



La seguridad
es de todos

Mindefensa



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

**BOLETÍN
JURISPRUDENCIAL Y OTROS ASUNTOS
DE INTERÉS PARA LA J.P.M.P**

El contenido de este boletín son extractos informativos de las providencias emitidas por esta corporación. Se recomienda revisar directamente las providencias en la Página Web: <https://www.justiciamilitar.gov.co>

I. PROVIDENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL OCTUBRE DE 2020

1. IN DUBIO PRO REO. Alcance. No cualquier vacilación que surja de las pruebas tiene la virtud de generar incertidumbre en punto de la materialidad de la infracción o de la responsabilidad penal del individuo. Esta duda debe tener la entidad y suficiencia necesaria para afectar la convicción del juez o más precisamente la certeza relativa de índole racional que se requiere acerca de aquellos elementos. Por tanto, la duda no puede ser nimia o intrascendente, sino sustancial y debe surgir de la valoración conjunta de las pruebas arrojadas al expediente y no de un solo medio de convicción. **IMPUTACIÓN OBJETIVA.** Delitos imprudentes. Presupuestos. (reseña jurisprudencial. **POSICIÓN DE GARANTE. Competencia institucional.** La posición de garantía que tienen los uniformados con relación al armamento que se le entrega para el cumplimiento de sus funciones está dada por la competencia institucional, que nace de las relaciones generales y especiales de sujeción que mantiene el Estado respecto de los asociados y de sus subordinados, y es de allí donde surge el deber institucional de protección frente a dichos bienes. **DELITOS IMPRUDENTES.** Violación al deber objetivo de cuidado. **CULPABILIDAD.** Presupuestos. **DOSIFICACIÓN PUNITIVA.** Presupuestos. **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.** Requisitos. **CASACIÓN DISCRECIONAL.** Objetivos. Obtener de la Corte Suprema de Justicia un pronunciamiento respecto de temas jurídicos concretos, bien para unificar posturas conceptuales, actualizar la doctrina o para abordar un tópico aún no

desarrollado, ora para asegurar la garantía de derechos fundamentales. **RECURSO DE APELACIÓN. Carga argumentativa del impugnante.** Es una carga procesal ineludible de quien acude al instrumento vertical, explicitar de manera concreta los motivos por los cuales no comparte los hechos o el derecho, o aún, las valoraciones probatorias realizadas por el juez, para que sea entonces el superior funcional de quien profirió la decisión censurada quien sobre ese límite de valoración y análisis (principio de limitación), entre a resolver lo que en derecho sea del caso, bien, revocando la decisión, modificándola o confirmándola, según corresponda. **IMPUGNACIÓN ESPECIAL. RAD. 159050-OCTUBRE-2020 MP. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.**

2. LIBERTAD CONDICIONAL. Requisitos para su concesión (Jurisdicción ordinaria). Este subrogado se encuentra regulado en el artículo 64 del Código Penal, modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, norma que consagra que, el juez previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a quien haya cumplido los siguientes requisitos: 1) que la pena impuesta sea privativa de la libertad; 2) que el condenado haya cumplido las 3/5 partes de la pena; 3) que su buena conducta en el sitio de reclusión permita colegir al funcionario judicial que es innecesario seguir ejecutando la pena y 4) que demuestre arraigo familiar y social. Respecto de la “valoración de la conducta punible”, esta expresión fue declarada exequible en el

entendido de que las valoraciones hechas por los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad para decidir sobre la libertad condicional de los condenados tengan en cuenta los elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean estas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional.

LIBERTAD CONDICIONAL. Requisitos para su concesión (Ley 1407 de 2010). El artículo 64 de la Ley 1407 señala unos requisitos objetivos y subjetivos a tener en cuenta para otorgar dicho beneficio a los condenados por la jurisdicción penal militar como son la gravedad de la conducta, haber descontado las 3/5 partes de la pena impuesta y cuando su buena fe en el establecimiento carcelario permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena y aunque excluye como requisito para otorgar la libertad condicional el arraigo familiar y social del condenado incluye que la concesión de la libertad condicional está sujeta al pago de la multa y la reparación de la víctima. Aspecto este

último que fue objeto de estudio de constitucionalidad del artículo de la Ley 890 de 2004, por medio del cual se modificó el artículo 64 del código penal.

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Exclusión de beneficios.

El legislador con el fin de enviar un mensaje disuasivo a quienes como funcionarios públicos cometen delitos que afecten gravemente la moralidad administrativa excluyo de algunos beneficios a quienes incurran en dichas conductas. **LIBERTAD CONDICIONAL. Gravedad de la conducta.**

Su evaluación debe respetar los parámetros establecido en la C-194 de 2005 y en la C-757 de 2014, decisiones en las que se dieron parámetros a los jueces de ejecución de penas para evaluar la gravedad de la conducta que no supone una disertación adicional a la realizada en

el fallo frente a la responsabilidad penal, con el fin de evitar que se incurriera en una vulneración al non bis in ídem, sino si las circunstancias, elementos y consideraciones tenidas en cuenta en la sentencia condenatoria hubieran sido favorables o desfavorables para el penado. **MULTA. Naturaleza.** Es una sanción cuya materialización es en dinero, que el Estado impone su pago al ciudadano cuando este ha sido declarado responsable penalmente. No es una deuda, sino una pena originada en la conducta delictiva del individuo. **RAD. 158340-OCTUBRE-2020 MP. CR. WILSON FIGUEROA GÓMEZ.**

3. NON BIS IN IDEM. Alcance. Impide que una persona pasible de acción penal sea sometida a una doble valoración, agravación, imputación, investigación y/o juzgamiento por un mismo hecho delictivo, siendo palmar, en consecuencia, el estrecho ligamen que guarda con el principio de la cosa juzgada. Dicha prohibición de doble enjuiciamiento no tiene un carácter absoluto, admitiendo excepciones de orden constitucional y legal, verbigracia la acción de revisión, la tutela, los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, las decisiones proferidas en juicios de Cortes Internacionales y las razones de soberanía, existencia y defensa del Estado, eventos que se erigen, entre otros, en límites a dicha garantía.

ABANDONO DE COMANDOS ESPECIALES VS ABANDONO DEL PUESTO AGRAVADO.

Diferencias. Para establecer la diferencia entre los delitos de abandono de comandos especiales y el abandono del puesto agravado, se debe tener en cuenta que desde el punto de vista de la estructura tipológica, el primero de ellos es un tipo penal subordinado, complementado o derivado

consagrado en el artículo 104 de la Ley 1407 de 2010, mismo que debe integrarse para efectos jurídico penales con el tipo penal básico regulado en el artículo 102 del referido codex, tipo éste que por razón de ello no contempla extremos punitivos de ninguna clase. El referido fenómeno tipológico imbrica que la tipicidad de la conducta que se reputa contraria al ordenamiento jurídico en tanto subsumida en el punible de abandono de comandos especiales, debe evaluarse frente al supuesto de hecho contenido en el artículo 102, supuesto que deriva de su descripción normativa y que debe integrarse, con los elementos estructurales (de sujeto activo, modales, temporales, espaciales, normativos, jurídicos, extrajurídicos, etc.) del delito normado en el artículo 104, en tanto estos determinan el marco fáctico con relevancia jurídica anejo a éste último tipo penal, el cual es allí descrito por el legislador de manera concreta y cuyo sujeto activo corresponde específicamente no a un comandante, jefe o director, sino al militar o policial que funja como comandante de base, de patrullas, de contraguerrillas, de tropas de asalto, de fuerzas especiales y de “*demás unidades militares o de policía*”, debiendo confluír, además, la presencia de alguno de los elementos descriptivos señalados en el tipo objetivo. **ABANDONO DE COMANDOS ESPECIALES.** Elementos para su estructuración (Reseña jurisprudencial). **ABANDONO DEL PUESTO. Estructuración.** Se perfecciona cuando el uniformado, estando debidamente nombrado para la prestación de un servicio por un determinado período y habiendo asumido el mismo o estando en un lapso de disponibilidad luego de haber fungido de facción, abandona el puesto por cualquier tiempo independientemente de la situación de guerra, conflicto armado o

paz en que pueda encontrarse el país en un momento histórico determinado o ejecuta alguna de las otras conductas allí previstas, esto es, se duerme, se embriaga o se pone bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, por manera tal que el injusto militar en mención puede estructurarse aún en tratándose de un accionar humano que no comporte una conducta de ausencia.

FACCIÓN Y SERVICIO. Concepto. Facción hace referencia al cumplimiento o realización de una tarea concreta, una actividad, una labor, una función propia del servicio; en tanto que servicio es el conjunto de funciones, deberes y obligaciones asignados a la Fuerza Pública para cumplir con la misión constitucional consagrada en los artículos 217 y 218, y demás leyes, decretos, reglamentos y disposiciones que las desarrollan, siendo éste el género y aquella la especie.

ABANDONO DEL PUESTO. Agravación punitiva. El inciso 2º del precitado artículo 105 del codex de 2010 contempla como agravante el hecho que la conducta punible sea cometida por el “comandante”, elemento normativo que no se refiere a aquellos militares o policiales que fungen como comandantes de base, de patrullas, de contraguerrillas, de tropas de asalto, de fuerzas especiales y demás unidades militares o de policía comprometidas en operaciones relacionadas con el mantenimiento del orden público, guerra o conflicto armado. Ello en razón a las particulares funciones que cumple el uniformado al frente de cualquiera de estos comandos -a quien se le ha designado o investido de autoridad legal para comandar, dirigir y/o administrar una específica unidad militar o policial habida cuenta de su antecedente preparación al efecto y de la misión de dicha unidad, de la naturaleza de esta y de su área de responsabilidad-, las que aparejan el ejercicio ininterrumpido del

mando, del liderazgo, del control del personal que le es subalterno y/o subordinado y de la conducción de las operaciones mientras desempeñen el respectivo comando, esto a diferencia de quien es designado por el comandante de una repartición castrense o fracción de tropa para la prestación de un servicio de seguridad y vigilancia que implica permanecer en un determinado puesto, con unas puntuales funciones dentro de la organización de aquellas y durante un concreto período, por lo que debe entenderse que la específica agravante en comento fue concebida por el legislador para sancionar de manera más drástica al miembro de la Fuerza Pública que ejerce como comandante dentro del respectivo turno de servicio y sólo por el término de duración del mismo. **NULIDAD.** Lo que autoriza acudir a ella es la ocurrencia de situaciones en las que se afectan sustancialmente los derechos fundamentales de los sujetos procesales en virtud de su interés jurídico particular en el proceso y/o la estructura de este. **DERECHO A LA DEFENSA. Operancia.** Se activa desde el mismo momento en que el procesado tiene conocimiento de la existencia de una investigación en su contra y solo culmina cuando finalice dicho proceso. Garantía constitucional que bien puede ejercerse a través de la intervención directa del procesado (conocida como defensa material) o por vía de la representación (también denominada defensa técnica). Ambas modalidades de defensa son expresión de la prenombrada garantía fundamental, no obstante, la legislación adjetiva da prelación a la que ejerce el procesado por sí mismo. **INDAGATORIA. Irregularidades.** Se presentan cuando: i) No tiene lugar la imputación fáctica; o ii) esta resulta inadecuada en tanto genérica, incompleta, confusa, anfibológica, ajena al tipo objetivo por el que se procede,

incorrecta en tanto referida a un tipo penal improcedente o contraria al acervo probatorio de la causa; o iii) debido a una incorrecta interpretación de la norma penal que contiene el tipo objetivo y todos y cada uno de sus elementos estructurales, no se precisan los hechos con relevancia jurídico penal, sino hechos que carecen de la misma en tanto extraños al modelo de conducta descrito por el legislador en aquel tipo o datos a partir de los cuales es dable inferir el hecho jurídicamente relevante pero que per se no se erigen en el mismo; o iv) no se da al sindicado la oportunidad para brindar las explicaciones que considere pertinentes sobre los hechos que originaron su vinculación y con miras a que se le comprueben las citas o adelanten las averiguaciones que sean necesarias en aras de garantizar el ejercicio de su derecho de defensa material, ello se erige en irregularidades sustanciales que afectan éste derecho, pues en los tres primeros eventos cualquier esfuerzo defensivo se tornaría impreciso, en definitiva anodino, y en el último, el ejercicio defensivo se ve truncado por un mal proceder judicial. A la par de esto, el debido proceso se ve afectado en tanto se pretermiten las reglas de procedimiento con claro origen normativo que rigen la diligencia de indagatoria. **COMPULSA DE COPIAS. Desacato. RAD. 158806- OCTUBRE -2020 MP. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA.**

4. PRESCRIPCIÓN ACCIÓN PENAL. Obligatoriedad de declarar el fenómeno extintivo cuando se presenta. Se quebranta el debido proceso cuando el funcionario judicial insiste en seguir adelantando la actuación judicial y el Estado ya ha perdido su capacidad jurídica para actuar por virtud de haber operado el fenómeno prescriptivo, aun cuando se haga bajo el sofisma que se trata de un

pronunciamiento eminentemente absolutorio y favorable a los intereses del encartado, pues de un tal proceder se sigue indefectiblemente la necesidad que el Superior tenga que invalidar la actuación e intervenir de manera oficiosa para extinguir la acción fenecida.

PRESCRIPCIÓN ACCIÓN PENAL.

Excepciones a su declaratoria. La regla general es que cuando se presente el fenómeno extintivo se decreta, pero existe dos excepciones: i) La primera, cuando la sentencia de segundo grado es de carácter absolutorio, pues en ese caso un tal pronunciamiento se prefiere sobre el de la prescripción, y ii) La segunda excepción se presenta cuando el procesado, en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 85 del Código Penal, renuncia a la prescripción. En ese caso, empero, el aludido deberá atenerse a la decisión de la justicia, de manera que el fallo podrá ser absolutorio o condenatorio".

ABSOLUCIÓN. Prevalencia sobre la prescripción. Requisitos (presupuestos, reglas), aplicación. Exige entre otros requisitos sine qua non, que la decisión de primer y segundo grado se hayan proferido por un funcionario judicial dotado de capacidad jurídica para actuar y que los recursos que se impetren en la segunda instancia no cuestionen la responsabilidad penal del sentenciado cuando ha sido favorecido con la absolución, luego de lo cual deberá establecerse si la prescripción operó en el trámite de la segunda instancia, pues según lo tiene decantado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia, existen diversas soluciones que corresponde adoptar al respecto dependiendo el momento en que tuvo lugar dicho fenómeno. En primer lugar, si la prescripción ocurre antes de que se emita la sentencia de segunda instancia y el funcionario no la decreta, la ilegalidad del fallo es demandable a través del recurso

de casación, porque el mismo no podía dictarse en consideración a la pérdida de la potestad punitiva del Estado originada en el transcurso del tiempo, por lo cual Ad quem deberá emitir la decisión prescriptiva correspondiente. En segundo lugar, puede acaecer que la misma tenga lugar con posterioridad a la emisión del fallo de segunda instancia, es decir, entre el día de su proferimiento y el de su ejecutoria, evento en el cual al estar vigente la acción penal al momento de producirse el proveído, su legalidad resulta indiscutible a través de la casación, porque la misma se encuentra instituida para juzgar la Corrección de la sentencia y eso no incluye eventualidades posteriores, como la prescripción de la acción penal dentro del término de ejecutoria. Finalmente, ha dicho la jurisprudencia citada que *"cuando así sucede, es deber del funcionario judicial de segunda instancia o de la Corte si el fenómeno se produce en el trámite del recurso de casación, declarar extinguida la acción en el momento en el cual se cumpla el término prescriptivo, de oficio o a petición de parte. Pero si no se advierte la circunstancia y la sentencia alcanza la categoría de cosa juzgada, la única forma de remover sus efectos e invalidarla es acudiendo a la segunda de las causales que hacen procedente la acción de revisión"*.

DESERCIÓN. Prescripción de la acción penal. Existen dos premisas normativas reguladoras a saber: i) que la acción penal prescribe en dos (2) años y, ii) que la prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación. En etapa de instrucción de es de 2 años contados a partir de la consumación material del hecho punible y de 1 año en la etapa de juicio, el cual se cuenta a partir de la firmeza de la resolución de acusación.

SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS.

Prescripción. La suspensión de

términos de prescripción y caducidad no es aplicable en materia penal (Decreto 564/2020). **COVID19.** Medidas tomadas durante la emergencia. **RAD. 159241-OCTUBRE-2020 MP. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.**

5. RECURSO. Carga argumentativa del impugnante. RECURSO. Incumplimiento de la carga argumentativa. No se cumple con aquella carga procesal cuando el reproche ínsito a la apelación: i) se circunscribe a disentir de la motivación que condujo a adoptar la decisión pero definitivamente se comparte esta última; ii) no comporta, más allá de un disenso genérico y subjetivo, razones de hecho o de Derecho que conduzcan a esta instancia a la constatación de la necesidad de enmendar lo dispuesto por la providencia apelada, ello al punto que se deba romper la doble presunción que cobija a la decisión de primer grado disentida; iii) contiene argumentos dilógicos, anfibológicos, genéricos, vagos o imprecisos que no permiten la precitada constatación; iv) recurre a argumentos que desbordan el marco dialéctico de la providencia recurrida, es decir, sus fundamentos de hecho y de Derecho; v) no va más allá de constituir una extensión o repetición de los alegatos que el demandante planteó ante la primera instancia y que fueron resueltos en legal forma pero en sentido adverso a sus pretensiones, sin que se aborde la demostración del porqué el funcionario judicial cometió un yerro in iudicando, o de juicio, al resolver aquellas como lo hizo; o vi) incumple la carga argumentativa que incumbe al discrepante por cuanto no se demuestra que de no haber ocurrido las falencias valorativas que se acusan, otro habría sido -o podido ser- el sentido de lo sustancialmente decidido, es decir, no demuestra la trascendencia de aquellas. **COMPULSA DE COPIAS.** La providencia

que la dispone es inimpugnable. **RAD. 158885- OCTUBRE -2020 MP. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA.**

6. SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA. Improcedencia para delitos contra el servicio. Conforme al numeral 3º del artículo 63 de la Ley 1407 de 2010, la suspensión condicional de ejecución de la pena se encuentra taxativamente prohibida para delitos que atenten contra el bien jurídico del Servicio. Es cierto que la Corte Constitucional no se ha pronunciado frente a la exequibilidad del contenido del artículo 63 de la Ley 1407 de 2010 que regula la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sin embargo, existe pronunciamiento respecto del artículo 71 de la Ley 522 de 1999, disposición que de manera equivalente regula los términos de procedibilidad de dicho beneficio punitivo, situación que el juez constitucional encontró ajustado a la Carta Política. **PRISIÓN DOMICILIARIA.** Es diferente a la suspensión condicional de la ejecución de la pena. **PRISIÓN DOMICILIARIA. Improcedencia en la jurisdicción castrense.** No se puede aplicar la prisión domiciliaria dentro de la jurisdicción foral por su falta de regulación en las normas penales castrenses y, además, por su incompatibilidad con la naturaleza propia de la Justicia Militar, en ese sentido téngase en cuenta que la Justicia Penal Militar y Policial corresponde a una jurisdicción especial y autónoma dada la condición funcional de sus destinatarios y los bienes jurídicos que protege, lo cual se desprende del contenido del artículos 116 y 221 de la Constitución Política. Bajo ese contexto, el legislador en ejercicio de la facultad de configuración normativa que ejerce por mandato constitucional y por razones de política criminal optó por excluir la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena

de prisión en la Jurisdicción Penal Militar; razón suficiente para que dicho instituto no encuentre aplicación al interior de la jurisdicción castrense. En esas condiciones, ni la Ley 522 de 1999, ni tampoco la Ley 1407 de 2010 contemplan para la Jurisdicción Penal Militar el instituto de la prisión domiciliaria como sustitutivo de la pena de prisión, lo que denota claramente la voluntad del legislador de excluir dicho beneficio punitivo en materia penal militar, como en efecto se concibió desde la comisión redactora del Código Penal Militar de 2010. **PRISIÓN DOMICILIARIA. Ley 750 de 2002(madre/padre cabeza de familia).** Procedencia en la Justicia Penal Militar y Policial. El estudio de la prisión domiciliaria de cara a los fines de la Ley 750 de 2002 como mecanismo de apoyo especial a las madres y padres cabeza de familia que son condenados a la pena intramural, pone de presente que no se trata únicamente de un beneficio que sustituye la pena privativa de la libertad, sino que además corresponde a una forma de protección de los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes que dependan de una madre o padre cabeza de hogar, circunstancia que no va en contravía del principio de legalidad en cuanto a las penas sustitutivas y su fines, razón por la cual frente a casos donde se constaten los requisitos de la Ley 750 2002 sobre la materia, dependiendo del ejercicio argumentativo podría determinar la concesión de la pena sustitutiva en esta jurisdicción especial. **PRISION DOMICILIARIA TRANSITORIA.** Inaplicabilidad en la Justicia Penal Militar. Esta figura corresponde a una medida enfocada a proteger el derecho a la salud del enjuiciado en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional declarado por el Presidente de la República a través del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020,

con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afecta al país por causa del coronavirus (COVID19), por lo que su naturaleza y requisitos son disimiles frente a la prisión domiciliaria regulada en el código penal común y en la Ley 750 de 2002. La Corte Constitucional en Sentencia C-255 de 2020, por medio de la cual revisó la constitucionalidad del Decreto Legislativo 546 de 2020 expedido por el Gobierno Nacional, determinó que si bien es viable que el ejecutivo pueda tomar medidas especiales que afecten positiva o negativamente a la población privada de la libertad con motivo de la actual emergencia sanitaria, como lo es el caso de la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias, resulta claro que el Gobierno en virtud de su función legislativa excepcional excluyó del mencionado decreto legislativo a la Fuerza Pública, por cuanto las Fuerzas Militares y la Policía Nacional cuentan con una jurisdicción especial propia en cuanto al régimen penal se refiere. **FUNCIONARIOS JUDICIALES. Inviabilidad de resolver sobre lo no pedido.** Los funcionarios judiciales no pueden resolver sobre pretensiones no formuladas por las partes, al punto de plantear una causa petendi que es desconocida por los sujetos procesales, puesto que con ello transgrede el derecho de defensa como consecuencia de un pronunciamiento judicial incongruente **RECURSO.** No puede tener segunda instancia lo que no ha sido debatido en primera. **COMPULSA COPIAS.** Juez sometido al imperio de la Ley. **RAD. 159280-OCTUBRE-2020 MP. CR. WILSON FIGUEROA GÓMEZ.**

NOTA: Para ver todas las providencias de julio con el resumen de sus respectivos temas siga este vínculo: **OCTUBRE/2020** (archivo disponible en la carpeta pública de la Relatoría)

II. PRONUNCIAMIENTOS RELEVANTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

1. SP2848-2020, Radicación No. 53872 del 05 de agosto de 2020¹. La Corte Suprema de Justicia al resolver recurso extraordinario de casación interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Medellín efectuó algunas precisiones sobre la posición de garante que ostentan los miembros de la Fuerza Pública. En el siguiente sentido fue el pronunciamiento:

“La acusación a las instancias de haber cercenado la prueba testimonial mencionada en el libelo, carece de sustento en tanto que confrontado lo dicho en la sentencia por los jueces con su literalidad, revela la inexistencia del reproche que obedece a una visión jurídica amplia del casacionista acerca de la posición de garantía, ajena al error probatorio alegado en la censura.

En efecto, la lectura de ambos fallos que constituyen una unidad jurídica inescindible por su identidad de sentido deja entrever que las declaraciones en su contenido no fueron mutiladas como lo sostiene el recurrente.

A su juicio, la prueba enseña que el acusado LUIS BERNARDO RAMOS DESCANSE, en su condición de suboficial de servicio tenía la posición de garante, toda vez que legal y constitucionalmente estaba obligado a proteger el derecho a la vida del soldado regular Stiven Chica Rodríguez,

debido a su situación de vulnerabilidad conocida por los integrantes de la unidad militar a la que pertenecía.

(...)

Que no mencionara a Hernández Torres al resumir tales funciones, ninguna incidencia tiene en el fallo las precisiones de éste, vinculadas con que el suboficial de servicio debía estar atento a los servicios de centinela, la diana y acatar la orden impartida de que todo soldado que saliera a la calle debía hacerlo con boleta firmada por el comandante de la compañía, el suboficial de servicio y el visto bueno del ejecutivo del batallón, ya que de las pruebas practicadas surge claro que la víctima y victimarios salieron de las instalaciones de la unidad militar de forma clandestina, en cuanto en los libros de registro de guardia no quedó constancia de ella.

Ahora bien, que solo hasta la mañana siguiente al realizar la formación del personal se percatara que el soldado Stiven Chica Rodríguez faltaba, no es suficiente para atribuirle su muerte por comisión por omisión ni tampoco por las condiciones de vulnerabilidad de la víctima, de las cuales dan cuenta el oficial Gerson Roa, el investigador del CTI Javier Mazo Zapata, ni por sus repetidas evasiones de la guarnición militar, según lo

¹ Sala de Casación Penal, MP. GERSON CHAVERRA CASTRO.

revelado por el sargento Chaverra Pedrozo y los coacusados Gerson Hernando Castillo Galvis y Julián Andrés Álvarez Ruiz.

Situación de vulnerabilidad que no fue omitida, contrario a lo sostenido por el impugnante, toda vez que el a quo fue claro en advertir que “de tiempo atrás existía para éste [Chica Rodríguez] la prohibición de salir de la guarnición militar, porque había un riesgo” para su vida, en condición de testigo en la investigación de la muerte de un funcionario del CTI y por haber sufrido un atentado.

(...)

De modo que aunque la prueba muestre que el implicado el día de los hechos era el “suboficial de servicio” de la compañía ASPC a la cual pertenecía Chica Rodríguez, y que en razón de sus funciones tenía el deber de protegerlo conforme lo afirma el recurrente, es otorgarle a la posición de garantía un alcance que no corresponde con las exigencias del artículo 25 del Código Penal.

En este sentido, las instancias con sustento en la prueba concluyeron que el deber concreto de protección de la vida del soldado regular Stiven Chica Rodríguez, estaba asignado a otra persona y no al acusado, no solo porque no existe la mínima evidencia que lo comprometa en su muerte, sino porque sus obligaciones eran de otro talante.

(...)

La prueba no es ilustrativa ni demostrativa de que el inculpado tuviera a su cargo la protección en concreto del bien jurídico de la vida del soldado regular Stiven Chica Rodríguez, ni que se le hubiera encomendado como garante la vigilancia

de una determinada fuente de riesgo, pues en vez de mostrar que de la supuestamente falseada emergía tal posición, limita el discurso a insistir en que debido a la función que cumplía el día en que aquel fue muerto, debe responder por omisión.

Por lo demás, es pertinente recordar que la protección abstracta de la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades que a las autoridades de la República les asigna el artículo 2 de la Carta Política, no puede ser confundida con la exigida en el 25 de la Ley 599 de 2000, para atribuirle al servidor público la comisión de un delito por omisión.

Igualmente, en su artículo 6 la misma Carta hace responsables a los servidores públicos no solo por infringir la Constitución y las leyes, sino también por omisión o extralimitación de sus funciones. Si bien, ambos preceptos, se ha dicho, son fundantes de la posición de garante, es evidente que la protección del bien jurídico debe ser concreta y no abstracta.

Luego si la prueba no permite inferir y concluir que aquél tenía el deber jurídico de evitar el resultado típico, no puede equivocadamente atribuirse con fundamento en la citada disposición penal responsabilidad al acusado.

El casacionista pasó por alto que fueron otros militares confesos del batallón, quienes acordaron darle muerte a Stiven Chica Rodríguez, y los oficiales Hernández Torres y Castillo Galvis los encargados de coordinar lo necesario para que el vehículo saliera de la unidad castrense sin dejar registro de ella, mientras el comandante de guardia no lo informó al suboficial de servicio.

Las funciones atribuidas al suboficial de servicio, según las cuales quedaba “a

cargo del personal de la compañía”, no son suficientes para establecer que en el ámbito de su competencia institucional tenía la protección concreta de la vida de Chica Rodríguez, y por esa vía, el resultado era evitable y cognoscible.

Ese mandato de carácter genérico, no implicaba el control efectivo y mando sobre los integrantes de la compañía ASPC sino la asunción de labores para el mantenimiento logístico, la disciplina interna y la seguridad de la unidad militar, de modo que a su cargo escapaba la protección concreta del bien jurídico vulnerado, conforme con razón lo definieron las instancias con fundamento en la prueba que el libelista echa de menos. Proveído completo siguiendo el hipervínculo: [Radicación No. 53872 de 2020](#).

2. SP3141-2020, Radicación No. 54108².

La Corte Suprema de Justicia al resolver recurso extraordinaria casación contra sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, reiteró el alcance del principio de non bis in ídem y las etapas que deben surtir para efectuar una correcta dosificación punitiva. En el siguiente sentido fue el pronunciamiento:

“5. Alcance del principio del non bis in ídem.

El non bis in ídem participa de la naturaleza de principio y garantía, constituye un derecho fundamental, a través suyo se impone como mandato una única persecución, se prohíbe investigar,

juzgar y condenar más de una vez por la misma conducta delictiva o circunstancia delictual o postdelictual o hecho que incida en la responsabilidad o la pena, según el caso.

La restricción es sustancial, como por ejemplo cuando hay duplicidad de responsabilidad o de sanción, pero también es de carácter procesal, pues dos procesos no pueden tener un mismo objeto o idéntica conducta o circunstancia modificadora de la tipicidad o de la sanción. La prohibición no se hace extensiva en el caso del concurso de delitos, ni de procedimientos de conocimiento de diferentes autoridades, evento éste que se presenta cuando el mismo hecho genera acciones penales, disciplinarias o fiscales, estos procedimientos tienen objeto, finalidad y sanción diferente a la acción penal.

Los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, debido proceso y seguridad jurídica están vinculados con la prohibición de duplicar los procesos o las penas cuando existe identidad fáctica, cualquiera sea el estado de la actuación penal, bien sea que estén en curso o que hayan culminado con absolución, condena o preclusión, sin dejar de considerar que en ocasiones la garantía del non bis in ídem se quebranta también por una doble circunstancia que intensifique la pena respecto de una única infracción penal.

No se vulnera la garantía, a decir de la Corte Constitucional en la sentencia C- 544

² Sala de Casación Penal, MP. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

de 2001, cuando los hechos «sean apreciados desde perspectivas distintas».

Si el fin último del derecho penal es la justicia y a través de ella se impone la supremacía del trato humano y dignificante, no se puede tolerar ninguna forma que desdiga del propósito del derecho sancionatorio, de ahí que algunas modalidades que vulneran la garantía de la cosa juzgada o el non bis ibídem, corresponderían a cuando al mismo hecho, conducta o proceso se juzga o condena multiplicidad de veces (doble proceso o condena –cosa juzgada-); se dan diferentes denominaciones jurídicas (doble incriminación de ilicitudes) sin tratarse de concurso de delitos ni de procesos o sanciones de diferentes autoridades por razones de ley; o se atribuye doble consecuencia a la misma ilicitud (doble valoración de sanciones).

Las identidades que constituyen presupuestos de la cosa juzgada o non bis in ídem se relacionan con el eadem personae o elemento personal (mismidad de persona), eadem res o el objeto (mismidad de hecho o circunstancia con doble trato jurídico y/o procesal) y el eadem causa petendi o fundamento (mismidad de origen de las investigaciones o condenas).

El elemento personal o subjetivo alude a la identidad de sujeto investigado, absuelto o condenado o procesado. El sujeto investigado o sancionado debe ser la misma persona en la pluralidad de procesos adelantados con el mismo propósito y fundamento. Este supuesto apunta a quien es investigado, procesado o sentenciado, no a la persona de quien funge como autoridad.

El elemento fáctico o identidad de objeto está referida a la situación de hecho sub

judice, a la materialidad del delito, tiene que ser la misma conducta o el mismo hecho el que constituye el propósito de dos procesos penales, ha de ser idéntico supuesto, que solamente dé lugar a una única tipicidad y que se somete a doble juzgamiento.

La identidad de fundamento tiene que ver con el motivo que da lugar al adelantamiento de dos procesos, aquel no es otro que la misma causa en una y otra actuación, los argumentos fácticos no cambian frente a los jurídicos y la finalidad del proceso para efectos de la responsabilidad y pena.

No obedecen a la misma causa y las sanciones no se duplican, si obedecen a diferentes razones teleológicas para el amparo de diversos bienes jurídicos, cuando son heterogéneos hay diversidad de causas o fundamentos, y procede el doble juicio o castigo a través de cada estructura delictiva que conformen el concurso delictivo.

El non bis in ídem o la cosa juzgada no tienen carácter absoluto, proceden excepciones de orden constitucional o legal. La acción de revisión, la tutela, los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia en el ámbito del derecho internacional humanitario, juicios de Cortes Internacionales, las razones de soberanía, existencia y defensa del Estado son entre otros, límites a dichas garantías.

(...)

Ahora bien, la dosificación de la sanción en el caso específico exige el acatamiento de unas precisas pautas previstas en la ley, cuya finalidad es propender por la objetividad y razonabilidad en la determinación de la sanción penal y no que sea el resultado del capricho y abuso del operador judicial, en desmedro del

principio de legalidad de la pena contenido en el artículo 29 de la Carta Política. De esta forma, los artículos 54 a 62 del Código Penal establecen los parámetros que se deben acatar en el proceso de individualización de la pena.

En ese contexto, el proceso dosimétrico comprende cuatro fases, claramente diferenciadas por el código, que se cumplen progresivamente.

La primera, de determinación de los extremos o límites punitivos del delito, o denominada fijación del marco de punibilidad, reglamentada en el artículo 60 del Código Penal, en la que el juez debe establecer la sanción mínima y máxima aplicable, teniendo en cuenta únicamente las circunstancias específicas que agravan y atenúan la ilicitud para el caso concreto (el tipo básico o especial y los subordinados, que tengan la connotación de ser circunstancias especiales – no genéricas- y además que concurran con la consumación del delito, esto es, deben ser circunstancias delictuales no posdelictuales).

La segunda fase de la dosificación de la pena, comprende la fijación del monto o cuarto de movilidad, que implica restar del máximo de la sanción el mínimo previsto y dividir ese resultado en cuatro partes, el que será factor común para establecer los extremos de los cuartos de punibilidad (uno mínimo, dos medios y uno máximo), proceso que reglamenta el inciso primero del artículo 61 ejusdem.

La tercera fase, de selección del cuarto de punibilidad dentro del cual el juez tasa la pena, labor que debe realizar siguiendo las directrices establecidas en el inciso segundo ejusdem, con base en las circunstancias genéricas de agravación o atenuación concurrentes.

La Corte tiene dicho que las circunstancias de agravación o atenuación punitivas llamadas a tener en cuenta en el proceso de elección del cuarto dentro del cual se debe fijar o individualizar la pena, son las previstas en los artículos 55 y 58 del Código Penal, no las circunstancias especiales que inciden en variación de los extremos punitivos, puesto que estas, como se explicó, ya han sido tenidas previamente en cuenta en la fijación del marco de punibilidad que corresponde a los límites mínimo y máximo de la sanción aplicable para el delito.

Y la cuarta fase, comprende la individualización de la pena en concreto, dentro de los límites de movilidad del mínimo y máximo del cuarto seleccionado, que reglamenta el inciso 3º del precepto, para lo cual se acude a los criterios de individualización, que no son otros que la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena, la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo, el grado de participación y la eficacia de la contribución o ayuda en relación con los efectos de la conducta punible.

La Sala debe precisar en esta oportunidad la aplicabilidad del criterio de individualización de la sanción a que se refiere el numeral 3º del artículo 61 del C.P. relacionado con “la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad”.

Las circunstancias de específicas de agravación, por ser la situación que corresponde al caso juzgado, solamente pueden ser consideradas una sola vez

en el proceso de fijación de la pena para el caso concreto. Por tanto, los motivos de mayor intensidad punitiva a que se hace referencia y que han incidido en el marco de punibilidad, no pueden ser tenidas en cuenta para incrementar el mínimo de la prisión al momento de la individualización de la pena, pues sería utilizar el mismo supuesto dos veces para aumentos sancionatorios, con transgresión del principio del non bis in ídem.

En una conducta punible puede concurrir una circunstancia de agravación específica. Si esa casual que se tuvo en cuenta para fijar el marco de punibilidad se vuelve a aplicar en la individualización de la sanción para incrementar el mínimo a imponer, como el propósito es aumentar la sanción, en ambas hipótesis, dicha aplicación contraviene la prohibición de no hacer producir al mismo supuesto en los procesos penales dos veces consecuencias en la pena.

Pero, también, puede darse el caso que, con la conducta concurren varias circunstancias de agravación específicas. En este caso, una sola de ellas es suficiente para que opere el incremento y se fije el marco de punibilidad, por lo que con respecto a dicha casual resultan aplicables los criterios que se han señalado en el párrafo anterior, en tanto que respecto de las otras casuales específicas de agravación concurrentes, por no haber tenido incidencia en la fijación del mínimo y máximo de la pena del delito, se pueden tener en cuenta como criterio de individualización para aumentar el mínimo de la sanción del cuarto elegido y definir la que se ha de imponer en el caso concreto.

Para que no haya lugar a dudas, téngase presente que, si esa casual que se tuvo en cuenta para fijar el marco de punibilidad se vuelve a aplicar en la individualización

de la sanción para incrementar el mínimo a imponer, como el propósito es aumentar la sanción en dos fases del mismo proceso de dosificación de la pena, dicha aplicación contraviene la prohibición de no hacer producir dos veces consecuencias punibles al mismo supuesto en los procesos penales.

De otra parte, no está demás señalar que, si se está ante la responsabilidad penal por una pluralidad de conductas punibles, el tratamiento punitivo se consagrado en el artículo 31 del Código Penal.

La confrontación de la pena individualizada para cada ilicitud permite determinar cuál es la más grave, la que se aumentará hasta en otro tanto, considerándose como factores de ese incremento el número de ilícitos concurrentes, entre otros.

Ese incremento «hasta en otro tanto» tiene límites, a saber: i) el incremento no puede superar el duplo de la pena básica individualizada en el caso concreto para el delito más grave; ii) tampoco la sanción definitiva puede superar la suma aritmética de las penas que correspondería a cada punible en el caso concreto (sistema de acumulación jurídica de las penas); iii) otro de los topes se relaciona con la prohibición en el concurso de delitos de no superar la pena los 60 años de prisión (artículo 31-2 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 1° de la Ley 890 de 2004), regla que no hay que confundir con el límite para tasar la pena individualmente para cada ilicitud que establece el artículo 37 del C.P. en 50 años (modificado por el artículo 2 de la Ley 890 de 2004), diferencias explicadas por esta Sala, entre otras decisiones, en el Rdo.41350 del 30-04-2014; iv) la no reformatio in peius es otro límite en

razón a que los errores en la tasación de la pena del factor «otro tanto», no pueden ser modificados posteriormente por el superior funcional al resolver la apelación, la casación, o la doble conformidad judicial de la primera condena, cuando el condenado sea el único recurrente o

petionario, como tampoco lo pude hacer el juez al resolver la redosificación de penas por acumulación de penas o por principio de favorabilidad”. Proveído completo siguiendo el hipervínculo: **SP3141-2020 del 19 de agosto de 2020.**

III. PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO IMPACTA JUSTICIA PENAL MILITAR Y POLICIAL

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO No. 23 SENADO. Mediante el cual se pretende reformular el fuero penal militar consagrado en el artículo 221 constitucional, excluyendo al personal de la Policía Nacional de la citada garantía. El proyecto fue radicado el 9 de octubre de 2020, por integrantes del Congreso de la República de Colombia.

Estado del proyecto: Se designó a la Dra. ANGELICA LOZANO CORREA como ponente para primer debate en el Senado. Pendiente rendir ponencia primer debate. Texto del Proyecto y exposición de motivos siguiendo el hipervínculo: Proyecto Acto Legislativo.

Berledis Banquez Herazo

Relatora

relatoriatribunalipm@justiciamilitar.gov.co

Tel: 60(1) 3150111 Ext 42006

Carrera 46 No. 20C-01

Cantón Militar Occidental

“Coronel Francisco José de Caldas”

Palacio de Justicia Penal Militar y Policial

“T.F. Laura Rocío Prieto Forero”

Bogotá, Colombia