 2013[86], el SV. (R) WJCHL solicitó la revocatoria de las penas accesorias que le fueron impuestas, por aplicación benéfica del artículo 51 de la Ley 1407 de 2010.

Arguyó la defensa del petente en el recurso de alzada que 'El principio de favorabilidad como derecho fundamental debe reconocérsele al condenado WJCHL, toda vez, que si bien la pena principal de 6 meses de prisión impuesta y la accesoria de separación absoluta de la fuerza pública como la interdicción de derechos y funciones públicas impuesta el día 8 de septiembre del 2008, que tenía que ser ejecutada por los Jueces de Penas y Medidas de Seguridad y esta a pesar de encontrarse

85 Folio 92 del C.O. 3.

86 Folios 94 a 95 del C.O. 3.

en archivo definitivo, no se ha tomado la (sic) decisión alguna de la prescripción de la pena, a pesar del tiempo transcurrido, razón por la cual es que el Juez ejecutor es el competente para reconocer la petición formulada por el condenado al momento que la Ley 1407 del 2010 modificó sustancialmente las penas accesorias…'[87] (resaltado fuera del texto).

Apoyados en la doctrina atrás reseñada y de cara al panorama procesal que refleja la foliatura, refulge evidente que la razón no se pone del lado del defensor, en virtud a que las penas ya habían sido ejecutadas en su totalidad, y con creces, al momento en que entró en vigor la compilación cuyo aparte por favorabilidad hoy se intenta; sin que sea posible comprender que la situación jurídica que se definió en la sentencia de primer grado, que confirmó esta Colegiatura, haya estado produciendo efectos jurídicos al momento en que tiene lugar la sucesión de Leyes. (…).

No obstante, si lo que intenta alegar el libelista, en su confusión jurídica, es que no se emitió el auto declarando extinguida la pena por su cumplimiento, y que por tanto persisten las consecuencias jurídicas de la pena, para entender entonces que es posible la aplicación benéfica de la disposición tantas veces referidas, es imperioso entonces recordar que 'La pena en el ordenamiento colombiano, es esencialmente temporal, lo mismo que sus efectos jurídicos. Consiste en la aplicación temporal y forzada de un régimen personal, definido por el juez de la causa dentro de los parámetros legales, en el que se limita o suspende el ejercicio de algunos derechos fundamentales (libertad, locomoción, reunión, participación, etc.), se recorta, por razón de la limitación o suspensión de esos derechos, el ejercicio de otros que los suponen (libre desarrollo de la personalidad, iniciativa privada, intimidad personal, etc.) y, a la vez, se mantienen inalterados algunos (libertad de conciencia, de opinión, derecho de petición, etc.) y se estimula el ejercicio controlado de otros (especialmente, los de la educación y el trabajo)'[88].

Teniendo entonces la pena y sus consecuencias jurídicas una naturaleza esencialmente temporal, que define el juez que adelanta el proceso, en el marco establecido por la Ley, su cumplimiento entraña pues el agotamiento del poder punitivo y represor del Estado, y por contera da lugar al surgimiento del derecho para el condenado a reincorporarse en la vida en comunidad en igualdad de derechos que los demás.

Con el anterior sustento y soportados en la preeminencia del derecho sustancial sobre el procedimental no resulta acertado acoger la tesis del recurrente para determinar que la pena sigue produciendo efectos jurídicos en el tiempo, pues, se reitera, la misma se agotó; por lo que, lo jurídicamente viable es ordenar al juez de ejecución de penas que cumpla con la ritualidad adjetiva y emita el auto declarando la extinción de la pena por su cumplimiento. (…)". **(Rad. 150958, 16 de junio de 2014, M. P.: TC. Noris Toloza González, Primera Sala de Decisión).**

87 Folio 114 del C.O. 3.

88 Corte Constitucional – Radicado T-218 del 3 de mayo de 1994, M. P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

POSICIÓN DE GARANTE Y SUS ALCANCES EN LOS DELITOS CULPOSOS

Responsabilidad penal de los instructores en ejercicios con armas de fuego o explosivos - Incremento del riesgo permitido

"(…) En virtud de lo anterior, el Suboficial Primero HHTO a título personal aumentó el riesgo permitido en el momento que omitió las normas de seguridad prestablecidas, creando de esta forma un peligro no abarcado por el riesgo permitido, sino, a contrario sensu, derivando en uno jurídicamente desaprobado puesto que con su experiencia y conocimiento pleno de los reglamentos y en particular de la Directiva de Tiro, debía acatar como una persona prudente, con la observancia y exigencias de cuidado que le eran exigibles para quien tiene a cargo la instrucción de actividades eminentemente peligrosas como estas, pues además el procesado conocía el riesgo, su consecuente cuidado y que su desatención conduciría, como en efecto ocurrió, a lesionar el bien jurídico tutelado de la vida e integridad física, lo que estuvo en condiciones de conocer y prever.

No desconoce la Sala que la intención del enjuiciado pudo haber sido que el ejercicio se desarrollara lo más cercano posible a la realidad, o que pretendiera aliviar el nerviosismo que sufrían los Soldados Regulares, pero frente a los hechos no cabe la menor duda que está demostrada la infracción al deber objetivo de cuidado que debió haber previsto el sujeto agente por ser este previsible.

Por esta razón no es posible afirmar que fue un hecho imprevisto, no esperado, puesto que precisamente por tratarse de una actividad altamente riesgosa cualquier hecho podía presentarse como el que efectivamente ocurrió y que era posible que ocurriera, de ahí las instrucciones impartidas en aras de evitar y minimizar los riesgos. En otras palabras, no eran órdenes para justificar eventualidades, sino para evitarlas precisamente, para preservar derechos sagrados como la vida y la integridad personal, de allí que esa 'intención' tendiente a darle más dinamismo al ejercicio, para nada justifica su actuar. (…).

De igual manera, es conveniente precisar que en la ocurrencia de los sucesos investigados confluyeron una serie de situaciones y decisiones ex ante que facilitaron el resultado lesivo, el cual no obedeció únicamente a la manipulación errada que le diera el TK. HH al artefacto explosivo, pues nótese que si no se hubiese ordenado por parte del encartado que los Oficiales repitiesen el ejercicio, que fueran acompañados por los Soldados Regulares y que no usaran elementos de protección, el desenlace habría sido totalmente diferente.

Pero más aún, ni los reglamentos ni las solas instrucciones son siempre suficientes como para predicarse ajustado a ellos las medidas del deber de cuidado. Este tipo de normatividad está constantemente enfrentado a diversas circunstancias peligrosas para los bienes jurídicos de la vida y la integridad personal que deben poderse realizar, lo que permite inferir como regla indeclinable que nada que incremente dicho riesgo es jurídicamente permitido. (…).

Respecto a esta última es bien claro que el procesado no solo tenía la posición de garante respecto de las víctimas, exceptuando la situación del señor TK. HHYA, sobre lo que se pronunció la Fiscalía ante esta Corporación en forma por demás acertada, precisamente por la determinación que los deberes le imponían en virtud a las normas de seguridad para esa clase de ejercicios, pues lo relevante aquí es precisamente las transgresiones de dichas normas de seguridad, al exponerlos al punto de generar unas muertes y lesiones con su imprudente comportamiento, aumentando el riesgo y alejándose de las mínimas reglas de prudencia que se deben atender cuando se adelanta esta clase de actividad riesgosa.

(…).

De la misma forma como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia[89], se crea un riesgo jurídicamente desaprobado cuando concurre el fenómeno de la elevación del riesgo, que se presenta 'cuando una persona con su comportamiento supera el arrisco admitido o tolerado jurídica y socialmente, así como cuando, tras sobrepasar el límite de lo aceptado o permitido, intensifica el peligro de causación de daño'[90], como efectivamente ocurrió en este evento donde se elevó el riesgo adoptando conductas no permitidas en las directivas y órdenes impartidas sobre esta clase de ejercicio.

Ahora, en torno a los razonamientos esgrimidos por los apelantes quienes estiman que el enjuiciado no ostentaba la posición de garante, encuentra la Sala que como lo ha señalado la doctrina, la posición de garante es la situación en que se halla una persona en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico evitable. Es decir, cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandonando así la posición de garante.

En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido.

Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión.

En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas.

Como lo indica la misma Corte, la legislación penal colombiana sigue el criterio restringido, bajo el entendido que la ley penal establece taxativamente en cuáles

89 Radicado 27357 del 22 de mayo de 2008, M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

90 Sentencia de 7 de diciembre de 2005, radicación 24696.

casos es predicable la posición de garante, siempre con referencia a la omisión impropia.

Para la Corte si el derecho impone a una persona una obligación, y esta se sustrae a la misma con intención y querer o por omisión del deber de cuidado en el caso concreto, con lo cual produce una ofensa al ordenamiento jurídico, viola la posición de garante, pues infringe sus deberes.

Si bien la señora representante del Ministerio Público hace claridad respecto de los delitos de omisión impropia que establece el artículo 25 del Código Penal con los denominados delitos culposos, los cuales tienen alcances diferentes frente a la dogmática jurídico-penal, el tema que sí tiene plena relación con los delitos culposos y con los llamados de comisión por omisión u omisión impropia, es el tema de la posición de garante sobre el cual la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia ya ha trazado en derrotero claro.

Para el caso de los miembros de la fuerza pública, quienes son considerados por la Constitución y la ley servidores públicos, la misma Carta Política les asigna una función y una misión como lo disponen los artículos 217 y 218. Es precisamente en desarrollo de estos mandatos que se adquiere dicha calidad, por ende viola la posición de garante quien estando obligado por la Constitución y la ley a actuar, se abstiene de hacerlo, dando lugar con ello a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Esta circunstancia es la que vincula con los llamados delitos de comisión por omisión o impropios.

De esta manera, lo básico y fundamental es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera, defraudando así las expectativas.

Sobre este particular, es necesario precisar como lo ha indicado también la honorable Corte Suprema de Justicia, que la legislación penal colombiana adoptó el criterio restringido al establecer en el artículo 25 del Código Penal, Ley 599 de 2000, de manera expresa y taxativa en qué casos es predicable la posición de garante respecto a la omisión impropia.

Con el título de acción u omisión, tanto el artículo 25 del Código Penal –Ley 599 de 2000– como el nuevo Código Penal Militar –Ley 1407 de 2010– indican que quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica contando con los recursos y medios disponibles y no actuare estando en posibilidad de hacerlo dentro de su ámbito propio de dominio, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección real y efectiva del bien jurídico protegido o la vigilancia de determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución, la ley o los reglamentos. (…).

La Corte Constitucional ha considerado que el miembro de la fuerza pública puede ser garante por o a través mejor de competencia institucional y de responsabilidad a través de competencia por organización por la creación del riesgo para los bienes jurídicos, para la institucional por pertenecer a una institución estatal.

Empero, lo cierto es que por el solo hecho de ser integrante de la fuerza pública no se es garante –no se es garante en abstracto–, necesariamente se requiere que esta persona tenga el deber concreto y específico y que se encuentre dentro de su competencia material, territorial o funcional, es decir, que tenga los elementos materiales, los medios, que tenga jurisdicción en el territorio, que pueda tener mando y que pueda disponer de la toma de decisiones que le correspondan en un momento dado, dependiendo de las necesidades y de las demandas para proteger el bien jurídico.

Así, para la Corte un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presente cualquiera de los dos fundamentos de responsabilidad: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación de una institución estatal. Así las cosas, como bien lo indica la honorable Corte Constitucional en la sentencia SU 1184/2001, los peligros para los bienes jurídicos pueden surgir no solo por la tenencia de objetos como armas, animales o personas que se encuentran subordinadas, de allí que se es garante cuando se trata de deberes irrenunciables como en el caso de protección a la vida e integridad de todos los habitantes del territorio, pero además, para ser garante se requiere que en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material-funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos, pero más aún, la sola verificación de la posición de garante presupone la reunión de todos los elementos del delito como son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, pues para imputársele un delito como el que es objeto de alzada tiene que demostrarse la conducta dolosa (conocía el riesgo concreto para los bienes jurídicos) o en su lugar la imprudencia (el riesgo no le era cognoscible).

Pues bien, para la Sala está claro que el S1. HHTO fungía como Comandante del Grupo Móvil de Instrucción y Entrenamiento de Infantería de Marina, por lo que ante un ejercicio tan riesgoso como el que se estaba desarrollando tenía el deber concreto y específico de proteger la vida e integridad física de los alumnos minimizando los riesgos existentes.

Salta a la vista además que el procesado aumentó motu proprio el riesgo permitido, y a pesar que no se encontraba en el punto de lanzamiento de granadas y que no era el instructor de dicha materia, de las pruebas testimoniales obrantes y de la misma injurada se desprende que era este quien tomaba las decisiones, tanto así que dispuso que no se utilizara el casco y el chaleco antiesquirlas y ordenó que los Oficiales FA y HH repitieran el ejercicio en compañía de los Soldados Regulares L.O. y GR. (…).

Es muy cierto en el sistema jurídico colombiano, a partir de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 599 de 2000, que el tipo subjetivo del delito culposo surge de la exigencia de establecer que el actor tuvo la oportunidad primero de conocer el peligro que la conducta crea a los bienes jurídicos ajenos, y segundo de prever el resultado conforme a ese conocimiento.

Es diáfano además que en materia de la responsabilidad penal en los delitos culposos tiene que ver con las personas que por razones de sus deberes frente a un supuesto fáctico concreto, debe brindar cuidado o protección a un bien jurídico o controlar las fuentes de riesgo que pueden afectarlo.

Este fenómeno precisamente es el que ha venido reiterando esta providencia frente al proceso y es el que conduce a que se afirme que el procesado tenía la posición de garante frente a las víctimas e incumplió sus deberes a la luz del artículo 25 del Código Penal, pues además tenía el pleno conocimiento del riesgo asumido, y si el derecho impone a una persona una obligación, y esta se sustrae a la misma con intención y querer o por omisión del deber de cuidado como aquí ocurrió, con lo cual se produce una ofensa al ordenamiento jurídico, viola la posición de garante, pues infringe sus deberes. (…)". **(Rad. 157054, 26 de septiembre de 2013, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Las circunstancias de atenuación por fenómenos posdelictuales no tienen incidencia en el término prescriptivo

"(…) El anterior ejercicio obedece a que las circunstancias de atenuación de la pena previstas en el artículo 401 de la Ley 599/00 como fenómeno posdelictual no tienen incidencia en la contabilización del término de prescripción de la acción penal –tampoco ninguna en las categorías de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad o en los grados de participación–, sino exclusivamente en la individualización de la pena (…).

Es decir, que no le asiste razón al recurso cuando pretende que para efectos de contabilizar el término prescriptivo de la acción penal se reduzca el extremo máximo punitivo por reintegro del valor de lo apropiado –que en este caso no ha sido ni total ni parcial, como se evaluará más adelante–, pues esa circunstancia posdelictual, como se anotó, no hace variar los intervalos punitivos. (…)". **(Rad. 154301, 30 de agosto de 2013, M. P.: CN. (R) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PREVARICATO POR OMISIÓN

La duda en su estructuración

"(…) Debe recordar el disidente que la duda que se pretende invocar ha de corresponder, para que cobre eficacia, a la verificación de los hechos impeditivos y constitutivos, respecto de los cuales esta Sala, con ponencia de quien hoy hace las mismas veces, señaló que aquellos, conforme la doctrina, son estructurantes del tipo, esto es, los que denotan que no hay prueba de la existencia de la conducta, se

producen antes o concomitante con la realización del comportamiento que impide el nacimiento de la conducta punible; en tanto que los constitutivos tienen que ver con la existencia de la responsabilidad, como acontece cuando hay ausencia de prueba con vocación de certeza para establecerla. (…).

Frente a la postura del apelante se ha de señalar que no existe prueba que demuestre la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad del procesado con nivel de certeza, esto es, no hay una verificación de hechos impeditivos y constitutivos, lo que permite edificar una duda en favor, que en este estadio procesal no hay manera de superarla al operar el principio de preclusión de los actos procesales. Advierte la Sala que la acusación no encuentra eco en las probanzas que son llevadas a juicio y que fueron valoradas atinadamente por el juez primario, para adoptar la decisión absolutoria. Sin lugar a vacilaciones, podemos afirmar que se estuvo, desde la perspectiva formal y material, ante una de las oportunidades más destacadas del procedimiento para ejercitar el referido contradictorio, como es en la audiencia de corte marcial; consecuente con esto, se ha de precisar que dentro de las atribuciones de los sujetos procesales está solicitar la práctica de pruebas; sin embargo, encuentra el Colegiado que en su oportunidad el ahora apelante no procuró la práctica de ninguna probanza que permitiera esclarecer los hechos materia de investigación y afianzar de dicha manera su acusación. (…).

Así las cosas, al no establecerse los elementos estructurantes del tipo, esto es, de los hechos constitutivos, que como se señaló en precedencia apuntan a establecer existencia de responsabilidad del procesado, la ausencia de prueba nos lleva a verificar la duda que hoy debe invocarse en favor del procesado, pues la incapacidad del Estado, en particular del ente investigador y fiscal, para soportar la acusación, es un gravamen que no debe imputarse en este caso al procesado. Como se señaló, no se demostró que el proceder del enjuiciado Andrade sea expresión de un control total del curso causal de la acción y que en consecuencia hubiese actuado con dolo, vale decir, con conciencia y voluntad final de acción de omitir un acto propio de sus funciones. (…)". **(Rad. 157949, 11 de febrero de 2015, M. P.: CR. Camilo Andrés Suárez Aldana, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN NORMATIVA Y FIGURA JURÍDICA DE REMISIÓN LEGISLATIVA

Diferencias. Estudio dogmático. Leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010

"(…) Tanto en la Ley 522 de 1999 como en la 1407 de 2010, el legislador reguló expresamente el principio de la integración normativa y la figura jurídica de la remisión legislativa, en la primera de las normas citadas, reglamentó en el artículo 18 la integración normativa incluyendo tanto lo sustancial como lo procesal y en el artejo 195 codificó la remisión legislativa expresa en relación con los delitos comunes que cometieren los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el

mismo servicio, disposiciones que integran la parte sustancial de este código; por tanto, solamente serían aplicables para aquellos casos ocurridos durante su vigencia.

Por su parte, la Ley 1407 de 2010 codificó la integración normativa en los artículos 14 y 197, el primero se ocupó de las normas sustanciales y el segundo de las procesales, y, en relación con la remisión legislativa, reproduce en el artículo 171 el texto contenido en el artículo 195 de la anterior legislación.

En punto al principio de la integración normativa, solo opera cuando existe un vacío o laguna en la regulación castrense, según se infiere de lo preceptuado en los artículos 14 y 197 de la Ley 1407 de 2010 (nuevo Código Penal Militar):

'Artículo 14. Integración. En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este Código, son aplicables las disposiciones de los Códigos, penal, procesal penal, civil, procesal civil y de otros ordenamientos, siempre que no se opongan a la naturaleza de este Código.

Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este Código. (…).

Artículo 197. Integración. En materias que no estén expresamente reguladas en este Código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Penal y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal militar'.

De la anterior preceptiva se infiere con claridad meridiana que solo se puede recurrir por integración a las disposiciones del Código Penal, de Procedimiento Penal, Código Civil, de Procedimiento Civil, otros ordenamientos y demás normas procesales, cuando se den los siguientes presupuestos: a) en aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en el Código Penal Militar, es decir, cuando se presenta un vacío legal, denominado por la doctrina como una laguna, y b) bajo la condición que no se opongan a la naturaleza de la sistemática Procesal Castrense, es decir, que su aplicación no resquebraje la naturaleza del proceso.

Se considera que existe una laguna jurídica o vacío legal, cuando se presenta ausencia de regulación de una determinada materia en el Ordenamiento Jurídico establecido en una norma específica que se debe aplicar a un caso concreto, en cuya regulación quede incluido el caso planteado o planteable, problema que debe resolverse recurriendo a los mecanismos de complementación previstos en el ordenamiento general, solución que recibe la denominación de integración legislativa o normativa.

Resulta prudente recordar que es el propio constituyente quien consagra en la Carta Magna una jurisdicción especial para el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública en servicio activo por actos cometidos en relación con el mismo servicio y en desarrollo de ese mandato superior el legislador, al expedir el Código

Penal Militar buscó implementar un régimen completo, tanto sustantivo como procesal, que responde por consiguiente a los principios y valores que se aplican para el régimen penal ordinario, pero diferenciado del mismo por las especiales condiciones para las cuales está previsto, sin que de esta diferencia se derive detrimento de los derechos y garantías consagradas en la Constitución. (…).

En esa medida, si no existe ningún vacío legal en la norma castrense, no pueden traerse de otros códigos institutos o figuras jurídicas no establecidos en el Código Penal Militar, bajo el prurito de una interpretación extensiva o por analogía y mucho menos, bajo una malentendida integración normativa, como lo precisó la Corte Constitucional en sentencias 1068 de 2001, T-677 de 2002, entre otras, y la Corte Suprema de Justicia en sentencia dentro del radicado 17709; por tanto, el principio debe operar en casos como la acción civil, que fue consagrada en la Ley 522 de 1999, pero no desarrolló el procedimiento; por tanto, debe recurrirse por integración al previsto en la Ley 600 de 2000 y en el Código de Procedimiento Civil; igualmente, en el desarrollo de los fines de la medida de aseguramiento, como se explicará más adelante, dado que la Ley 1407 de 2010 determinó los fines, pero no precisó en qué consistía cada uno de ellos; por tanto, debe acudirse por integración al desarrollo dado en esa materia en la Ley 906 de 2004; y así en otros casos puntuales que se haría interminable su enumeración.

Por su parte, la remisión normativa es una técnica legislativa que debe entenderse desde la perspectiva del principio de tipicidad, en cuanto que el Congreso, atendiendo la libertad de configuración legislativa, dispone de manera expresa la aplicación directa de contenidos normativos que definen con precisión conductas sancionadas punitivamente en otras leyes; igualmente, de manera expresa o tácita, remite a contenidos normativos que permiten complementar aquellos tipos penales en blanco.

Como se ha dicho, la remisión legislativa puede ser expresa o tácita; cuando se recurre a la primera, se hace necesario que las normas a las que se remite contengan, en efecto, los elementos estructurales que permiten describir en forma inequívoca la conducta sancionada, de forma tal que el intérprete y operador jurídico pueda aplicarla conforme al principio de legalidad, en cuanto a su tipicidad, sin desconocer el principio de 'lex praevia'.

Cuando el legislador recurre a la remisión legislativa tácita, además de los anteriores requisitos, se hace necesario verificar que parte de la disposición en cuestión, es decir, el tipo penal en blanco, requiere complementarse con otros preceptos jurídicos, de tal manera que le permitan al intérprete y operador judicial identificar de manera precisa un determinado cuerpo normativo sin que haya lugar a ambigüedades, es decir, que de manera efectiva pueda completar la norma concreta a partir de la lectura de las normas a las que se remite.

En ese orden, ha de señalarse que el artículo 171 de la Ley 1407 de 2010 dispone la remisión legislativa al Código Penal en cuanto a delitos comunes *'Cuando un miembro de la fuerza pública, en servicio activo y en relación con el mismo ser-*

vicio, cometa delito previsto en el Código Penal ordinario o leyes complementarias, será investigado y juzgado de conformidad con las disposiciones del Código Penal Militar', lo cual implica que cuando se investiga a un miembro de la fuerza pública por hechos que estén tipificados como delitos en el Código Penal, solo se recurre a dicha disposición para determinar las hipótesis delictivas, pero la investigación, juzgamiento y ejecución de las penas deberá adelantarse conforme a las disposiciones previstas en el Código Penal Militar. (…)". **(Rad. 157736, 25 de septiembre de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

Opera frente a los condenados, a condición de que la condena esté produciendo efectos jurídicos en el tiempo

"(…) es preciso recordar que el artículo 44 de la Ley 153 de 1987 prevé que 'En materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, aun cuando aquella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito. Esta regla favorece a los reos condenados **que estén sufriendo su condena**' (subrayado y resaltado de la Sala).

La citada preceptiva deja ver con nitidez que si bien el principio de favorabilidad tiene lugar frente a los condenados, su aplicación está condicionada, entre otras, a que al momento en que se intente reconocer una disposición normativa más benévola, la pena se esté cumpliendo, esto es, que esté produciendo efectos jurídicos en el tiempo en el que se da la sucesión de leyes, así lo ha irradiado la doctrina constitucional:

'La prevalencia de una situación de permisividad o favorabilidad penal en oposición a la correlativa situación restrictiva o desfavorable, supone una sucesión de leyes en el tiempo que logra hacerse efectiva en dos situaciones: i) frente a las que se encuentren en curso, es decir, en los procesos que aún están en trámite en las etapas de investigación y juzgamiento, y ii) en relación con las personas ya condenadas cuya situación jurídica se encuentra consolidada en el tiempo. En este último caso**, es obligatorio que la situación ya definida jurídicamente continúe produciendo efectos al momento de la entrada en vigencia de una nueva legislación** que varía la normatividad en forma más benéfica, **pero solo en cuanto a la respectiva modificación que puede llegar a introducir en el régimen punitivo dadas las consecuencias que por ello se sigan evidenciando**, puesto que en relación con el régimen de la tipicidad la sentencia penal ya ejecutoriada es intangible. En consecuencia, para determinar cuál ha de ser la situación permisiva o favorable en materia penal predicable de situaciones jurídicas consolidadas, cuando han quedado sometidas a los alcances normativos de disposiciones que se suceden en el tiempo –una más favorable que la otra–, es forzoso analizar cada caso en particular, para de ahí definir la aplicación de la disposición que le permita al condenado gozar de los beneficios que le garantiza la aplicación directa del principio constitucional

de la favorabilidad, el cual es exigible por el mismo por tratarse de la titularidad de un derecho fundamental'[91]. (…)". (Destacado nuestro). **(Rad. 150958, 16 de junio de 2014, M. P.: TC. Noris Toloza González, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN INTEGRAL

Nulidad- Apreciación subjetiva del funcionario

"(…) Empiécese por señalar que la actuación carece de una **investigación integral**, al prescindirse de diligencias pertinentes, conducentes y necesarias para la total demostración de las circunstancias que rodearon el hecho investigado, pues los dictámenes periciales de medicina legal arrojaron incertidumbres y son insuficientes para establecer con precisión si la herida descrita y analizada en la necropsia de quien en vida respondía al nombre de OAPO es el resultado **inmediato** a las lesiones ocasionadas con arma contundente o es producto de la evolución de una herida menor, aunado a que los dictámenes no tuvieron en cuenta los testimonios del denunciante, ni de los médicos DLRB y RÁOM, falencias estas que nos alejan de una investigación seria e integral que pueda satisfacer los intereses de los procesados, de los familiares de la víctima o perjudicados y de la misma sociedad.

Así las cosas, estamos ante una apreciación subjetiva del funcionario, por cuanto ninguna actuación se realizó para desvirtuar la denuncia formulada por el hermano de la víctima, a quien le manifestó que fue objeto de agresión con culatazos en el estómago durante su captura en flagrancia por parte de la policía, pues, entre otras, no se solicitó una ampliación del dictamen de la necropsia a fin de establecer si la lesión descrita en la autopsia fue consecuencia de la **evolución** de varias lesiones que coalescen[92] sufridas horas antes por el señor O, medio de prueba que en forma directa le hubiera permitido al Juez establecer si efectivamente el hoy occiso al momento de ingresar a la estación ya se encontraba o no lesionado internamente y que debido al paso del tiempo, la lesión se le desarrolló hasta llegar a la descrita en la necropsia. (…)". **(Rad. 157693, 12 de agosto de 2013, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA

La sola mora en la resolución de la situación jurídica provisional no implica la trascendencia de la irregularidad

"(…) Por otro lado, nada más se indicó en el recurso, excepto la consideración anotada en el sentido de que no era pertinente tomarse la decisión porque se había sobrepasado el término legal, y tampoco nada se argumentó respecto a la trascen-

91 Corte Constitucional, radicado T-1343 de 2001 – M. P.: Dr. Álvaro Tafur Galvis.

92 Cfr. folio 120. Ampliación dictamen.

dencia de la misma, lo que relevaría a la Sala de evaluar una hipótesis de nulidad. Así mismo, tampoco se puede avalar el que expirado el término para resolver situación jurídica provisional pueda omitirse el agotamiento de esta subetapa procesal, porque la ley en ningún momento contempla ello como causal para el no agotamiento de este paso dentro de esta primera etapa de la estructura del proceso penal. Como lo expresa NANV, *'La inobservancia de los términos para tomar las decisiones judiciales, conforme parámetros establecidos en el ordenamiento penal adjetivo no conlleva nulidad, porque aunque tarde, se está administrando justicia en sentido material, resolviendo el conflicto social, o la situación concreta sometida a estudio judicial, naturalmente con independencia de la responsabilidad penal/ disciplinaria a que hubiere lugar'*[93].

Corolario de lo anterior, con base en el principio de trascendencia, no basta que se detecte una irregularidad, sino que ello afecte las garantías o derechos fundamentales, como lo recordaron el Ministerio Público ante esta instancia y el apoderado de la parte civil, lo que en este caso no solamente no fue expuesto en el recurso, pero tampoco se observa en la actuación, excepto una eventual responsabilidad disciplinaria del funcionario Instructor al resolver la situación jurídica provisional en un término que superó abiertamente el establecido en forma legal. (…)". (**Rad. 157697, 12 de julio de 2013, M. P.: CN. (R) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PRISIÓN DOMICILIARIA

La Justicia Penal Militar es una jurisdicción especial, con una codificación singular y autónoma que no introdujo este sustituto dentro de su normativa por voluntad de configuración legislativa

"(…) Procede la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar a decidir el recurso de apelación impetrado por el defensor CFAG contra la providencia del 20 de marzo de 2014, por medio de la cual el Juzgado de Instancia de Inspección General de la Fuerza Aérea Colombiana negó la sustitución de prisión intramural por domiciliaria al TS. TPG, condenado a la pena de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, inhabilidad para ejercer derechos y funciones públicas por cinco (5) años y separación absoluta de la fuerza pública, por el delito de falsedad ideológica en documento público.

La no procedencia de este sustitutivo en la jurisdicción castrense se ha venido apuntalando en pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional[94], así como de la misma Corte Suprema de Justicia[95], generando así una línea jurisprudencial

93 Pág. 1304, *Nulidades en el Procedimiento Penal,* tomo II, cuarta edición 2010, editorial Biblioteca Jurídica Dike.

94 Corte Constitucional, sentencia C-358-97, M. P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; sentencia C-361-01, M. P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; sentencia C-709-02, M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra; sentencia C-228-03, M. P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

95 Corte Suprema de Justicia, Radicado 11660 del 18 de junio de 2001, M. P.: Dr. Carlos Gálvez Argote; Radicado 17709 del 21 de julio de 2004, M. P.: Dr. Herman Galán Castellanos; tutela primera instancia No. 28840

afianzada sobre presupuestos claros en materia de la excepcionalidad de la Justicia Penal Militar.

La sustitución de la prisión domiciliaria en esta jurisdicción por no estar consagrada en el código punitivo castrense ha sido intentada por vía de tutela ante la Corte Suprema de Justicia, resultando infructuosa su aplicación[96].

En la reciente reforma al Código Penitenciario y Carcelario –Ley 65 de 1993– se incluyeron aspectos puntuales sobre la materia sometida a estudio, considerados también en la Ley 599 de 2000, expidiéndose así la Ley 1709 de 2014 actualmente en vigencia.

En la citada reforma el legislador en materia de la Justicia Penal Militar especifica en su artículo 19 cuáles son los sitios de reclusión para los miembros de la fuerza pública, tanto para el cumplimiento de la detención preventiva como para el caso de condenas que conduzcan a la privación de la libertad, no estableciendo en ninguno de sus apartes la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión para dicha jurisdicción o reformando en este sentido la legislación penal militar vigente; lo que sí efectuó respecto de la Ley 599 de 2000 –Código Penal– modificando sus artículos 38, 38B, 38C, 38D, 38E, pero como se advirtió de manera precedente, única y exclusivamente para la jurisdicción ordinaria.

De lo anteriormente señalado se desprende sin duda alguna que en esta jurisdicción especial no procede otorgar el sustituto de la prisión domiciliaria, por lo que de contera se hace innecesario analizar el arraigo familiar y social del condenado para dar aplicación al artículo 38B de la Ley 599 de 2000, razón por la cual se desatenderá el pedimento del defensor para en su lugar confirmar la providencia objeto del recurso de alzada, puesto que los argumentos esgrimidos no se ajustan a la normatividad vigente en materia penal militar, ni se ciñen a los precedentes judiciales precitados en esta decisión. **(…)". (Rad. 157657, 22 de abril de 2014, M. P.: CN (r) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

PROCESO PENAL MILITAR

Legitimación parte civil y víctimas

"(…) Hoy la tesis según la cual la parte civil dentro del proceso penal solo está interesada en la reparación económica está revaluada y en especial en materia penal militar, pues como lo ha precisado jurisprudencialmente la Corte Constitucional en las sentencias C-1149 de 2001, C-228 de 2002, C-228 de 2003, C-889 de 2003, por solo citar algunas, la víctima de un delito o los perjudicados por este tienen derecho a participar en el proceso penal para hacer efectivos sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, constituyéndose en verdadero sujeto procesal; por tanto,

96 Corte Suprema de Justicia, Radicado 28840 de 12 de diciembre de 2006, Radicado 29501 de 6 de febrero de 2007, Radicado 31455 de 6 de febrero de 2007.

al no permitir la participación de la víctima, con sujeción al procedimiento previsto en la ley, se estaría vulnerando el derecho al acceso a la justicia consagrado en el artículo 229 superior.

El Código Penal Militar –Ley 522 de 1999– no es indiferente frente al daño causado por la conducta delictiva y en ese orden consagra también la institución de la parte civil, aunque restringida en sus alcances a pesar de que dedica el capítulo para regular lo relacionado con la responsabilidad civil derivada del hecho punible, limitación que fue corregida por la Corte Constitucional con las sentencias C-1149 de 2001 y C-228 de 2003, al declarar inexequibles aquellos aspectos que restringían los derechos de las víctimas.

La Ley 522 de 1999, en el libro tercero, título V, capítulo V, consagra como sujeto procesal la parte civil en el proceso penal militar y le fija como objeto exclusivo el impulso procesal para contribuir a la búsqueda de la verdad de los hechos, debiéndose entender conforme a la jurisprudencia constitucional y penal vigente, que su objetivo no es solo la búsqueda de la verdad, sino además la justicia y la reparación.

En la precitada disposición, regula igualmente otros aspectos relacionados con la responsabilidad civil derivada del hecho punible y la ritualidad que se debe observar en su tramitación, así establece que el perjudicado con el delito puede hacerse parte, por sí o por intermedio de apoderado desde el momento de la apertura de la investigación hasta antes de dictarse el auto que señala fecha y hora para la iniciación de la audiencia pública de juzgamiento, algunos requisitos de la demanda, el rechazo, las facultades de civil, pero no regula en su totalidad el trámite y demás disposiciones de carácter sustancial.

Es evidente que se presenta un vacío o laguna en la regulación del trámite que debe darse a la demanda de parte civil, por ello se hace necesario recurrir por integración normativa, conforme a lo preceptuado en el artículo 197 de la Ley 1407 de 2010, a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal que regulan esta materia y Código de Procedimiento Civil en aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en el Código Penal Militar.

Regresando a la regulación prevista en el Código Penal Militar (Ley 522 de 1999), debe resaltarse que le reconoce una serie de facultades a la parte civil para ejercerlas dentro del proceso penal militar, entre otras: 1) Recurrir el auto inhibitorio, solo en el caso de tener la calidad de denunciante o querellante (artículo 459); 2) Le concede el derecho a solicitar y controvertir las pruebas, a impugnar las decisiones y a realizar las demás actuaciones que en desarrollo de este principio autoriza la ley (artículos 216 y 309); 3) Podrá intervenir en la audiencia pública de corte marcial (artículo 572); 4) Está legitimado para presentar demanda de casación (artículo 369) y la acción de revisión (artículo 374), es decir, se constituye en un verdadero sujeto procesal, cuando se halle procesalmente legitimado. (…).

No obstante lo anterior, debe advertirse que no todas las personas que aleguen un interés en el proceso pueden constituirse en parte civil, en tanto que el interés legítimo para intervenir en el proceso depende, entre otros requerimientos, del

bien jurídico protegido con la conducta en el caso concreto, la lesión generada por el hecho punible y el daño real ocasionado a la persona o personas afectadas por la conducta punible, sin que necesariamente sea de carácter patrimonial, en suma, los titulares de la acción civil individual, es decir, los sujetos legitimados para enervar la demanda son solamente quienes acrediten haber sufrido una lesión o daño real con la conducta punible, según se infiere del contenido de los artículos 305 de la Ley 522 de 1999 y 45 de la Ley 600 de 2000.

En cuanto a la oportunidad para constituirse en parte civil dentro del proceso penal militar, la Ley 522 de 1999 preceptuaba que era '*desde el momento de la apertura de investigación*' y en idénticos términos lo consagraba el artículo 47 de la Ley 600 de 2000, '*a partir de la resolución de instrucción*', limitación que fue declarada inexequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-228 de 2002 bajo el argumento que restringía la actuación de la parte civil en la indagación previa y con ello se vulneraba el derecho de acceso a la justicia.

Consecuente con lo expresado en precedencia, habrá de señalarse que dentro del proceso penal militar está legitimado para intervenir en el proceso quien acredite la calidad de víctima o perjudicado con la conducta punible, para lo cual deberá constituirse en parte civil incluso desde la etapa de indagación preliminar, si la víctima o perjudicado no se constituye en parte civil, solo tendrá derecho a recibir información sobre el proceso mediante derecho de petición, pero no tendrá acceso al expediente dado que no es sujeto procesal.

Para constituirse en parte civil deberá cumplir con unos presupuestos o requisitos establecidos en la ley, 1) el escrito deberá ajustarse a los presupuestos[97] formales y sustanciales que permitan apuntalar una relación procesal legítima entre los sujetos implicados en el juicio criminal; 2) la acción civil debe buscar una finalidad constitucional y legalmente admisible, vale decir, la objetivación de los derechos de las víctimas y perjudicados a la verdad, la justicia y la reparación; y 3) deberá acreditar un daño concreto, real y específico que legitime su participación en el proceso penal militar.

Una vez que la víctima o perjudicado con la conducta punible se haya constituido en parte civil, se convierte en un sujeto procesal con todos los derechos y garantías procesales y en ese orden estará legitimado para a solicitar y controvertir las pruebas allegadas al expediente, impugnar las decisiones que se adopten dentro del proceso cuando afecten sus intereses, intervenir en la audiencia pública de corte marcial, presentar demanda de casación y la acción de revisión y demás derechos y facultades otorgadas legalmente a las partes, sujetas al interés que le asiste dentro del proceso. (…)". **(Rad. 157561, 30 de octubre de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).**

97 Artículos 305 y 306 de la Ley 522 de 1999, en integración normativa con los artículos 45 y 48 de la Ley 600 de 2000 y demás normas sobre la acción civil previstas en el Código de Procedimiento Civil.

PROCESO PENAL MILITAR - ESTRUCTURA

Debido proceso- Garantías judiciales desconocidas por el funcionario judicial- Presupuestos para la cesación de procedimiento

"(…) Es imperioso referirnos, que en un Estado social de derecho como el nuestro, el debido proceso debe observarse en toda clase actuaciones judiciales y administrativas, las situaciones de controversia que surjan de cualquier tipo de proceso requieren de una regulación jurídica previa que limite los poderes del Estado y establezca el respeto de los derechos y obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna actuación de las autoridades dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentre sujeta a los procedimientos señalados en la ley o los reglamentos.

Por otra parte, hay que decir que fue el mismo legislador quien en el ordenamiento Penal Militar dispuso que en cualquier estado del proceso en que el Juez, en primera o segunda instancia, advierta que exista alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 388 del estatuto penal castrense, decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal y ordenará que se reponga la actuación que dependa del auto cuya nulidad (art. 389 C. P. M.) afecte el debido proceso.

Es así como la declaratoria de nulidad por la causal segunda y tercera del artículo 388 del Código Penal Militar solo debe aplicarse como última medida para dirigir el proceso, siempre y cuando efectivamente trascienda de tal modo que afecte las garantías fundamentales de los sujetos procesales o desconozca alguna de las etapas de instrucción, calificación o juzgamiento, pues lo que persigue en sí, es garantizar a plenitud el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa. (…).

De lo observado se infiere que la funcionaria desconoció de tajo el proceso penal en su estructura, en su parte sustancial, los efectos de los recursos y su trámite, y lo más grave aún, las formas de vinculación al proceso penal y del respeto por las garantías judiciales que deben ser tenidas en cuenta por todos los funcionarios judiciales bajo el marco constitucional y los principios rectores de la ley procesal penal.

¿Cómo entender un auto de este alcance cuando precisamente una providencia interlocutoria como es la de cesación de procedimiento contiene una decisión de fondo y por ende el recurso de apelación se concede en el efecto suspensivo (leer artículo 361 inciso tercero de la Ley 522 de 1999, Código Penal Militar), mas no devolutivo como lo señala?

Es decir, el a quo se arrogó una facultad no autorizada por el legislador para pronunciarse sobre su misma decisión –que es objeto de alzada– para enmendar errores (crasos) que eran ya de resorte de esta Corporación.

De este primer análisis se colige que el auto de 5 de julio de 2013 es a todas luces atentatorio del debido proceso y de las formas propias de toda actuación procesal, amén de lo anterior, carente de toda validez jurídica.

Precisamente cuando la funcionaria se percató de los yerros judiciales, trató de enmendarlos, cuando ya era tarea de la segunda instancia, quien obviamente concluye que no solamente este proveído de fecha julio 05 de 2013 es nulo, sino también el auto de fecha 31 de mayo de 2013, precisamente por esa afectación al debido proceso y al derecho de defensa.

Y la consecuencia además no podía ser la de revocar su proveído –irregular a todas luces–, sino la nulidad de diversas actuaciones para cada caso en particular. (…).

Precisamente sobre este tema en particular la Corporación en repetidas oportunidades[98] ha insistido, acorde con lo emanado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que para dar aplicación al contenido normativo del artículo 231 del Código penal Militar, y en consecuencia, disponer el cese de procedimiento en la etapa instructiva de la investigación, no debe existir la más mínima duda respecto a la existencia del supuesto de hecho invocado, de los contemplados en la preceptiva en alusión, esto es, que el hecho imputado no ha existido, que el procesado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o se obró dentro de una causal de ausencia de responsabilidad, o que el proceso no puede iniciarse o no puede proseguirse, pues si alguna oscuridad surge al respecto, impide la terminación anticipada del proceso. (…).

La cesación de procedimiento es una decisión de fondo que tiene fuerza vinculante de la cosa juzgada, puesto que ejecutoriada esta decisión de naturaleza excepcional, impide el cumplimiento de las metas propuestas en el proceso penal, por lo cual debe adoptarse con base en las causales previstas en el Código Penal Militar y allí señaladas, exigiendo para el caso en particular la certeza sobre la demostración de sus presupuestos que impidan precisamente continuar el trámite procesal. (…).

Por otra parte, hay que decir que este Colegiado ha sido insistente en indicarle a los operadores judiciales castrenses que para la procedencia de la terminación del proceso por vía de la cesación de procedimiento al ser un acto procesal por medio del cual el funcionario judicial da culminación anticipada al sumario por cualquiera de las causales señaladas en el artículo 231 del Código Penal Militar, impidiendo continuar con la investigación, se requiere estar plenamente demostrada la causal propuesta, pues dicha decisión no admite margen de duda alguna, ni inquietudes respecto a la comisión o no del hecho o elementos con que se llevó a cabo el mismo, como en idéntico sentido lo ha precisado la Honorable Corte de Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (…)". **(Rad. 157743, 05 de septiembre de 2013, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira. Tercera Sala de Decisión).**

98 Sentencia 156950. Tribunal Superior Militar, del 30 de junio de 2011, M. P.: CN. (r) Carlos Alberto Dulce Pereira. Sentencia 156209. Tribunal Superior Militar, 17 de septiembre de 2010, M. P.: CN. (r) Carlos Alberto Dulce Pereira.

PRUEBAS EN EL JUICIO

Marcos de referencia que determinan su pertinencia, conducencia y necesariedad

"(…) Como el punto de discusión que hoy se plantea en este escenario procesal es la pertinencia, conducencia y necesariedad de la práctica de unas pruebas pedidas en la etapa de investigación, es menester entonces comenzar por afirmar que dichos juicios tienen unos referentes distintos, según el momento procesal del que se trate, toda vez que mientras en la etapa del juicio están estrechamente ligados a los elementos fáctico-probatorios y jurídicos de la pieza acusatoria, en la etapa instructiva, no, aquí existe amplitud probatoria, de cara a la verificación de los hechos y la responsabilidad o no del acriminado, tal como se desprende del contenido de los artículos 400, 402, 460, 467, 469 y 396 del C. P. M., y como en este sentido lo ha enseñado la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia:

'(…) Y pasa de esta manera porque el referente en una y otra fase procesal para determinar la pertinencia y conducencia de las pruebas, es diferente. En la instrucción, que es una etapa de descubrimiento, se aventuran hipótesis explicativas de los hechos, se exploran pistas, se indaga sobre la existencia de evidencias que puedan contribuir a la constatación o desvirtuación de esas hipótesis investigativas y obviamente a dilucidar lo sucedido, a determinar si se infringió la ley penal, quién lo hizo, por cuáles motivos y en qué circunstancias. El marco de referencia para disponer pruebas en la investigación, entonces, es bastante amplio. Si se está en pos de reconstruir en detalle un hecho del pasado, muchos medios de prueba pueden parecer idóneos para el logro de esa finalidad (así sea para descartar una línea de investigación) y es razón suficiente para decretarlos…'[99].

Desde la anterior perspectiva, y en total acuerdo con el concepto del delegado ministerial ante esta Instancia, se considera acertado el raciocinio que tuvo la instructora para negar la práctica de las pruebas solicitadas por la defensa, en primer lugar, porque no explicó a la judicatura qué pretendía probar con la prueba medicolegal de la denunciante y la información médica de ella, cuando era una carga procesal suya, a efectos de que el Juzgado pudiera tener claridad si esas probanzas, en punto de los juicios de pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba, satisfacían las finalidades del proceso, esto es, si apuntaban al esclarecimiento de los hechos y la responsabilidad o no de los investigados.

No se olvide que pese a la libertad y amplitud probatoria que existe en esta etapa del proceso, como quedó consignado atrás, no por ello se debe entender que la parte que peticiona el medio de convicción queda liberado de la obligación procesal de demostrar que la probanza es pertinente, conducente y útil para la demostración o no del hecho, y la responsabilidad o inocencia del investigado. (…)". **(Rad. 157532, del 3 de octubre de 2013, M. P.: TC. Noris Toloza González, Primera Sala de Decisión).**

99 Corte Suprema de Justicia, M. P.: Carlos Eduardo Mejía Escobar, Radicado 10863.

PRUEBA PERICIAL - VALORACIÓN

La prueba técnico-científica y su importancia en el delito de homicidio

"(…) Realizada la materialización de la trayectoria seguida por el proyectil disparado por el arma de fuego que portaba el SI. OF, así como la prueba técnico-científica mencionada, conforme a la versión de procesado y de sus homólogos, no es acorde a lo descrito en el protocolo de necropsia, ni a lo referido en este último dictamen pericial, lo que descarta de plano la posición que dice el procesado tenía respecto de la víctima al momento de accionar su arma de fuego, lo que también se soporta en las declaraciones rendidas por los demás deponentes como NEJ, RCR y ESC e incluso el mismo AG. MC quien expone que la víctima estaba de pies al momento del disparo.

Para la Sala esta prueba técnica tiene el suficiente valor y rigor científico para que se aprecie en su real dimensión, puesto que está soportado además en el protocolo de necropsia, desvirtuando per se la versión o dicho del procesado y del policial BZ, quien atendía también el procedimiento policial, para así dar crédito a lo que en su momento depusieron los declarantes mencionados, lo que es conteste con la prueba pericial que nos indica que

'Realizada la materialización de la posible trayectoria seguida por el proyectil disparado por el arma de fuego que portaba el día de los hechos objeto de la presente diligencia, el señor SI. O.F., fue esta es de adelante hacia atrás, de arriba hacia abajo y de derecha a izquierda, deduciendo que el victimario se encontraba de frente de la víctima, quien a su vez se hallaba en el mismo plano y no en el piso como lo ha manifestado en el decurso de la investigación, siendo esta trayectoria acorde a lo referido en el protocolo de necropsia, en la descripción de heridas del orificio de entrada y el orifico de salida y en la trayectoria anatómica'.

Esta tesis y planteamientos cobran fuerza con lo expuesto por el Instituto Nacional de Medicina Legal-Laboratorio de Balística Forense que puede resumirse en lo siguiente:

1. *'…Que el disparo se produjo a larga distancia, es decir, superior a 1,20 metros entre la boca de fuego del arma y la zona afectada de la víctima.*
2. *Que la reproducción esquema corporal de los orificios de entrada y salida, así como las trayectorias no es congruente con las imágenes del simulacro.*
3. *Las estaturas tanto de la víctima (1,66 m), como de victimario (1,65 m) era prácticamente la misma.*
4. *La condición en que el victimario se encontraba (en el piso), y con la mano derecha incómoda dificultaba la obtención de dicha trayectoria.*
5. *De la trayectoria del proyectil en el cuerpo de la víctima nos indica que el victimario se encontraba de frente a la víctima y en un mismo plano...'.*

La misma experticia pericial aclara que la posición era frente a frente de víctima y victimario, correspondiendo al instante mismo de efectuarse el disparo.

Para esta Corporación es claro que compete precisamente al funcionario judicial efectuar esa valoración de acuerdo a la esculticia procesal, para de esta forma, con los demás medios probatorios y conforme a la sana crítica, apreciar la prueba en su contexto.

Estas experticias técnicas, valoradas conforme a la sana crítica, cotejadas con las demás probanzas, permiten arribar a la conclusión que lo expresado y sostenido a través de la actuación por el SI. O.F. no resulta creíble y no se ajusta a la realidad, perdiendo consistencia sus afirmaciones y dichos de sus pares, quienes depusieron que este accionó su arma desde el suelo y cuando el joven F.O. se le acercó para propinarle con su arma blanca un golpe sobre su cuerpo, lo que de plano también desvirtúa la inminencia de un ataque. (…).

Lo cierto es que el a quo le dio plena credibilidad a lo expuesto por el procesado en aras de justificar su actuar, pero desconoció de tajo la expertica científica y los demás testimonios para con base en esos hechos narrados por el policial y avalados por sus pares, llegar a la conclusión que fue legítimo su actuar, cuando la realidad procesal nos indica que esto no ocurrió de dicha forma, puesto que al momento de accionar el arma el SI. OF se encontraba en el mismo plano de la víctima, a una distancia aproximada de dos metros como lo indicaron algunos declarantes, incluso el policial MC, circunstancias fácticas que como ya se manifestó, tienen todo el respaldo en la prueba técnico-científica para darle suficiente credibilidad en la forma como se llevaron a cabo los hechos, descartando de plano la versión del culpado a la que se le resta verosimilitud y calidad asertiva, aunado a que su versión de la forma como se encontraba para ese entonces frente a F no es concordante con la posición de víctima-victimario, prueba de ello son los análisis de balística de acuerdo a las posiciones que tenían cada uno de ellos, siendo la más acertada y ajustada a la realidad procesal la de los demás deponentes.

De esta forma, los argumentos esgrimidos por la Primera Instancia descontextualizan la realidad probatoria y desconocen la prueba técnica que fue realizada por el Instituto Nacional de Medicina Legal, valoración que debe hacerse con todo el recaudo probatorio, haciendo un análisis crítico.

Como lo reitera la Sala, son precisamente esas pruebas periciales las que permiten llegar a la conclusión que el dicho del procesado NO se ciñe a la realidad fáctica, puesto que lo que hace el Instituto de Medicina Legal es aclarar circunstancias en que pudo presentarse el hecho, toda vez que su conclusión es clara en el sentido que si bien caben varias posibilidades basadas en las versiones del procesado y de los testigos en cuanto a la acción que desplegaba la víctima al recibir el disparo, que se encontraba agachado, o que se hallaba de frente a este, caminando, corriendo, etc., existe una constante basada en la prueba científica del protocolo de necropsia según el cual de acuerdo a la ubicación de los orificios de entrada y salida y la correspondiente trayectoria anatómica del disparo, la víctima se hallaba de frente al tirador al momento de efectuar la descarga. (…)”. **(Rad. 154378, 13 de junio de 2013, M. P.: CN. (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).**

REBAJA DE PENA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 493 DE LA LEY 1407 de 2010

Inaplicabilidad por falta de implementación del sistema acusatorio

"(…) no es posible conceder dicho beneficio de la rebaja hasta la mitad de la pena imponible, primero porque no convergen los requisitos para que resulte procedente su concesión y segundo porque no se pueden equiparar los dos sistemas procesales existentes para hacer prevalecer la favorabilidad del procesado, ya que los dos institutos jurídicos no gozan de igual regulación en las citadas legislaciones y respecto de ellos no se predican similares presupuestos fácticos y procesales, en tal sentido solo es posible otorgar la rebaja de una sexta parte de la pena a imponer de acuerdo a la norma aplicable en materia procedimental (Ley 522 de 1999) y de conformidad con el criterio que ha venido sosteniendo la Corporación en reiterados pronunciamientos, así como lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia-Sala Penal.

Si bien la Ley 1407 de 2010 prevé una serie de beneficios al condenado, estos solo resultan favorables en la medida que se aplican bajo los parámetros de los preacuerdos y las negociaciones, pues también la misma ley contempla el aumento y endurecimiento de las penas propio del sistema penal acusatorio –verbigracia el incremento que para este tipo de delitos se consagró en la Ley 890 de 2004–; sin embargo, como el sistema acusatorio aún no se ha implementado en la Jurisdicción Castrense, tampoco resulta lógico aumentar el monto de la pena al condenado.

En este orden de ideas, la inaplicabilidad de la rebaja de pena prevista en el artículo 493 de la Ley 1407 de 2010 puede sustentarse en la falta de implementación del sistema acusatorio en la Justicia Penal Militar y no en el desconocimiento del principio de favorabilidad que obliga a los jueces a aplicar la norma más benigna, ya que precisamente en cumplimiento de ese mandato judicial la Corporación ha venido reconociendo los beneficios que contempla la nueva codificación castrense en su parte general y especial. (…)". **(Rad. 156646, 13 de agosto de 2013, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

RECURSO DE APELACIÓN

Carga procesal de quien lo interpone- Es un mecanismo de control y acierto de lo decidido que impide hacer un nuevo juicio fáctico y jurídico con prescindencia de lo resuelto por el a quo

"(…) Previamente a resolver la apelación presentada por la defensa, es necesario precisar que este recurso, a más de ser realidad viva del derecho a acceder a la segunda instancia, es ni más ni menos que un instrumento procesal a través del cual el superior funcional jurisdiccional ejerce un control de juridicidad y acierto respecto de las decisiones que han emitido sus inferiores funcionales, y por tanto no puede ser concebido como un mecanismo por medio del cual se intente logar un nuevo juicio fáctico y jurídico con prescindencia de lo que el a quo ya ha resuelto,

así lo ha enseñado la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, veamos:

'[…] atendiendo el carácter progresivo que nuestro sistema ostenta, la apelación, como una de las formas de acceder a la segunda instancia, no ha sido instituida a manera de un nuevo juicio fáctico y jurídico con prescindencia de lo ya resuelto por el a quo, sino como instrumento de control de juridicidad y acierto de las decisiones adoptadas por los funcionarios de primer grado, limitada, por tanto, a revisar los aspectos sobre los que la parte que a dicho mecanismo acude manifiesta inconformidad (resaltado nuestro).

Y si bien esta inconformidad en últimas recae sobre el sentido de la decisión adoptada por la primera instancia, esto en modo alguno indica que en todos los casos la impugnación verse sobre la totalidad de los aspectos contenidos en ella, pues, como párrafos arriba se ha dejado expuesto, es la sustentación del recurso la que impone el límite al funcionario de alzada. Entenderlo de manera diversa conllevaría reconocer que la exigencia de interponer oportunamente el recurso y sustentarlo frente a los motivos de disenso constituye apenas la apertura de una vía de acceso sin limitación ninguna para el funcionario de segundo grado, lo cual repugna a la idea de proceso reglado y contradictorio'[100].

Vistas así las cosas, es nítido que si el recurso de apelación se entiende también como un mecanismo de control y acierto de las decisiones de los inferiores, es por tanto carga procesal ineludible de quien acude a él, explicitar de manera concreta, en la sustentación, los motivos por los cuales no comparte los hechos o el derecho, o aún, las valoraciones probatorias, que hizo el juez de la primera instancia, para que sea entonces el superior funcional de quien profirió la decisión censurada quien, sobre ese límite de valoración y análisis, entre a resolver lo que corresponda en derecho, bien sea, revocando la decisión, modificándola o confirmándola, según corresponda. En este sentido lo ha irradiado la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia, miremos:

'Advertido lo anterior se tiene que de conformidad con la preceptiva del artículo 27 de la Ley 81 de 1993 (194 de la Ley 600 de 2000), la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia constituye una carga procesal para el impugnante, de ineludible cumplimiento si aspira a conseguir que el superior funcional de quien la profirió conozca los motivos de su inconformidad a fin de que la modifique, aclare o revoque. No a conclusión distinta puede llegarse de la consecuencia procesal prevista por la ley para cuando dicha carga se incumple, que no es otra que la declaratoria de deserción del recurso.

La sustentación debe traducirse en la manifestación de las razones fácticas, jurídicas o probatorias, sobre las cuales se funda la discrepancia con la decisión impugnada, sin que ello implique que tal intervención deba verificarse de una determinada manera, en tanto que lo que se ofrece trascendental es que al funcionario que debe resolver el recurso le sean señalados en concreto los motivos de

100 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 02 de mayo de 2002, Radicación 15262 – M. P.: Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll.

disentimiento, que a la postre son los que delimitan su órbita funcional (artículo 24 de la Ley 81 de 1993).

Lo anterior es así, porque los preceptos procesales no establecen una específica forma de impugnación, de donde resulta razonable concluir que puede tenerse como adecuada sustentación aquella mediante la cual explícitamente se refutan los fundamentos de la providencia atacada, con indicación de las motivaciones o conclusiones que se consideran equivocadas, o a partir de la postulación de un criterio diverso del allí contenido, para el cual se reclama prevalencia a través del recurso interpuesto'[101], [102].

Y, en el mismo sentido también lo ha expresado la Jurisprudencia del Consejo de Estado:

'En relación con la sustentación del recurso de apelación esta Corporación ha precisado lo siguiente.

'... Si bastara al recurrente afirmar en todos los casos, al impugnar una decisión judicial, que se atiene a lo afirmado y sostenido en el curso de la instancia, sobraría en absoluto la exigencia perentoria contenida en el inciso segundo del artículo 212 del C. C. A.

La necesidad de que el recurrente aporte argumentos en contra de que los fundamentos del fallo apelado, **los cuales constituyen la base de estudio de la decisión de segundo grado,** es reafirmada por el inciso, subsiguiente, al sancionar con la deserción del recurso la omisión del requisito en estudio (las negrillas y subrayas fuera de texto).

Al no haber expuesto el recurrente las razones que motivaron su disconformidad con las motivaciones y conclusiones de la sentencia que puso fin a la primera instancia, no le es permitido al ad quem hacer un nuevo estudio de fondo acerca de las pretensiones incoadas, sin incurrir en palmario quebranto de la norma procedimental que exige la debida sustentación del recurso de apelación' (sentencia de 6 de junio de 1987, expediente número 338, actor: Fernando Sarmiento Cifuentes. Consejero ponente: doctor Samuel Buitrago Hurtado).

'... Tal exigencia implica que el recurrente en el escrito de sustentación señala el ámbito o marco procesal a que debe circunscribirse el juez ad quem para decidir el recurso.

La competencia de este queda pues limitada a confrontar la providencia recurrida con los motivos de inconformidad aducidos por el recurrente. No puede, por consiguiente, el juez de segundo grado analizar la providencia recurrida en aspectos diferentes a los controvertidos en el escrito de sustentación del recurso (…)'.

101 Cfr. sentencia de casación de 22 de mayo de 2003. Radicación 20756.

102 Sentencia del 3 de julio de 2003, radicación 14026 – M. P.: Dra. Marina Pulido de Barón.

(Sentencia de 17 de julio de 1992, expediente número 1951. Actor: Óscar Conde Ortiz, Consejero ponente: doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz) (destacado nuestro).

'... De acuerdo con la jurisprudencia '... el deber de sustentar este recurso (se refiere al de apelación) consiste precisa y claramente en dar o explicar por escrito la razón o motivo concreto que se ha tenido para interponer el recurso; o sea para expresar la idea con un criterio tautológico, presentar el escrito por el cual, mediante la pertinente crítica jurídica, se acusa la providencia recurrida a fin de hacer ver su contrariedad con el derecho y alcanzar por ende su revocatoria o modificación (Corte Suprema de Justicia. Providencia de 30 de agosto de 1984, Magistrado Ponente: doctor Humberto Murcia Ballén, Código de Procedimiento Civil. José Fernando Ramírez Gómez, colección Pequeño Foro, página 319)'.

(Auto de Sala Unitaria del Consejero, doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, de 17 de marzo de 1995, expediente número 3250, actores: Sociedad Trasalfa Restrepo Hermanos y Cía.).

En esta oportunidad la Sala reitera los criterios antes esbozados en cuanto a que es presupuesto sine qua non de la sustentación del recurso de apelación la referencia clara y concreta que el recurrente haga de las consideraciones de la sentencia apelada y de los argumentos tendientes a dejar sin sustento jurídico las mismas, pues precisamente al juzgador de segundo grado corresponde hacer dichas confrontaciones en orden a concluir si la sentencia merece o no su confirmación'[103].

Lo anterior era del caso aclararlo porque en el presente asunto la defensa al comienzo de su escrito se limitó a transcribir extensivamente lo que fueron sus intervenciones en la solemnidad marcial y no a explicitar cuáles las razones de hecho o de derecho por las cuales no comparte la decisión protestada, impidiéndole a la Segunda Instancia conocer sus inconformidades y los puntos sobre los cuales la Corporación debe resolver. (…)". **(Rad. 157610, del 27 de febrero de 2014, M. P.: TC. Noris Toloza González, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

RELEVANCIA DE LA PRUEBA TÉCNICA EN LA INVESTIGACIÓN PENAL

Al haber contradicciones en los testigos respecto a los hechos, la prueba técnica cobra importancia para determinar la forma como estos pudieron ocurrir

"(…) La Fiscalía 148 Penal Militar calificó el mérito del sumario por los delitos de homicidio y lesiones personales en modalidad dolosa y por los mismos reatos fue enjuiciado y condenado el PT. (r) DB, desconociendo que la situación fáctica y

103 Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Radicado 3523 – C. P.: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

probatoria refleja que estamos en presencia de una tentativa de homicidio y no ante un delito de lesiones personales.

Esta afirmación radica precisamente en que tanto la acusación como la sentencia contravienen la prueba que reposa en la foliatura en lo que corresponde a la calificación de la conducta que se hizo, respecto de los hechos relacionados con el particular RACS y su repercusión jurídico-penal.

Frente a la relevancia de la prueba técnica en el proceso penal, esta Sala ha precisado que no se puede pasar por alto que el esclarecimiento de un hecho criminal no se basa siempre en pruebas de carácter testimonial o indicios, puesto que la prueba técnica es la que en realidad en muchos casos arroja luz sobre lo sucedido, como efectivamente se puede apreciar en este proceso, que le corresponde al Juez interpretar y analizar[104].

Teniendo en cuenta el disparo, la zona en la que impactó a RACS, la forma como atraviesa el proyectil a este para luego impactar a su hijo, quien luego muere como consecuencia de la lesión sufrida, además de tener en cuenta la distancia del disparo que arroja la prueba técnica que como se ha dicho oscila entre los 2.5 a 4.0 metros, donde a esa distancia para un tirador poco experto el blanco es totalmente visible y no necesita alinear perfectamente el punto de mira trasero con el delantero de su fusil para impactar en el blanco, es clara la intencionalidad del autor material.

Así las cosas, con los dictámenes referidos, teniendo en cuenta la valoración de las pruebas que han hecho tanto el ente fiscal como el juzgador, lo que se evidencia es la materialización de una agresión, con un resultado objetivo que refleja en la actuación procesal la intencionalidad y la forma como tuvieron ocurrencia los hechos, lo que permite inferir cuál fue el designio de quien llevó a cabo la conducta, y dicho designio se refleja a través de los actos externos ejecutados; el arma que utilizó el PT. (R) DB que era nada más y nada menos que un fusil tipo Galil, arma de largo alcance, previamente cargada y desasegurada, la forma como la empleó y la localización de la herida en el cuerpo y humanidad de la víctima RACS, con las consecuencias por demás de grave consideración y que obran en el dictamen medicolegal por lesiones las cuales le generaron una incapacidad laboral definitiva de 180 días y secuelas por deformidad física que afectan el cuerpo por múltiples cicatrices en el tórax y abdomen, perturbación funcional del órgano del sistema muscular por las hernias de la pared abdominal, perturbación funcional de órgano de la excreción urinaria por la pérdida del riñón izquierdo, perturbación funcional del órgano del sistema digestivo por la colostomía, todas de carácter permanente. **(…)". (Rad. 157204, 26 de noviembre de 2014, M.P. CN. (RA) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión).**

104 Tribunal Superior Militar, Sala Tercera de Decisión, Radicado 156270, 26 de febrero de 2014, M. P.: CN. (RA) Carlos Alberto Dulce Pereira.

SOLICITUD DE NULIDAD POR FALTA DE COMPETENCIA

Del *ab initio criminal*

"(…) En otros términos, se podrá decir entonces que el marco normativo constitucional y legal y el desarrollo jurisprudencial indican que la Jurisdicción Castrense tiene competencia para administrar justicia no solo en los delitos típicamente militares, sino también en aquellos delitos comunes que hayan tenido ocurrencia bajo una relación próxima con la función asignada a la fuerza pública, y que tal conducta haya sido cometida por un miembro de la institución castrense o policial en actividad.

Ahora bien, el punto de reflexión se da en cuanto al segundo elemento enunciado del fuero, es decir, el factor funcional que se da por la relación que exista entre el delito y un acto lícito del servicio, en tal sentido ha de referirse previamente que los delitos de los que se demanda dicha relación pueden ser tanto culposos como dolosos y naturalmente estos últimos conllevan en el i*ter criminis* la etapa inicial del plan de autor y en consecuencia, por este solo hecho, no es viable afirmar de manera abstracta que la justicia penal militar carecería de competencia. (...).

Al respecto es necesario mencionar que en la realización de un delito transcurren una serie de etapas denominadas por la doctrina el *iter criminis*, el cual inicia en la ideación, pasando por los actos preparatorios y luego llegar a la fase de ejecución y posterior consumación, elementos pertenecientes a los delitos dolosos, y así se afirmó desde la escuela clásica. Consecuente con ello, todo delito doloso inicia con el plan de autor.

Ahora bien, los delitos comunes que juzga la justicia penal militar requieren que tengan una relación con un acto del servicio legítimo, es decir, que en la cronología de eventos, primero, surge un acto del servicio y posterior a él, surge el delito. La reflexión sobre el postulado *ab initio criminal* radica en verificar que aquel acto del servicio no haya sido concebido para ponerlo a favor del delito.

En otras palabras, crear un acto del servicio ilegítimo y a partir de tal contexto desarrollar conductas delictivas implica la falta de competencia de la justicia penal militar por considerarse un acto '*ab initio criminal*' en virtud a que el sujeto que comete el delito previamente ha creado el acto del servicio de manera ilegítima, es decir un comportamiento ilegítimo sobre el contexto del acto del servicio, ex ante al plan de autor del punible que se investiga.

Por el contrario, entonces, la conducta delictiva será de competencia de la justicia penal militar por pregonarse tener una relación con un acto del servicio legítimo, conducta delictiva aquella que ha surgido como extralimitación o deformación de un acto del servicio lícito, a manera de ejemplo, sea el caso del punible de concusión cuando un miembro de la fuerza pública sabe que al día siguiente participará en la instalación y ejecución de un puesto de control en la vía para verificar documentación de los vehículos, y de tal conocimiento despliega la idea criminal

sobre cómo ejecutar y consumar una conducta concusionaria, dentro del contexto de aquella actividad de control vehicular.

Sobre el mismo ejemplo, la competencia será de la jurisdicción ordinaria cuando se crea de manera ilícita el procedimiento de control documental (conducta ex ante - al delito) sobre los vehículos y dentro de tal ilicitud desarrollar el iter criminis (plan de autor - preparación - ejecución - consumación) de la conducta delictiva concusionaria, es decir, que aparentemente el puesto de control era legítimo cuando no lo era y a partir de tal irregularidad se comete la conducta delictiva, este sería el desarrollo del presupuesto 'ab initio criminal' que menciona la jurisprudencia de la Corte Constitucional, 'ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales[105]. (…)". **(Rad. 156508, 28 de octubre de 2014, M. P.: CR. Fabio Enrique Araque Vargas, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

SUSTITUCIÓN DE CAUCIÓN PRENDARIA POR JURATORIA

Para demostrar la incapacidad económica absoluta del procesado debe demostrarse prueba sumaria de la situación de extrema necesidad

"(…) si lo pretendido por la defensa era demostrar la incapacidad económica absoluta del procesado para cancelar la caución fijada en medio salario mínimo legal mensual, es decir, doscientos noventa y cuatro mil setecientos cincuenta pesos ($294.750), no resultaba suficiente argumentar que su poderdante se encontraba en dicha situación de extrema necesidad, sino que además era necesario que por lo menos allegara prueba sumaria del hecho, como por ejemplo el desprendible de nómina, constancia de gastos educativos, certificados financieros que permitan evidenciar que en efecto le es imposible cumplir con tal obligación.

Fueron dos los criterios que tuvo en cuenta el a quo para determinar el tipo de medida que procedía en este proceso y que no pudieron ser desvirtuados por el apelante para llevar a esta Sala de Decisión a variar la medida y acoger su pretensión:

1. Expreso mandato legal (aspecto objetivo)

El artículo 527 de la Ley 522 de 1999 establece:

La caución es juratoria o prendaria y se aplica con relación a los delitos cuya pena mínima sea inferior a dos (2) años de prisión, excepto lo previsto en el artículo que regula la detención.

105 *Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1997, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, 5 de agosto de 1997.*

Frente a este aspecto no existe posibilidad de análisis o valoración, porque se configura de la confrontación directa entre la norma y la conducta típica investigada. Luego teniendo en cuenta que para el delito de peculado culposo la pena prevista por el legislador es de prisión de uno (1) a tres (3) años, resulta imperiosa la prestación de una caución.

2. Valoración de las condiciones del procesado y gravedad del hecho (aspecto subjetivo)

Ahora bien, respecto a este tópico, el mismo artículo 527 de la Ley 522 de 1999 establece:

La caución prendaria consiste en el depósito de dinero, en cuantía de cinco mil pesos ($5.000) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, y **se fijará teniendo en cuenta las condiciones económicas del procesado y la gravedad del hecho.**

A su vez, el artículo 472 de la Ley 1407 de 2010 determina:

Fijada por el juez una caución, el obligado con la misma, si carece de recursos suficientes para prestarla, **deberá demostrar suficientemente esa incapacidad así como la cuantía que podría atender dentro del plazo que se le señale.**

En el evento en que se demuestre la incapacidad del imputado para prestar caución prendaria, esta podrá ser sustituida por cualquiera de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, previstas en este Código, de acuerdo con los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

Esta decisión no admite recurso.

El objeto de la apelación gira en torno a la inconformidad en la aplicación de estas figuras y en la definición de los aspectos tenidos en cuenta por el instructor para determinar el tipo y el monto de la caución; sin embargo, la Sala encuentra en el sub examine que la decisión adoptada por el a quo resulta proporcional y razonable, es decir, no es excesiva ni extremadamente baja con relación a la capacidad económica del procesado demostrada en el proceso.

En este sentido, no basta simplemente afirmar que la persona carece de recursos económicos para prestar la caución, sino que se exige además la demostración de la necesidad del amparo de pobreza por parte del Estado, bien sea porque se está en una condición de marginalidad o ya sea porque se encuentra dentro de grupos poblacionales completamente discriminados en el país, situaciones que obviamente no se configuran con relación al suboficial.

Es oportuno citar que cuando la Corte Constitucional realizó un examen de constitucionalidad frente al artículo 369 de la Ley 600 de 2000 (de la caución prendaria), efectuó un completo estudio sobre lo que el operador jurídico debe entrar a valorar al momento de analizar si una persona tiene capacidad económica o no para pagar una caución prendaria, en este sentido dijo:

'El criterio que toma como fundamento la capacidad de pago del individuo para determinar un trato diferencial, en este caso, para señalar el monto de una imposición dineraria, no es opuesto, *per se,* al principio de igualdad constitucional. Por el contrario, su reconocimiento garantiza que las cargas económicas guarden relación proporcional con el patrimonio disponible de quienes las soportan, constituyéndose este balance en ejemplo fehaciente de la aplicación del principio de equidad constitucional.

Lo que sí parece constituir una desproporción, a la luz de dichos criterios, es que se desconozca que la capacidad económica de muchos colombianos se encuentra por debajo del monto señalado por la norma como cuantía mínima de la caución prendaria. En efecto, no hace falta adelantar mayores investigaciones socioeconómicas ni aportar extensas estadísticas sobre la realidad de la Nación para averiguar que hoy por hoy, muchas personas y muchas familias subsisten mensualmente con menos de un salario mínimo legal. Tampoco es difícil imaginar –dolorosamente, es fácil hacerlo– que la satisfacción de las necesidades básicas de muchos individuos depende de lo que puedan producir o puedan recibir día a día en el desempeño de humildes oficios, debido a las altas tasas de desempleo que se incrementan a diario en el país'[106].

Del anterior extracto se puede colegir que para poder relevar a una persona del pago de una caución se debe acreditar la calidad de pobre dentro de los índices que ha definido el Departamento Nacional de Planeación o demostrar una condición precaria que le impida cumplir la obligación, y que la imposición de tal medida resulta contradictoria con el principio de equidad constitucional. (…)". **(Rad. 157786, 07 de febrero de 2014, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, Cuarta Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

USO DE LA FUERZA - CENTROS CARCELARIOS

Vías de hecho

"(…) En ese orden de ideas, los únicos medios legalmente autorizados para mantener y encauzar la disciplina son los establecidos en la sistemática disciplinaria por los procedimientos allí consagrados y solamente se podrán aplicar las sanciones allí previstas, sin que sea permitido el uso de la fuerza, como medio para encauzarla.

En ese orden no puede admitirse el uso de la fuerza como medio para mantener la disciplina; por tanto, su utilización se constituye en una vía de hecho que la ley punitiva castrense (Ley 1407 de 2010) ha definido de manera inequívoca como ataque al superior (artículo 99), ataque al inferior (artículo 100) y/o amenazas (ar-

106 Sentencia C-316 de 2002.

tículo 101), con los cuales el legislador quiso precisamente proteger el bien jurídico de la disciplina.

Diferente es que la ley o el reglamento, de manera excepcional y reglada, prevea el uso de la fuerza o cualquier otro medio coercitivo para conjurar o controlar revueltas, amotinamientos, asonadas, conatos de fuga masiva o cualquier otro disturbio, motín o revuelta que se presente al interior de los centros carcelarios, los cuales no se constituyen por ese solo hecho en medios para encauzar o mantener la disciplina de los internos, sino en autorización excepcional y reglada de la fuerza y otros medios coercitivos, de manera exclusiva para esos eventos.

En ese orden y solo para los casos previstos en la ley, los directores de los centros de reclusión podrán sistematizar dentro de los reglamentos internos de los centros de reclusión, de acuerdo a la competencia prevista en el artículo 53 de la Ley 65 de 1993, el uso de la fuerza como medio excepcional para conjurar ciertas situaciones graves o violentas que se puedan presentar al interior del centro carcelario, el cual debe estar sujeto a las previsiones del Reglamento General expedido por el instituto carcelario y penitenciario Inpec.

Ante la inexistencia de un reglamento interno en un establecimiento carcelario determinado, cuando se presenten las situaciones que requieran el uso excepcional de la fuerza, se deberá recurrir a lo regulado en forma general sobre esta materia en el artículo 49 de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario).

'Artículo 49. El empleo de la fuerza y de las armas. Contra los internos solo se usará la fuerza necesaria para reducir su resistencia a una orden legal o reglamentaria impartida o para conjurar una evasión. Los miembros de la guardia que tengan que recurrir al empleo de la fuerza o de las armas lo harán en la medida estricta y racionalmente necesaria. Deberán informar de los hechos inmediatamente después al Director del establecimiento, quien a su turno comunicará lo sucedido al Director General del Inpec si así lo considerare'.

Son entonces dos los eventos en los cuales la guardia del centro carcelario o quien haga sus veces puede hacer uso de la fuerza contra los internos para reducir la resistencia a una orden legal o reglamentaria o para conjurar una evasión, y solo podrá utilizar la estrictamente necesaria y de manera racional, se insiste, ese uso es de manera excepcional y como último medio cuando los demás no hayan sido suficientes para conseguir ese fin.

Bajo ese entendido, quienes cumplen las funciones de custodios de los detenidos en los centros de reclusión establecidos para miembros de la fuerza pública podrán hacer uso de la fuerza para conjurar situaciones como los referidas en precedencia o en los correspondientes reglamentos internos de los centros carcelarios y ante la carencia de un reglamento interno propio, se deberá recurrir a la norma general prevista en el artículo 49 de la Ley 65 de 1993, disposición que se deberá tener como fundamento para valorar la conducta, como en el caso que nos ocupa. (…)". **(Rad. 157739, 15 de agosto de 2013, M.P. MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).**

VALORACIÓN PROBATORIA

Falso juicio de existencia - Falso juicio de identidad

"(…) Lo primero que ha de advertirse es que el falso juicio de existencia se presenta de dos maneras, por suposición o por omisión. En el primero, incurre el Juez cuando al valorar las pruebas supone la presencia de determinado medio de prueba dentro del proceso, cuando en realidad no se halla acreditado y a partir de esa falsa creencia, realiza inferencias valorativas con consecuencias positivas o negativas para quien está siendo procesado, es decir, conlleva a desnaturalizar la verdad procesal expresada por los medios de prueba que sí obran en el proceso.

El segundo, es decir, el falso juicio de identidad por omisión, se presenta cuando el Juez prescinde valorar un medio de prueba legalmente aportado al proceso o un número plural de pruebas, vale decir, se presenta una exclusión de hecho de algunos medios de prueba, que bien puede presentarse por negligencia, descuido o simplemente en forma voluntaria. (…).

Así las cosas, si el censor pretende atacar la providencia por falsa motivación, no basta con anunciar que se incurrió en error en la valoración de los medios de prueba por falso juicio de existencia, sino que resulta indispensable precisar cuál es el medio de prueba que fue apreciado por el Juez, pero que no se encuentra acreditado en el proceso, cuando se alega el falso juicio de existencia por suposición; pero, cuando se invoca el falso juicio de existencia por omisión, se deberá precisar los medios de prueba que dejaron de valorarse sin razón; además, demostrar que de haberse valorado el resultado habría sido diferente. (…)". **(Rad. 157739, 15 de agosto de 2013, M. P.: MY. (R) José Liborio Morales Chinome, Segunda Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

VIABILIDAD DE APLICAR REBAJAS PUNITIVAS DE LA LEY 1058 DE 2006

Rebajas por confesión y declaración de culpabilidad en la audiencia de acusación y aceptación de cargos son concurrentes

En el radicado 34853 del 1º de febrero de 2012 la Corte Suprema de Justicia aborda el tema de la punibilidad planteando el siguiente problema jurídico: *'antes de abordar el tema sobre la procedibilidad de la citada rebaja, es menester ocuparse de la viabilidad de que concurran tanto la reducción por confesión como por sentencia anticipada';* obsérvense los dos institutos que se enfrentan y que naturalmente el segundo no es igual al consagrado en la ley penal militar[107] art. 579 inciso 5º, *'audiencia de acusación y aceptación de cargos',* en consecuencia habrá de establecerse si los criterios que tuvo en cuenta la Corte Suprema de Justicia para analizar la concurrencia en la rebaja punitiva serán aplicables a la justicia penal

107 *Ley 522 de 1999, art. 579, modificado Ley 1058 de 2006, art. 1º.*

militar, máxime cuando en esta no existe el instituto de la sentencia anticipada, como tampoco es viable asimilarlo a la audiencia de aceptación de culpabilidad dentro de la audiencia de acusación y aceptación de cargos prevista al interior del procedimiento especial.

La Corte Suprema de Justicia señala que dentro de la cuerda procesal de la Ley 600 de 2000, de presentarse los institutos de confesión y de aceptación de responsabilidad para sentencia anticipada, no se pueden reconocer las dos rebajas punitivas, ni cuando se activan simultáneamente, ya sea en etapa de instrucción o en etapa de juicio, y tampoco sería viable su reconocimiento si se presentan las figuras en etapas procesales distintas. (…).

Los argumentos expuestos por la Corte Suprema de Justicia que llevan a señalar la procedencia de una sola rebaja punitiva tienen su génesis en el artículo 40 inciso 6º de la Ley 600 de 2000, y en desarrollo del método de interpretación exegético por vía de la técnica del análisis histórico busca obtener cuál era la intención del legislador en cuanto a la rebaja punitiva en los momentos de presentarse las dos figuras, señalando que *'el espíritu del legislador fue el de fijar* **un solo beneficio** *punitivo, cuandoquiera que en el trámite penal, además de que el procesado hubiere confesado, se acogiera a sentencia anticipada, pues* **no de otra manera** *se habría consignado en el inciso 6º del artículo 40, que cuando concurran las figuras de confesión, y sentencia anticipada en la etapa de instrucción, la rebaja punitiva* **solo podrá ser** *de las (2/5) partes y cuando concurran en la etapa de juzgamiento, de (1/5) parte'*[108](subrayado y negrilla fuera de texto).

Necesario resulta traer el contenido del mencionado artículo 40 inciso 6º de la Ley 600 de 2000, que a la letra dice:

'Inciso 6º.- Cuando las rebajas por confesión y sentencia anticipada concurran en la etapa de instrucción, la rebaja será de las dos quintas (2/5) partes y cuando concurran en la etapa de juzgamiento, será de una quinta (1/5) parte'.

La interpretación del mencionado artículo desde la exégesis construida a partir de la semántica y gramática se puede sugerir que la norma en su estructura contiene el sujeto, el verbo rector y el predicado, el primero se refiere a las rebajas y el predicado al momento procesal en que se presenten los institutos de confesión y sentencia anticipada, con el complemento que establece una rebaja punitiva que congloba las diminuentes que cada instituto contiene de manera aislada; en otras palabras, el contenido del artículo presenta una acumulación jurídica de las rebajas punitivas establecidas en las dos figuras.

Si bien es cierto se construyó una sola norma para determinar la rebaja punitiva, ello no quiere decir que ante la concurrencia de la rebaja que confieren los dos institutos se niegue una y se reconozca otra.

108 *Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Radicado 34853. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Alberto Castro Caballero. 1º de febrero de 2012.*

Desde el punto de vista cuantitativo o de dosimetría penal el artículo 40 inciso 6º fijó una pauta concreta y conglobante para cuantificar la rebaja punitiva que se debe conceder ante la concurrencia de los dos institutos, el de confesión y el de sentencia anticipada, es así que si ellos se presentan en la etapa de instrucción se ha de reconocer una disminución de las dos quintas (2/5) partes de la pena, (2/5) que si bien no representa la suma aritmética de las dos rebajas, sí representa un noventa por ciento de las dos, pero como no es correcto acoger la suma aritmética en el tema de punibilidad, lo que sí ocurrió fue una acumulación jurídica de los dos diminuentes. (…).

Ahora bien, al darse una lectura semántica y gramatical a la norma, se habla 'cuando las rebajas (…) concurran (…) en etapa de instrucción, la rebaja será de dos quintas (2/5) partes y cuando concurran en la etapa de juzgamiento será de una quinta (1/5)', implica señalar la aceptación de dos eventos en una misma línea de tiempo, es decir la aceptación de dos rebajas punitivas en un mismo proceso penal condicionando la regla a la línea de tiempo en que se presenta para hacer más beneficiosa la rebaja punitiva. Pero concurrencia, como lo señala la norma, no implica separación ni divergencia que señalen la exclusión de una de las dos rebajas.

En ese orden de ideas, si de interpretación histórica, sistemática y gramatical se quiere, habrá entonces de señalarse que la intención del legislador fue la de reconocer las dos rebajas punitivas, acumulándolas jurídicamente en una sola pauta de dosimetría penal, llámese las dos quintas (2/5) o una quinta (1/5) parte, dependiendo de la etapa procesal en que concurran. Y si bien el legislador al interior de la Ley 600 guardó silencio frente al reconocimiento de las dos rebajas cuando ocurran en etapa procesal distinta, ello no implica su prohibición y menos su exclusión, pues si se acumulan jurídicamente en caso de simultaneidad, dicho criterio se ha de adoptar en ocurrencia de etapas distintas.

7.2. De las características del procedimiento especial en la Justicia Penal Militar y de la rebaja punitiva por confesión y aceptación de cargos

(…) De manera que el procedimiento especial es un rito único y aplicable al interior de la jurisdicción penal militar que como se anotó en precedencia en su fase de juzgamiento el allanamiento a la culpabilidad que hace el procesado dentro de la audiencia de acusación y aceptación de cargos, es una figura distinta al instituto de la sentencia anticipada, regulado en el código penal ordinario, Ley 600 de 2000; consecuente con ello, se genera impedimento al interior de la jurisdicción penal militar en el procedimiento especial, para aplicar los criterios de negación que la Corte Suprema de Justicia desarrolló sobre la posibilidad de rebaja punitiva cuando la sentencia anticipada se presenta en etapa de juicio y la confesión en etapa de instrucción. (…).

Se reitera, el legislador diseñó una acumulación jurídica ante la concurrencia de las rebajas punitivas de confesión y aceptación de cargos para sentencia anticipada, pero en ningún caso estableció que solo se reconocería una de las dos rebajas punitivas que concurren.

Ahora bien, entendida la dosimetría penal creada en el procedimiento penal ordinario a partir del mencionado artículo consistente en el reconocimiento de las dos diminuentes establecida en la figura de la acumulación jurídica, se ha de señalar que si al interior del proceso penal militar se llegare a traer dicho argumento como criterio orientador, se deberá hacer bajo el entendido que si en el evento de concurrencia de rebajas punitivas por presentación simultánea de confesión y aceptación de cargos, el mismo dual reconocimiento ha de otorgarse cuando no se presenten simultáneamente. Lo que implica señalar que dentro del proceso penal militar especial se ha de reconocer la rebaja por confesión y también la rebaja por aceptación de culpabilidad.

Dicho reconocimiento se hará atendiendo los principios que gobiernan la dosimetría penal, es decir, establecido el quántum punitivo a imponer se hará la rebaja correspondiente al primer acto procesal que ocurra en el procedimiento (confesión) y luego el segundo acto procesal (aceptación de culpabilidad en audiencia de acusación y aceptación de cargos). (…).

Por los argumentos expuestos en precedencia, la Sala Segunda de Decisión ha de señalar que sí es viable el reconocimiento de las dos rebajas punitivas dentro del procedimiento penal militar especial, cuando en dicho rito concurran las figuras de confesión y de aceptación de culpabilidad dentro de la audiencia de acusación y aceptación de cargos, ello por considerar que no existe norma al interior de la ley penal militar que restrinja dicho beneficio.

Y atendiendo el espíritu del legislador en la creación del procedimiento penal militar especial, resulta apenas natural reconocer las dos rebajas punitivas si se trata de lograr un procedimiento con economía procesal y celeridad en pro de lograr la descongestión de los despachos judiciales.

También se ha de decir con absoluta claridad que el instituto de la confesión es distinto a la aceptación de culpabilidad que se produce dentro de la audiencia de acusación y aceptación de cargos y a partir de su diferencia en cuanto a la etapa procesal y diligencia judicial en que se producen, y naturalmente los presupuestos, son apenas una de las razones para concluir que sus consecuencias o efectos procesales también son distintos, por ello cada figura desde su independencia y autonomía contiene sus propias consecuencias procesales y por ello no concederlas vulneraría el debido proceso por afectación al principio de legalidad, máxime cuando no existe norma que las excluya.

Y adicional a ello, si se quisiera buscar un argumento paralelo en el criterio de interpretación del inciso 6º del artículo 40 de la Ley 600 de 2000, se ha de afirmar que allí el legislador creó el reconocimiento de las dos rebajas punitivas por vía de una acumulación jurídica de las mismas. (…)". **(Rad. 158082, 16 de octubre de 2014, M. P.: CR. Fabio Enrique Araque Vargas, Segunda Sala de Decisión).**

VÍCTIMA

El denunciante no siempre tiene tal calidad, pues se requiere que haya sufrido un daño en concreto como consecuencia del delito

"(…) En conclusión, entre el informe elevado en su oportunidad por el TE. RFWF y la más reciente denuncia del SI. BB, no hay relación; y por ello debe entenderse que este último tiene la calidad de denunciante que no implica la de víctima, esta última definida en los artículos 294 de la Ley 1407/10 y 132 de la Ley 906/04 como las personas naturales o jurídicas y demás personas de derecho que individual o colectivamente hayan sufrido un daño como consecuencia del injusto.

Corolario con lo anterior, es relevante citar el siguiente apartado en el que la Corte Suprema de Justicia da cuenta de la diferencia entre la categoría de denunciante y la de víctima:

'Adicionalmente la Corte debe precisar, como lo ha hecho en anteriores ocasiones[109], que los conceptos de denunciante y víctima son diversos. El primero se refiere a la persona que informa a la autoridad sobre la presunta comisión de una conducta punible y el segundo, conforme se expuso, designa a la persona natural o jurídica que ha sufrido un daño a consecuencia del delito, esto es, quien ha resultado perjudicada, sea de manera directa o indirecta.

La intervención del denunciante en el proceso se reduce a la instauración de la noticia criminis, al suministro de las entrevistas y el testimonio que de él se demande en el curso de la investigación y/o del juicio, si es que a ello hay lugar'[110].

(…) Por ello no se puede llegar a la conclusión de una hipótesis de que el Subintendente denunciante haya podido tener un daño real y concreto como lo avala el concepto del Ministerio Público ante esta instancia y lo señala la demanda de parte civil, en el sentido de que por el traslado que se pidió del denunciante, en el oficio 149274 Esana-Tahum del 24 de septiembre de 2011 por el Director de la Escuela de Policía Antonio Nariño, se haya sufrido un daño en concreto con referencia en los hechos que deben investigarse en la presente investigación preliminar, ya que la medida fue solicitada por el Director de la Escuela Antonio Nariño porque '…una vez finalizados los polígonos, que estos no habían utilizado la totalidad de la munición asignada para este ejercicio desconociéndose los motivos de esta conducta…', que fue uno de los temas expuestos en el informe elevado por el TE. RF; y además –según la misma solicitud el Director de la Escuela–, porque el SI. BB '… también está siendo investigado por comercializar elementos a los estudiantes que no habían sido solicitados en el equipo', esto último ajeno no solamente a la investigación disciplinaria que se tramitó, sino a los hechos que ocupan la presente indagación preliminar. (…).

Consecuente con los párrafos anteriores, se confirmará la decisión del 30 de agosto de 2013, por medio de la cual se rechazó la demanda de constitución de parte civil, ya que la foliatura no da cuenta que los hechos denunciados, es decir, la

109 Cfr. Providencia del 9 de diciembre de 2010, Rad. 34782.

110 Auto del 6 de julio de 2011, Radicado 36513, M. P.: María del Rosario González Muñoz.

posible consignación de datos no verídicos en la planilla de consumo de munición hayan posibilitado un daño al denunciante y que a partir de allí pueda tener interés en la reparación, la verdad o justicia'. (…)". **(Rad. 157791, 31 de enero de 2014, M. P.: CN. (R) Jorge Iván Oviedo Pérez, Primera Sala de Decisión).**

♦ ♦ ♦ ♦

VIGENCIA E IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY 1407 DE 2010

Aplicación de penas no privativas de la libertad

"(…) la Sala de Decisión niega esta otra pretensión, al no coincidir con la defensa en su afirmación de que se debe modificar la medida de aseguramiento que pesa en contra del sindicado por otra de la misma índole, pero menos gravosa, conforme al artículo 465 del nuevo Código Penal Militar, en primer lugar porque no pueden desconocerse con el ánimo de reafirmar el derecho a la libertad personal del oficial investigado, aspectos tan importantes que han sido señalados en las últimas decisiones de la Corporación y por medio de los cuales ha quedado sentado que la medida de aseguramiento frente a los delitos que atentan contra la disciplina tiene plena vigencia fundada en razones de peso constitucionales, y sustentada en la estabilidad de la fuerza pública, la cual se garantiza a través de la protección de este bien jurídico[111].

Y segundo porque no es posible la aplicación de la figura de la sustitución o revocatoria de la medida de aseguramiento bajo el procedimiento que contemplan los artículos 465 y 471 de la Ley 1407 de 2010, en razón a que esta petición se debe realizar ante el Juez Penal Militar de Control de Garantías y en la actualidad la Jurisdicción Militar no cuenta con los mecanismos para cumplir con las exigencias del sistema penal acusatorio, situación que se traduce en la imposibilidad de aplicar o asimilar las etapas procesales que se realizan en la Ley 522 de 1999 con las de la Ley 1407 de 2010, ya que son dos esquemas procesales disímiles e imposibles de equiparar, criterios anteriores que han sido reiterados por la Sala de Decisión a través de diversos pronunciamientos[112], en donde se ha reafirmado que es imposible armonizar institutos propios de los dos sistemas penales en razón a que no comportan idénticas situaciones fáctico-procesales, esto es, son audiencias y figuras jurídicas diferentes, que de concertarse o asemejarse devendría en el resquebrajamiento del sistema procesal dentro del cual se incluye el instituto que se quiere reconocer para favorecer al condenado. (…)". **(Rad. 157719, 22 de julio de 2013, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, Cuarta Sala de Decisión).**

111 TSM, M. P.: CR. Camilo Suárez Aldana, Radicado 156920, 04 de septiembre de 2011.

112 TSM, Radicado 157407 de 14 de diciembre de 2012, M. P.: CN. (r) Carlos Alberto Dulce Pereira. Radicado 157436 del 14 de enero de 2013, CN. (r) Carlos Alberto Dulce Pereira. Radicado 157451 del 21 de marzo de 2013, M. P.: CN. (r) Carlos Alberto Dulce Pereira. Radicado 157446 del 31 de agosto de 2012, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma (salvamento voto). Radicado 157436 del 29 de noviembre de 2012, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma. Radicado 157448 del 30 de noviembre de 2012, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma.

VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO

Omisión de las formas propias del juicio al no proferir el auto de inicio de juicio

"(…) sin dicho acto judicial, el Juez de Primera Instancia aún no gozaba de facultades para decretar y practicar pruebas, pues recuérdese que ninguna prueba podrá ser apreciada sin que haya sido ordenada, admitida o producida de acuerdo con las formalidades legales[113] y como consecuencia toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación (art. 395 C. P. M.); así las cosas, estamos ante una flagrante violación al debido proceso por falta de competencia.

Obsérvese que a la luz de los preceptos en cita, puede inferirse que no bastaba que el juez de instancia ordenara las pruebas a que hizo referencia el Tribunal Superior Militar para subsanar las irregularidades que condujo a la nulidad que decretó, sino que era necesario que el a quo ante la Policía Metropolitana de Cali expidiera un auto de control de legalidad y si no encontraba causal de nulidad, decretara la iniciación de juicio y el traslado común a los sujetos procesales por el término de tres (3) días para solicitar pruebas, lo que garantizaba que se adquiriera la competencia y el fiscal perdería la titularidad de la acción penal para pasársela al juez de conocimiento, aunado a que los sujetos procesales podían allegar o instar pruebas indispensables para sus pretensiones, más cuando en esta etapa de juzgamiento la oportunidad probatoria es única, lo que al desconocerla, de por sí conlleva la nulidad. (…)". **(Rad. 157002, 06 de septiembre de 2013, M. P.: CR. Pedro Gabriel Palacios Osma, Cuarta Sala de Decisión).**

113 Artículo 394 del Código Penal Militar (Ley 522 de 1999).

www.imprenta.gov.co
PBX (0571) 457 80 00
Carrera 66 No. 24-09
Bogotá, D. C., Colombia

Justicia Penal Militar y Policial

Avanzar con Justicia,
Autonomía e Independencia

Revista Judicial Tribunal Superior Militar

Carrera 10 No. 26-71 - Octavo piso | Edificio Residencias Tequendama - Torre Sur
Conmutador: 282 0394 | Teléfonos: 282 0383 - 282 0364 | MK. 28557