

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

SALA : SEGUNDA SALA DE DECISIÓN
Magistrado
Ponente : MY(r). JOSE LIBORIO MORALES CHINOME
RADICADO : 157739
PROCEDENCIA : JUZGADO PENAL MILITAR COMANDO AEREO 122
PROCESADO : T2. AANE
MOTIVO : APELACION SENTENCIA ABSOLUTORIA
DELITO : ATAQUE AL INFERIOR
DECISIÓN : REVOCA LA SENTENCIA ABSOLUTORIA Y
PROFIERE CONDENA

Bogotá, D.C., Enero veintinueve (29) de Dos Mil Dieciséis (2016).

V I S T O S:

Procede la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar a resolver el recurso de apelación presentado de un lado por la DRA. YANETH OSANA GONZALEZ CHACÓN en su condición de Agente del Ministerio Público ante la Primera Instancia y de otro, por el señor MY. WILSON FIGUEROA GOMEZ Fiscal Penal Militar ante Juez Militar de Comando Aéreo 122, contra la providencia adiada el 19 de noviembre de 2014 proferida por el Juzgado Penal Militar de Comando Aéreo 122, mediante el cual profirió sentencia absolutoria a favor del T2. AANE por el punible de ataque al inferior.

HECHOS:

Se contraen, según los infolios del proceso, a los hechos ocurridos el día 26 de diciembre de 2012, en horas de la tarde, en la plaza de armas del Grupo de Seguridad y Defensa de Bases Aéreas, del Comando Aéreo de Combate No. 5, ubicado en el municipio de Rionegro (Antioquia), cuando el procesado T2. AANN fungiendo como Suboficial de Servicio, le ordena al SLR. MML que se encontraba en condición de retenido y en ese momento había culminado las labores asignadas como trabajo en una de las dependencias del CACOM-5, que pasara al sitio de reclusión y éste le manifiesta que tenía derecho a la hora de sol, hace caso omiso a la orden y se dirige a la cafetería, por lo cual el suboficial reacciona, increpa al soldado y le da un cabezazo ocasionándole una lesión en los labios, luego lo conduce a empujones al sitio de reclusión.

ACTUACION PROCESAL

Por los anteriores hechos informados por el señor ST. ERCM en su condición de Oficial de Control para la fecha de los hechos y remitido por el señor CR. JJTA junto con los informes rendidos por varios soldados, el Juzgado 122 de Instrucción Penal Militar mediante auto calendado el 28 de diciembre de 2012¹, decretó la apertura de investigación formal en contra del T2. AANE por la presunta

¹ Folios 7 - 8 co 1

comisión del punible de lesiones personales culposas en concurso con ataque al inferior y ordena escucharlo en indagatoria, diligencia que se llevó a cabo el 28 de mayo de 2013².

Vinculado en legal forma, el instructor le define la situación jurídica con auto del 12 de junio de 2013³, con decisión mixta, de un lado, impone medida de aseguramiento de detención preventiva en contra del procesado T2. AANE por la presunta comisión del punible de ataque al inferior y de otro, decreta cesación de procedimiento a favor del mismo por el delito de lesiones personales por haberse llegado a una conciliación entre las partes; la decisión de imponer medida de aseguramiento fue impugnada por vía de reposición en subsidio de apelación por el doctor GIOVANNI ANDRES CORDOBA ALVAREZ defensor del procesado.

Mientras el proceso se hallaba en esta instancia para resolver el recurso de apelación incoado contra el auto que definió la situación jurídica, el 8 de agosto de 2013 el procesado presentó una solicitud de libertad provisional ante el Juzgado Instructor, petición que fue resuelta con auto adiado el 9 de agosto de 2013⁴ por el Juzgado 122 de Instrucción Penal Militar, negando la libertad solicitada, decisión que fue impugnada por el mismo procesado por vía de reposición en subsidio apelación y al desatar el recurso horizontal con

² Folios 161 - 169 co1

³ Folios 203-236 ss co 2

⁴ Folios 360 – 363 co 2

auto del 14 de agosto de 2013⁵, el Instructor repone su decisión y le concede la libertad provisional, por vencimiento de términos.

Desatado por éste Colegiado el recurso de alzada presentado contra el auto del 12 de junio de 2013⁶ que definió la situación jurídica, mediante providencia del 15 de agosto de 2013⁷ se confirmó la decisión de Primera Instancia y una vez regresado el expediente al Juzgado Instructor, después de haber perfeccionado la investigación, el Instructor remite el proceso a la Fiscalía Penal Militar ante el Comando Aéreo 122, Despacho que decreta el cierre de la investigación con auto del 31 de octubre de 2013⁸ y mediante providencia interlocutoria adiada el 23 de enero de 2014⁹ califica el mérito del sumario con resolución de acusación en contra T2. AANE, por el delito de ataque al inferior, revoca la libertad provisional concedida por el Juzgado Instructor en auto del 14 de agosto de 2012¹⁰, ordena librar boleta de detención y fija como centro de reclusión las instalaciones del Comando Aéreo No. 5 con sede en Rionegro - Antioquia.

La anterior decisión fue impugnada por vía de apelación por la defensa del procesado, solicitando de un lado la revocatoria del numeral segundo de la

⁵ Folios 385 – 394 co 2

⁶ Folios 203-236 ss co 2

⁷ Folios 397-463 co 3

⁸ Folio 530 -531 co 3

⁹ Folios 586 – 644 co 4

¹⁰ Folios 385 – 394 co 2

resolución de acusación, en cuanto a la decisión del Fiscal A - Quo de revocar la libertad provisional, amén de ello, incoa la revocatoria de la acusación para que en su lugar, se decrete cesación de procedimiento, pretensiones que fueron despachadas de manera negativa por la Fiscalía Tercera ante el Tribunal Superior Militar, en auto del 3 de marzo de 2014¹¹ y confirma en su integridad la providencia impugnada.

Recibido el expediente en el Juzgado Penal Militar ante Comando Aéreo 122, el DR. LARRY HUMBERTO REYES RINCON actuando como nuevo defensor de confianza del procesado, solicita nuevamente la libertad provisional de su defendido, petición que el Juzgado de Conocimiento resuelve en auto del 31 de marzo de 2014¹², despachando de manera negativa la pretensión, decisión que fue impugnada por el defensor por vía de apelación y al desatar el recurso, este Colegiado mediante auto del 14 de mayo de 2014¹³, despacha de manera negativa la pretensión del apelante y confirma la decisión del A-quo.

El 7 de abril de 2014 el DR. HUMBERTO LARRY REYES presenta una acción de habeas corpus ante el Juzgado Penal del Circuito (reparto) de la Dorada (Caldas), acción de amparo que fue resuelta por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de la Dorada

¹¹ Folios 728 – 778 co 4

¹² Folios 833 - 840 co 5

¹³ Folios 933 – 968 co 5

(Caldas), mediante auto del 8 de abril de 2014¹⁴, negando el habeas corpus incoado, decisión que fue impugnada por vía de apelación por parte del defensor, alzada que resuelve la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Manizales con auto del 16 de abril de 2014¹⁵, confirmando la decisión del A-quo.

Mediante auto del 19 de mayo de 2014¹⁶ el Juzgado Penal Militar 122 ante Comando Aéreo declaró la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de acusación, porque estimó que se había presentado un error en la calificación de la conducta, decisión que fue recurrida por vía de apelación por la Fiscalía Penal Militar ante Comando Aéreo 122, recurso de alzada que este Colegiado resolvió con auto del 28 de agosto de 2014¹⁷, revocando la decisión de nulidad adoptada por el A-quo.

Regresado el proceso a la primera instancia, se realiza la audiencia de corte marcial el 5 de noviembre de 2014¹⁸ y con fecha 19 de noviembre de 2014¹⁹, el Juzgado Penal Militar ante Comando Aéreo 122 profirió sentencia de carácter absolutorio a favor del T2. AANE por el delito de ataque al inferior, decisión que fue impugnada por vía de apelación, por la DRA. YANETH OSANA GONZALEZ CHACON Procuradora 255 Judicial Penal, Delegada ante la Primera Instancia y por el señor MY. WILSON

¹⁴ Folios 910 – 915 co 5

¹⁵ Folios 1013 – 1032 co 6

¹⁶ Folios 1106-1119 co 6

¹⁷ Folio 1207 -1270 co 7

¹⁸ Folio 1295-1329 co 7

¹⁹ Folio 1330-1364 co 7

FIGUEROA GOMEZ Fiscal Penal Militar ante Comando Aéreo 122, recurso de alzada que hoy convoca la atención de la Sala.

DE LA PROVIDENCIA APELADA

El Juez Militar ante Comando Aéreo 122 profirió sentencia absolución a favor del procesado, inicialmente estima que "la conducta desarrollada por el procesado acaeció cuando prestaba un servicio propio de su condición militar; es decir, se desarrolló en acto relacionado con el servicio"²⁰, más adelante señala que el procesado se encontraba incorporado como suboficial de la Fuerza Aérea Colombiana y en esa condición "fue nombrado para el día de los hechos como suboficial de servicio, con diversas funciones entre las cuales podemos destacar el control del personal de detenidos, conforme al horario establecido para tal fin por parte del director del centro carcelario del CACOM-5; sin embargo, una vez nombrado en debida forma para la prestación del servicio en desarrollo del mismo y contraviniendo lo establecido en dicho horario, ordenó la suspensión de la hora de sol para algunos internos, entre los cuales se encontraba el soldado MML; esta situación dio origen al desacato de dicha orden por parte del interno MML y desencadenó entre ellos una serie de expresiones físicas y verbales que terminaron con una lesión física propinada por el suboficial AANE en la humanidad del interno, por tanto no se vislumbra una intención delictiva planeada o realización de aquellos comportamientos considerados crímenes de lesa humanidad ...; por el contrario, se avizora el elemento de carácter subjetivo como ser militar en servicio activo con la categoría de suboficial y el grado de Técnico Segundo de la Fuerza Aérea Colombiana y un

²⁰ Folio 1338 co7

vínculo diáfano entre el delito imputado (ataque al inferior) y la actividad desarrollada en el servicio en forma directa y próxima (elemento de carácter subjetivo)"²¹.

En relación con la tipicidad, señala que la Fiscalía le imputó al procesado la comisión del delito de ataque al inferior previsto en el artículo 100 de la ley 1407 de 2010, de donde infiere que son cuatro los elementos que lo componen, sujeto activo indeterminado, relación con el servicio, ataque por vías de hecho y que esta acción recaiga sobre un inferior en grado o antigüedad, afirmando que estos aspectos ya han sido examinados por el Tribunal en múltiples oportunidades pero circunscritas "al análisis de un inferior en pleno uso de funciones o atribuciones o en el cumplimiento de sus deberes como sucede en el caso de los soldados que prestan el servicio militar obligatorio pero no sobre un inferior que ostente una doble condición como la que acaece en el presente caso; esto es, la de militar en servicio activo pero privado de la libertad por orden judicial bajo la condición de ser un interno de un establecimiento carcelario; además de ello, el hecho de que quien impartió la orden fungía no solo como militar en un cargo o servicio típicamente militar, sino como autoridad administrativa penitenciaria y la orden fue emitida para ejecutar un acto del horario penitenciario"²², pues no es lo mismo que se imparta "una orden habitual a un subalterno sin ningún tipo de restricción de sus derechos fundamentales"²³, que a un soldado privado de su libertad, por ello, no puede desconocerse la

²¹ Folio 1339 co 7

²² Folio 1341 co 7

²³ Folio 1341

condición de interno del soldado y el cargo fungido por el procesado.

Señala los requisitos para ser sujeto activo del delito de ataque al inferior, para afirmar que "para el caso que nos ocupa es indiscutible y sin mayor esfuerzo y sin mayor razonamiento colegir que el procesado cumple con estos requisitos"²⁴, pues es incuestionable que el procesado es suboficial de la Fuerza Aérea Colombiana en servicio activo, se desempeñaba como comandante de una escuadra ESDAT del grupo de seguridad de CACOM-5 y para la fecha "de los hechos estaba designado como suboficial de servicio y por esta nominación tenía potestad sobre los internos del centro de reclusión del Comando Aéreo de Combate No.5, con sede en la misma base militar"²⁵, esto es, ejercía control sobre los internos militares "en cuanto al cumplimiento de un horario de régimen interno sin importar la categoría, grado o antigüedad"²⁶.

Aduce que "no existe duda alguna sobre la relación del servicio con la vía de hecho"²⁷, pues AANE fue nombrado mediante acto administrativo como suboficial de servicio para el día miércoles 26 de diciembre de 2012 y como consecuencia de ese nombramiento tenía dentro de sus funciones el manejo de los detenidos, además, considera necesario precisar que el 26 de diciembre de 2012, correspondía a un día hábil, por lo cual el horario para los detenidos era el normal y las labores para quienes trabajaban, se finiquitaban "sobre las 16 y 30 horas

²⁴ Folio 1341 co 7

²⁵ Folios 1341 - 1342 co 7

²⁶ Folio 1342 co 7

²⁷ Folio 1342 co 7

*porque a continuación deben disfrutar de la llamada hora de sol, que según dicho horario era entre las 16:30 y las 18:30 horas. Hecho que era conocido igualmente por todo el personal de detenidos, incluso por el personal de centinelas*²⁸.

Resalta que la Fiscalía le imputa al procesado como vías de hecho el no haberle permitido al SLR. MML hacer uso de la hora de sol, en contravía del reglamento interno; haber desenfundado el arma de dotación en forma desafiante; tomarlo por la guerrera para agredirlo con un cabezazo para causarle una herida en la boca con la visera de la gorra; y finalmente haberlo conducido a empujones al recinto carcelario y resalta que en estos temas coincide el Ministerio Público, mientras que la defensa aduce que no se presentó ninguna vía de hecho, hipótesis esta que comparte el A-quo, pues los testimonios recaudados permiten inferir diversas posiciones que no conducen a la certeza de la vía de hecho.

Advierte como hecho cierto, la existencia de la hora de sol para todos los detenidos de 16:30 a las 18:30 horas, pero indica que al parecer el disfrute de ese beneficio estaba supeditado a la autorización del Comandante del Grupo de Seguridad y a otros presupuestos como permanecer en un sitio específico previamente determinado, disposición que no cumplió el interno y a partir de allí se presentó la secuencia de hechos, amén de ello, indica que al parecer podía suspenderse por hechos

²⁸ Folio 1343 co 7

de indisciplina, "De las anteriores pruebas, el despacho puede inferir que efectivamente había un horario de régimen interno el cual permite un lapso de descanso para los detenidos sin importar que estén o no trabajando; también que era potestativo de los servicios otorgarla o no dependiendo de las circunstancias de disciplina que tuvieran los internos y por último, que dicho cambio solo era posible por orden superior, hecho que no se corroboró, dejando así una duda para el despacho de si era cierto o no que el procesado podía quitar o no la llamada hora de sol, aspectos que hacen resolver en favor del procesado la mencionada vía de hecho imputada por el Fiscal"²⁹

Examina el segundo hecho imputado, esto es, el haber desenfundado el arma de dotación ante el incumplimiento del interno de regresar al recinto carcelario y señala que en este punto los testimonios son disímiles, en tanto que solamente ERCM y el MML, son quienes refieren este hecho, los demás, incluido el procesado niegan la ocurrencia de mismo, por ello colige que, "no es posible tener certeza del hecho ante tantos testigos y tan disímiles versiones y por ello, el despacho considera que no puede llegar a tener certeza sobre este acto desarrollado por el procesado"³⁰.

Pasa a examinar el tercer hecho imputado, esto es, la agresión con la visera de la gorra, afirma que, "Sobre este tema el despacho no encuentra objeción de manera objetiva al acto imputado, es indiscutible que los testimonios indican que objetivamente AANE chocó contra el interno una vez éste lo tomó por su camisa y volteó y aquellos testigos que no fueron directos convergen en

²⁹ Folio 1348 co 7

³⁰ Folio 1350 co 7

indicar que el interno tenía una lesión en la boca, leve pero que la tenía en la parte interna del labio; medicina legal y la historia clínica evidencian que se produjo una lesión en la humanidad del interno MML y los diversos testimonios coinciden en indicar que la misma fue producida en el momento en que el procesado lo haló y el interno volteó su humanidad; sin embargo, habrá que decir en cuanto al tema subjetivo del tipo que este es un evento de tan difícil análisis, habida cuenta no podemos inferir por suposiciones de los testigos de si el procesado quería la lesión, si en verdad generó una acción tendiente a golpear al interno o ella sobrevino ante el encuentro de dos personas que por la gravedad llevan sentidos contrarios, en otras palabras, un accidente"³¹.

No obstante, el A-quo afirma que no "ahondará sobre ese particular, habida cuenta es un tema de la parte subjetiva del tipo que por el momento no se está analizando pero tampoco será considerada por el despacho porque se visualiza como se dijo en anterior oportunidad la inexistencia del último requisito objetivo del tipo; esto es, la ausencia de inferioridad en categoría, grado o antigüedad por parte del interno MML"³², pues a pesar que éste indica como doloso el actuar del procesado, lo cual corresponde a una apreciación subjetiva, los demás testigos y de lo expresado por el procesado no se evidencia esa intencionalidad a nivel volitivo y cognoscitivo, correspondiendo el dicho del ST. ERCM a "una suposición que hace el testigo pero no se evidencia ese carácter doloso que exige la norma"³³ e insiste que lo que se evidencia "es un accidente que causó el procesado

³¹ Folios 1351 co 7

³² Folio 1351 co 7

³³ Folio 1351 co 7

*generando una lesión en el labio inferior*³⁴ del soldado, como lo reconocen en el acta de conciliación.

En relación al último de los supuestos de hecho imputados, el A-quo aduce que en *"lo concerniente a la supuesta agresión del procesado hacia el interno cuando lo trasladaba al recinto carcelario. Sobre esta conducta el despacho de igual manera debe indicar que no tiene certeza sobre la existencia de dicho acto considerando que ningún testigo refiere tal acción"*³⁵, solo MML refiere que lo llevó a empujones, los demás, incluso el ST. ERCM indican que lo cogió de la espalda, por lo cual estima que una cosa es conducirlo a empujones y otra llevarlo asido por una parte del cuerpo, por lo cual el dicho del soldado no tiene soporte probatorio, por lo que *"resulta para el despacho desproporcionado en aras de la justicia material y menos cuando no existe certeza sobre la ocurrencia del mismo"*³⁶.

Finalmente afirma que el procesado no utilizó palabras denigrantes para referirse al interno, pues lo que se evidencia es que utilizó palabras como preso o recluso cuyo significado se circunscribe para indicar que la persona está privada de la libertad, luego no es lógico que se diga que por ello se materializó una vía de hecho, razones por las cuales concluye que, *"en sentir del despacho la materialización de una vía de hecho con base en el material probatorio conforme lo exigía la imputación jurídica no tiene plena certeza y ello hace concluir que no*

³⁴ Folio 1351 co 7

³⁵ Folio 1352 co 7

³⁶ Folio 1352 co 7

se reúna dicho requisito de la tipicidad a nivel objetivo"³⁷.

Afirma que el último requisito objetivo que trae la norma, es la inferioridad en grado, antigüedad o categoría por parte del sujeto pasivo de la acción, aspecto que en su concepto no se configura en el presente caso, en cuanto que "el soldado MML si bien era un militar en servicio activo, también lo es, que era un interno de un establecimiento carcelario y ello no lo convierte en un inferior de ninguna naturaleza, se insiste así sea un militar en servicio activo y en la categoría de soldado"³⁸, pues no se está "analizando la protección de un bien jurídico como lo es la disciplina frente a dos militares en actividad y en uso normal de funciones si no que debemos analizar un bien jurídico de mayor envergadura como lo es la correcta administración pública, recordemos que se ha precisado que el procesado actuó como autoridad penitenciaria, imparciendo una orden relacionada con el régimen interno de un establecimiento carcelario"³⁹, por lo cual debe recordar "lo que el despacho insinuó al titular de la acción penal frente a la errónea calificación"⁴⁰.

Resalta que la Fiscalía emitió la acusación por el delito de ataque al inferior, pero del estudio del acervo, se encuentra que no se estructura en su integridad los elementos objetivos de la tipicidad, puntualmente la condición de superior del procesado y de inferior por parte de la víctima, pues la Fiscalía solo tuvo en cuenta la categoría de Suboficial en servicio activo del procesado, el servicio que prestaba para el día de

³⁷ Folio 1353 co 7

³⁸ Folio 1353 co 7

³⁹ Folio 1353 co 7

⁴⁰ Folio 1353 co 7

los hechos, así como la condición de soldado en servicio activo de MML, hechos probados dentro del proceso, dejando de lado la condición de persona privada de la libertad del soldado que si bien era militar activo, ello no lo convertía en inferior en grado, pues tenía la condición de interno de un establecimiento carcelario, además "el procesado por su condición de militar en la categoría de suboficial actúa, no como militar, sino como autoridad administrativa penitenciaria investida de poder y autoridad"⁴¹, lo cual impedía que se imputara al suboficial ese delito.

Afirma que el reglamento de régimen disciplinario para las fuerzas militares, plasma que esa norma se aplica a los oficiales, suboficiales y soldados, pero "esas obligaciones y deberes surgen entre pares que gocen de un pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, aspecto que no ocurre con el señor MML, por cuanto este tiene algunos derechos suspendidos y otros restringidos o limitados; de ahí entonces, esa especial relación de sujeción que existe entre un representante del Estado que ostenta grado y jerarquía militar en pleno uso de sus funciones y una posición de garantía frente a otro militar, que si bien tiene categoría o jerarquía inferior, no está en pleno goce de funciones y atribuciones, entendiéndose por estas la que exige la Constitución Nacional a una persona que presta el servicio militar obligatorio"⁴².

Insiste el Juez Primario que por estar privado de la libertad el soldado MML, se encontraba en una relación especial se sujeción que lo privaba de los derechos fundamentales, unos suspendidos como

⁴¹ Folio 1355 co 7

⁴² Folio 1357 co 7

la libre locomoción y los derechos políticos, otros intocables que se "derivan directamente de la dignidad del ser humano, son ejemplos de éstos: los derechos a la vida y el derecho al debido proceso" y finalmente los derechos restringidos o limitados, como el derecho a la intimidad, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión, etc., como lo ha expresado la Corte Constitucional y se encuentra garantizado en los instrumentos internacionales.

Refiere que la Corte Constitucional ha señalado que un soldado detenido preventivamente, goza de una especial protección del Estado y precisa que de esos pronunciamientos jurisprudenciales, se evidencia que un soldado privado de la libertad no está en ejercicio de sus funciones, por lo cual "exigir el cumplimiento de una orden bajo los parámetros de una ley disciplinaria y penal que protege la disciplina del estamento militar entre pares con igualdad de atribuciones desborda su naturaleza"⁴³, por lo que debe aplicarse para sancionar una desobediencia el régimen penitenciario de la ley 65 de 1993.

De manera insistente sigue sosteniendo con diferentes argumentos la anterior tesis, girando siempre alrededor de la condición de interno del soldado y la actuación del procesado como autoridad administrativa penitenciaria y señala que si bien es cierto, no existía un acto administrativo que suspendiera en funciones al soldado, es porque no se hace necesario ese

⁴³ Folio 1358 co 7

pronunciamiento y si lo fuera no tendría ninguna incidencia en lo penal, finalmente concluye: "Como corolario, el despacho debe indicar que ante la no estructuración de la tipicidad de forma completa por faltar la prueba que precise o trasmita certeza de la vía de hecho idónea y con potencialidad de causar un daño y la ausencia de un elemento del tipo como es la inferioridad en grado, categoría o antigüedad del interno resulta improcedente continuar con el análisis subjetivo del tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad como elementos de la conducta punible, debiéndose entonces, emitir sentencia absolutoria basada en la duda"⁴⁴.

DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Notificada la sentencia anterior a los sujetos procesales, la decisión es impugnada por vía de apelación, inicialmente lo hace la representante del Ministerio Público ante esa instancia y luego, la Fiscalía Penal Militar ante Comando Aéreo 122.

1.- La DRA. YANETH OSANA GONZALEZ CHACON en su condición de Agente del Ministerio Público ante la primera instancia, apeló la sentencia absolutoria proferida a favor del procesado, solicitando "se sirva REVOCAR en su totalidad el fallo impugnado y en su lugar se sirva proferir SENTENCIA CONDENATORIA", en cuanto estima que están dados los requisitos para condenar al procesado por el punible investigado.

Aduce la apelante que el principal argumento de la sentencia absolutoria, se basa en que no existía delito por cuanto el soldado al estar privado de

⁴⁴ Folio 1363 co 7

la libertad en centro de reclusión fruto del fuero penitenciario, no tenía las condiciones jurídicas que un soldado en pleno ejercicio de sus funciones, de igual manera que, el procesado así esté en pleno ejercicio de sus funciones como militar no actuaba como superior militar del interno sino como autoridad superior encargada de hacer cumplir los horarios y régimen interno del centro de reclusión, esto es, "que los dos (2) militares no actuaron en calidad de tales, sino, que se despojaron de su investidura y calidad militares y actuaron en otra y por ende no cumpliría uno de los requisitos que exige el tipo penal, tanto para sujeto activo como sujeto pasivo de la conducta"⁴⁵.

Frente a ese planteamiento, la apelante sostiene que, "este argumento es absurdo y resulta falaz frente a la realidad procesal, no se desconoce el hecho de que por falta de personal, se tengan que hacer ciertas tareas o funciones que corresponden a civiles, las cuales se adjudiquen a militares en acción, funciones que deben cumplir y asumir como funciones propias, como las militares"⁴⁶ y se pregunta, "¿Cuándo un militar no está actuando en su oficio regular y para el cual fue instruido como por ejemplo cuando hace contratación, o administra el colegio, o cobra los arriendo de las casas fiscales, deja por solo ese hecho su calidad de militar o se despoja de ella y pasa a ser un civil o un híbrido entre funcionario público y civil o uno militar?. No, esa premisa constituye una falacia porque la calidad de militar no se deja nunca, no puede despojarse de ella, pues se ostenta todo el tiempo, en que se es militar activo y cesa cuando se retira

⁴⁵ Folio 1370 co 7

⁴⁶ Folio 1371 co 7

de las fuerzas militares en uso de buen retiro, o es apartado por otras razones de la fuerza pública”⁴⁷.

Resalta la apelante que en sentencia del 23 de septiembre de 2014 del Consejo de Estado, recuerda que la Corte Constitucional expresó que la policía conserva su condición de servidores públicos, así estén de franquicia, permiso, vacaciones, excusados de servicio, etc., por tanto son disciplinables por las conductas que cometan, luego, si ello es así como no cobijar el militar que actuó amparado en su grado y en la función encargada mediante orden del día, es como si un General está en un proceso contractual, golpea al teniente que lo ayuda, entonces según la tesis del fallador podríamos afirmar que por estar realizando esa contratación y no en la fila o en la guerra como le corresponde, no se configura el delito de ataque al inferior, lo que no es cierto, porque nunca se ha despojado de su condición y por ende queda incursa en el punible de ataque al inferior.

Aduce que si en el sujeto pasivo se reúnen otras calidades como que el detenido hubiese sido una persona uniformada de mayor rango, se tipificaría otro delito (ataque al superior) y recuerda que en punto de la adecuación típica en tratándose de casos de delito aparente, este se resuelve por las reglas de la consunción, especialidad y subsidiaridad, por tanto, si cada tipo penal exige

⁴⁷ Folio 1371 co 7

un sujeto activo calificado, se ha de mirar si se cumple la condición y se ubicara en el tipo penal que corresponda, lo cierto es que el caso que nos ocupa, tanto el sujeto pasivo como el sujeto activo del delito están determinados y corresponde a un soldado que no se ha despojado de su calidad, por ende cumplen el requisito de la tipicidad plena y señala que existe la prueba respecto de la agresión, además, quedó claro que el arma fue desenfundada y que el soldado MML tenía unas lesiones personales con incapacidad médica legal de diez (10) días, lo que determinaba el objeto material de la conducta.

2.- El señor MY. WILSON FIGUEROA GOMEZ Fiscal Penal Militar ante Juez de Primera Militar de Comando Aéreo 122, recurrió en apelación la sentencia absolutoria que favorece al procesado y solicita que, "se REVOQUE la sentencia Absolutoria proferida el pasado 19 de noviembre de 2014, por parte del Juzgado de Instancia ante Comando Aéreo 122, dentro del proceso de la radicación 169JUCOM122, seguido en contra del T2. AANE, y en su lugar, se CONDENE al citado uniformado como autor del delito de ATAQUE AL INFERIOR, conforme a los hechos ocurridos el pasado 26 de diciembre de 2012 en el Comando Aéreo de Combate No. 5"⁴⁸, en tanto que la sentencia recurrida es contradictoria, efectúa una inadecuada valoración probatoria, desconoce la condición del soldado como víctima y desampara la protección del bien jurídico de la disciplina que resultó vulnerado con la acción del investigado.

⁴⁸ Folio 1390 co 8

Para atacar la providencia que impugna el Fiscal lo hace bajo dos ejes temáticos, el primero lo dirige a demostrar que el Juez incurrió en una inadecuada apreciación de la pruebas frente a la existencia del ataque por vías de hecho y en el segundo, a señalar las razones por las cuales se hallan acreditados los presupuestos de superior e inferior requeridos para estructurar el delito de ataque al inferior.

En relación al primer eje temático, resalta que en la sentencia de primera instancia, el Juez aduce que no existe certeza sobre los supuestos de hecho imputados por la Fiscalía por insuficiencia probatoria, “*Situación que contradice abiertamente el material probatorio allegado en la etapa instructiva*”⁴⁹ en relación con cada uno de los hechos imputados en la acusación, así frente “*al desconocimiento en el otorgamiento de la hora de sol a que tenían derecho el personal de detenidos por parte del procesado al SLR. MML, necesario es precisar que en la resolución de acusación emitida no relacionó dicho comportamiento como constitutivo de un ataque por vías de hecho, como lo pretende hacer ver la providencia impugnada, sino como un actuar arbitrario por parte del suboficial que desencadenó finalmente la ocurrencia de la conducta punible imputada*”⁵⁰.

A pesar de la anterior observación, señala que en la sentencia se afirma que AANE otorgó la hora de sol al SLR. MML, pero las pruebas afirman cosa distinta, refieren la negativa del suboficial para que el soldado hiciera uso de la hora de sol a

⁴⁹ Folio 1378 co 8

⁵⁰ Folios 1378 – 1379 co 8

pesar de la insistencia de éste, como lo señalan los soldados MML, SAJA, BJMA y RASA y el propio procesado en diligencia de indagatoria y resalta que no es potestativo del suboficial de servicio otorgarlo, pues el horario de régimen interno suscrito por el Director del Centro de Reclusión así lo establecía y resalta que en la sentencia se rechaza sin ningún análisis la declaración del TJ. JHR quien por su antigüedad ni siquiera prestaba ese servicio.

Destaca que el A-quo refiere que no existe certeza que el suboficial haya desenfundado el arma para amenazar a MML, bajo el argumento que los testimonios eran disímiles y señala que "La valoración que de la prueba realiza el juzgado de instancia resulta desafortunada, puesto que desconoce los testimonios entregados por la víctima y por el ST. ERCM sin justificación alguna, como si la certeza la produjera exclusivamente la confluencia de la totalidad de los testimonios en un mismo hecho, derivándose de un aspecto meramente cuantitativo y no cualitativo como lo imponen los artículos 401 y 441 de la Ley 522 de 1999"⁵¹, en tanto que, los testimonios deben valorarse bajo las reglas de la lógica y la experiencia, teniendo en cuenta las circunstancias en que se llevó a cabo la percepción, la capacidad de percepción del testigo, el transcurso del tiempo y las otras circunstancias que afecten la evocación de lo percibido.

⁵¹ Folio 1380 co 8

Señala que no puede darse credibilidad a los testimonios de SAJA y FAPP puesto que el primero de ellos afirmó no percatarse directamente de lo que sucedía, solo observó la herida de MML y que AANE tenía el arma agarrada, que no desenfundó el arma pero la tenía en su mano, situación que le resta credibilidad, lo mismo sucede con el segundo, *"que se refiere a los hechos ocurridos con posterioridad al golpe propinado por el suboficial al soldado y no frente al accionar previo al mismo, lo que determina nuevamente que la declaración se torna confusa y ambivalente frente a ese aspecto. Situación completamente contraria frente a los testimonios vertidos por el SLR. MML y por el ST. ERCM, quienes en forma clara, repetitiva y coherente, concuerdan en señalar que el T2. AANE molesto porque MML no procedía de inmediato al recinto carcelario, desenfundó su arma de dotación para amedrantar al bajo banderas"*⁵².

Dice el apelante que el Juez de Primera Instancia olvida que no es solo el ST. ERCM el que afirma que el Suboficial desenfundó el arma para amedrantar al soldado, sino que además es la propia víctima quien da cuenta de esos hechos; transcribe apartes de lo referido por el oficial en el informe y en la diligencia de testimonio y su posterior ampliación, en relación con el hecho de haber desenfundado el arma para amedrantar el soldado, haberlo golpeado y posteriormente haberlo conducido por fuerza y señala que se trata de un *"Testigo que percibió en forma directa y personal los hechos, sin que se registre dentro del plenario circunstancias de amistad o animadversión que pudieran*

⁵² Folio 1381 co 8

afectar su declaración, por el contrario el oficial se encontraba recientemente trasladado a la unidad para la fecha de los hechos y pese a que era su primer servicio ante lo anormal de la situación decidió intervenir para informar rápidamente de los mismos al oficial de inspección, condiciones que permiten señalar que lo manifestado por el oficial de servicio resulta acorde a la realidad"⁵³.

Asegura que de la misma forma lo referido por MML en los diferentes momentos, "resulta coherente, persistente, claro y concuerda con lo referido por el oficial de control, sin que pueda determinarse en forma alguna que obedece al ánimo de retaliación o venganza, puesto que durante la actuación procesal por el contrario, demostró actitud conciliadora e indulgente con el suboficial procesado, al punto que accedió a desistir voluntariamente del delito de lesiones personales"⁵⁴, no obstante mantuvo su versión objetiva de lo que había sucedido, a pesar de ello, el fallador se limitó a señalar que le causaba incredulidad que una persona estando de espaldas pudiera ver a su agresor, situación ésta que no fue manifestada por MML ni ERCM, tampoco por FAPP, solamente por SAJA, testimonio que resulta contradictorio, como ya se señaló, razones por las cuales, el apelante estima que "el juzgado de instancia parte de un hecho que los testigos no han manifestado para soportar la ausencia de certeza jurídica que le permita condenar al procesado"⁵⁵, situación que considera irregular, en cuanto los testigos narran hechos diferentes.

⁵³ Folio 1383 co 8

⁵⁴ Folio 1383 co 8

⁵⁵ Folio 1384 co 8

Aduce que a pesar que en la sentencia se acepta que AANE propina un golpe con la cabeza en la boca del soldado MML, “olímpicamente señala que fue producto de un “accidente”, creando una hipótesis que no fue referida por los testigos”⁵⁶, por ello estima que llegó a una “conclusión totalmente errada bajo los postulados de la lógica y la experiencia, pues para que el golpe se produjera de esta forma requería que el suboficial estuviera sobre la espalda del soldado”⁵⁷, luego, si conforme se afirma en la providencia, lo haló, “lo que pretendía el suboficial era golpearlo con la cabeza”⁵⁸, y precisa que bajo la teoría del A-quo, “se podría llegar al absurdo de señalar, que la boca de MML buscó la cabeza del suboficial, al punto que poco le restaría la juzgador para concluir, bajo ese análisis fáctico, que MML agredió con su boca al T2. AANE”⁵⁹.

Afirma que según el Juez no se demostró la intencionalidad a nivel volitivo y cognoscitivo del procesado, contrario a lo que refieren los testigos directos, MML y ERCM, quienes señalan que el suboficial de manera voluntaria golpeó con su cabeza al bajo banderas, hecho que se refiere igualmente de lo narrado por FAPP, “lo que permite concluir que AANE molesto por la actitud del soldado decide golpearlo con su cabeza lesionando el labio del subalterno”⁶⁰, luego el Juez olvida que son los hechos los que determinan la voluntad, “de tal forma, que si una persona camina ofuscada hacia donde se encuentra otra, le esgrime un arma y finalmente la golpea con su cabeza, el hecho no puede ser imputado al agresor porque no manifiesta que lo hizo de manera consciente y

⁵⁶ Folio 1384 co 8

⁵⁷ Folio 1384 co 8

⁵⁸ Folio 1385 co 8

⁵⁹ Folio 1385 co 8

⁶⁰ Folio 1385 co 8

voluntaria, nada más alejado de la realidad, la lógica y la experiencia señalan que quien se encuentra ofuscado con otra persona al golpearlo lo hace intencionalmente, así las cosas mediante un silogismo elemental podemos señalar que, AANE se encontraba ofuscado por la displicencia de MML en cumplir sus órdenes, AANE golpeó a MML, entonces la conclusión será que AANE lo hizo voluntaria y conscientemente”⁶¹.

Destaca que finalmente el A-quo, afirma que no existe evidencia que confirme que el suboficial haya conducido a empellones a MML al recinto de reclusión, pero olvida que ERC asegura que lo cogió por la espalda de la camisa y lo llevó al cuarto de detenidos e igualmente que EIRY refiere que lo traía agarrado de la guerrera por la espalda, situación que le pareció anormal pues no había presenciado acto similar en el servicio, lo cual determina que la forma arbitraria en que fue conducido, sin que el soldado opusiera resistencia que hiciera necesaria el uso de la fuerza.

Examinado el primer eje temático, esto es, la demostración de los supuestos fácticos imputados, el apelante pasa a evaluar el segundo referido a condición de superior y subalterno, requerida para imputar el delito y para ello, inicialmente resalta lo referido por el A-quo en la sentencia, a partir de allí señala que la tesis asumida por el juzgador resulta contradictoria, “puesto que dentro de la sentencia señala que el procesado actuó en el marco de actos relacionados con el servicio y posteriormente manifiesta que lo hizo como autoridad

⁶¹ Folio 1386 co 8

penitenciaria, pretendiendo desligar la función como militar de las que tenía respecto del control de personal de detenidos, cuando precisamente fue en razón de sus funciones como militar que le fue encomendada la responsabilidad como Suboficial de Servicio, dentro de las cuales se le asignaba la tarea de controlar el régimen interno de éste personal”⁶².

Afirma el apelante, que no entiende como el Juez puede señalar que la función militar puede ser abandonada para cumplir otras de distinta índole y señala que lo que pasa es que dentro del servicio se realizan tareas de orden logístico y administrativo que se derivan directamente de la función militar, no meramente operativas, lo que hace que esos actos se enmarquen dentro del servicio, no por fuera de él como pretende el Juez.

De otro lado indica que el Juez admite que MML registra la condición de soldado regular en actividad, “pero contradictoriamente señala que por encontrarse detenido existe una especie de paréntesis jurídico en donde su condición militar debe ser desconocida”⁶³, y aunque señala que debe gozar de mayor protección jurídica por encontrarse privado de la libertad, pretende cercenar sus garantías al estimar que si estuviera en libertad, el suboficial hubiera podido cometer el delito de ataque al inferior, otorgando mayor protección jurídica al militar en libertad que al que se

⁶² Folio 1387 co 8

⁶³ Folio 1388 co 8

encuentra privado de la libertad, cuando el marco jurídico señala una situación diferente.

Aduce que el proceso no se adelantó por incumplimiento de órdenes como quiere hacerlo ver el A-quo, los hechos investigados no tienen relación con órdenes legítimas del servicio como lo refieren otros tipos penales, sino que se enmarca en actos relacionados con el servicio, por lo cual no puede acudirse a supuestos o a lo que pudiera ocurrir en otros eventos.

Finalmente señala que los argumentos esbozados en la sentencia frente a la condición de inferior del soldado, respecto del procesado, el Juzgado de Instancia ya los había planteado en la providencia del 19 de mayo de 2014, mediante la cual decretó nulidad de la resolución de acusación, la cual fue objeto del recurso de apelación y tal decisión fue revocada por el Tribunal Superior Militar en la providencia del 28 de agosto de 2014, por lo cual no ahondará en más argumentos y transcribe apartes de lo expresado por esta Corporación en esa oportunidad y que hoy los trae nuevamente en la sentencia, por lo cual considera que ese aspecto ya había sido “dilucidado con anterioridad, pese a la terquedad del Juzgado de Instancia, la condición de inferioridad militar de la víctima, lo que determina la modificación de la sentencia de la primera instancia”⁶⁴.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

⁶⁴ Folio 1390 co 8

El Dr. JAIRO ALFONSO PLATA QUINTERO Procurador Judicial 315 Penal II, Representante del Ministerio Público ante esta Instancia, emitió concepto en el que colige que se debe atender el recurso de apelación y “*solicita revocar la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado ante Comando Aéreo 122 a favor del T2. Navarro y en su lugar se profiera sentencia condenatoria en su contra*”⁶⁵, pues como lo había dicho en anterior oportunidad, encuentra que se debe responsabilizar al procesado por la comisión del delito de ataque al inferior, posición que hoy igualmente adopta, pues revisado nuevamente el acervo probatorio “*se encuentra demostrado que el actuar desplegado por el hoy procesado Navarro se ajusta a la descripción típica del delito de ataque al inferior, pues por vías de hecho atacó al soldado MML*”⁶⁶.

Señala el señor Procurador que del análisis de los medios de prueba en conjunto, si bien al revisar la prueba testimonial se puede evidenciar algunas contradicciones entre las declaraciones, a la vez se puede inferir que para el día de los hechos el procesado se encontraba de suboficial de servicio y que efectivamente atacó por vías hechos al soldado MML al golpearlo en la boca, además de empujarlo en repetidas ocasiones y tratar de intimidarlo al desenfundar el arma de fuego.

Afirma que en el transcurso del proceso el debate se ha centrado en el análisis de las

⁶⁵ Folio 1415 co 8

⁶⁶ Folio 1407 co 8

declaraciones, afirmando el Juez de Instancia que son varias las contradicciones que no permiten allegar a la certeza y precisa que leídas cada una de las declaraciones y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, "puede afirmarse que la versión dada por el soldado MML se ajusta a la realidad y por tanto se puede inferir que los hechos ocurrieron como los narró, hechos que además son corroborados por el ST. ERCM"⁶⁷, versión de éste último que fue emitida desde el informe y ratificada posteriormente, la cual merece toda credibilidad, pues es un testigo presencial e imparcial en las resultas, sin que se evidencia motivo alguno que pueda llevar a pensar que está faltando a la verdad, por el contrario las declaraciones de los soldados SAJA, EIRY, FAPP y ASHA contienen una serie de contradicciones que les restan credibilidad.

Comparte lo afirmado por la Fiscalía en la apelación, en cuanto que el Juez no examinó la declaración del ST. ERCM y "no entendiendo los motivos por los cuales no lo hizo, pues tal testimonio ha sido claro desde el principio de la investigación y se reitera no se evidencia que su intención sea favorecer al soldado o perjudicar al suboficial"⁶⁸ e insiste en que las declaraciones de los soldados referenciados contienen una serie de contradicciones, que como lo afirman los recurrentes no pueden ser tenidas en cuenta, amén que no fueron testigos presenciales y reitera que las pruebas arrimadas demuestran las vías de hecho ya referidas, recordando lo expresado por esta Corporación con

⁶⁷ Folio 1408 co 8

⁶⁸ Folio 1408 co 8

ponencia del señor CN. GERMAN PRIETO NAVARRO, sobre lo que constituye una vía de hecho.

Precisa el señor Procurador que así el procesado niegue la comisión del hecho, las probanzas allegadas permiten ver que los hechos sucedieron como lo narró el agredido, actuar que configuró el punible de ataque al inferior, por lo que "No puede ser de recibo lo afirmado por el Juez de Instancia en cuanto a que lo ocurrido fue un accidente cuando los dos sujetos se encontraron de frente y se chocaron, pues como se ha dicho, lo que demuestra el acervo probatorio es que el suboficial con la intención y voluntad atacó al soldado"⁶⁹.

Considera que la reacción del procesado fue equivocada ya que atentó no solo contra la integridad de su inferior, sino que vulneró la disciplina, por lo cual su actuar es reprochable, pues pretendió imponer la disciplina de manera inadecuada, maltratando al soldado físicamente y dada su experiencia y cumplimiento de sus funciones propias, tenía pleno conocimiento que su conducta generaba un delito, por lo cual no existe duda que tuvo la voluntad y la intención de agredir al soldado, pues si bien dentro de la actividad castrense se permite el uso fuerte de la voz, ninguna norma faculta las vías de hecho para disuadir de ciertas conductas, por el contrario son castigadas, como lo sostuvo el Tribunal con ponencia del señor CR. ISMAEL LOPEZ CRIOLLO,

⁶⁹ Folio 1410 co 8

dentro del radicado 154508, de la cual transcribe apartes.

Señala que en lo relativo a que el procesado actuó como autoridad administrativa penitenciaria, "debe indicarse que por las mismas funciones que desempeñaba el uniformado Navarro como suboficial de servicio, tenía dentro de sus funciones la custodia de los detenidos y es en desarrollo de esa función que se genera la conducta delictiva"⁷⁰, por lo cual considera que "no puede separarse una función de la otra cuando todas van relacionadas entre sí por el cumplimiento del mismo servicio"⁷¹, pues el uniformado no estaba desempeñando funciones ajenas al mismo, sino que eran las que correspondían a su grado y servicio que cumplía.

En cuanto a la condición del soldado MML afirma que comparte lo expresado por la Fiscalía recurrente, pues no puede afirmarse que "por el hecho de estar detenido por ese entonces perdía la calidad de miembro de la fuerza pública, pues precisamente por ello es que se encontraba en una instalación militar"⁷², por el contrario lo que se evidencia es que para ese entonces, tanto el soldado como el T2. AANE eran miembros de la fuerza pública en servicio activo, el procesado ostentaba un grado superior al del soldado y "por el hecho de estar detenido no perdía la condición de soldado y la condición de miembro de la fuerza pública"⁷³, por lo cual el comportamiento se ajustó

⁷⁰ Folio 1412 co 8

⁷¹ Folio 1412 co 8

⁷² Folio 1413 co 8

⁷³ Folio 1413 co 8

a la descripción típica del delito de ataque al inferior.

Finalmente resalta que sobre este mismo tema ya se había pronunciado el Tribunal en providencia del 28 de agosto de 2014, de la cual transcribe apartes, para señalar, “*Por tanto no se entiende como el Juez de Instancia insiste en tales argumentos cuando ya fueron objeto de estudio y cuando se tiene demostrado, se repite, que tanto el procesado como el soldado eran superior e inferior para el día de los hechos cumpliendo los requisitos para la tipicidad de la conducta*”⁷⁴.

CONSIDERACIONES PREVIAS:

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, conforme a las previsiones de los artículos 238, numeral 3 y 360 del Código Penal Militar, por vía de apelación, para referirse únicamente a los aspectos impugnados y a los que inescindiblemente resulten vinculados al objeto de impugnación, con excepción de la nulidad, de conformidad con el principio de limitación consagrado en el artículo 583 del Estatuto Punitivo Castrense.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Por vía del bastión de apelación le corresponde a esta Sala de Decisión, atendiendo los argumentos que sustentan el recurso de alzada presentado de un lado por la DRA. YANETH OSANA GONZALEZ CHACON

⁷⁴ Folio 1415 co 8

en su condición de Agente del Ministerio Público ante la primera instancia y de otro, por el señor MY. WILSON FIGUEROA GOMEZ Fiscal Penal Militar ante Juez Militar de Comando Aéreo 122, entrar a definir si procede o no la revocatoria de la sentencia absolutoria de fecha 19 de noviembre de 2014, proferida por el Juzgado Penal Militar de Comando Aéreo 122 a favor del T2. AANE, para en su lugar proferir sentencia condenatoria por el delito de ataque al inferior, debate que se adelantará atendiendo la limitación impuesta al Ad - quem en el artículo 583 de la ley 522 de 1999, para referirse únicamente a los aspectos objeto de la apelación y a los que inescindiblemente resulten vinculados al objeto de impugnación, con excepción de la nulidad.

Consonante con el anterior predicado, la Sala debe precisar que si bien es cierto el Fallador de Segunda Instancia al desatar el recurso de apelación, conforme al principio de limitación, solo debe pronunciarse sobre los aspectos referidos en el recurso de alzada, el mismo no es absoluto, como quiera que el Ad - quem está facultado para extender su estudio a otras materias inescindibles, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, *"doctrina y jurisprudencia coinciden en concluir que la extensión de la competencia del superior a temas inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación resulta procedente cuando se advierta hacer prevalecer el derecho sustancial o cuando ello*

*influya en la coherencia y la lógica que ha de observarse en la decisión del superior funcional*⁷⁵.

Tanto la DRA. YANETH OSANA GONZALEZ CHACON representante del Ministerio Público ante la primera instancia, como el señor MY. WILSON FIGUEROA GOMEZ Fiscal Penal Militar ante Juez Militar de Comando Aéreo 122, incoan de manera unánime la revocatoria de la sentencia absolutoria proferida a favor del procesado por el delito de ataque al inferior, para que en su lugar, se profiera sentencia condenatoria por el mismo reato, pretensión que es prohijada por el representante del Ministerio Público ante esta instancia, al momento de descorrer el traslado.

La DRA. YANETH OSANA GONZALEZ CHACON básicamente ataca de manera frontal los argumentos de la sentencia referidos a la inexistencia de la condición de superior e inferior requeridos para imputar el delito de ataque al superior y señala en relación con el sujeto activo que los hechos cometidos por un militar en el ejercicio de una actividad administrativa, tienen una relación directa con el servicio, igualmente, que la condición de detenido del militar como sujeto pasivo, no lo despojaba de la calidad de militar en servicio activo, pues esta solo cesaba cuando era apartado de las filas en uso de buen retiro o por cualquier otra causa, por lo cual considera que los argumentos en los que se funda la

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal.- Radicado 23259 – Sentencia del 23 de Marzo de 2006.- MP. DR. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

sentencia son absurdos y falaces frente a la realidad procesal, pues existía prueba de la agresión, de la calidad de los sujetos pasivo y activo requeridas para imputar la comisión del delito.

Por su parte el señor MY. WILSON FIGUEROA GOMEZ Fiscal Penal Militar ante Juez Militar del Comando Aéreo 122, ataca los argumentos de la providencia que impugna centrando su desacuerdo en dos ejes temáticos, el primero lo dirige a resaltar los yerros en que incurrió el Juez en la apreciación de las pruebas frente a la demostración de los supuestos fácticos imputados constitutivos de ataque por vías de hecho y en el segundo, a señalar las razones por las cuales se hallan acreditados los presupuestos de superior e inferior requeridos para estructurar el delito de ataque al inferior.

En ese orden, determinados de manera concreta los aspectos en los que los apelantes centran su desacuerdo con la decisión que impugnan, planteamientos que además son prohijados integralmente por el representante del Ministerio Público ante esta instancia, le corresponde a esta Sala decidir sobre la pretensión incoada por los recurrentes, examen que se centrará en los aspectos cuestionados y en aquellos que inescindiblemente resulten vinculados al objeto de la apelación, de conformidad con la limitación consagrada para la segunda instancia.

1.- De los yerros en la valoración de los medios de prueba, alegados por el apelante y la consecuente demostración de los supuestos fácticos imputados.

Señala el Fiscal apelante "que la providencia se torna contradictoria, efectúa una inadecuada valoración probatoria"⁷⁶, pues el Juez aduce que no existe certeza sobre los supuestos de hecho imputados por la Fiscalía por insuficiencia probatoria, "Situación que contradice abiertamente el material probatorio allegado en la etapa instructiva"⁷⁷, señalando entre otros yerros, el rechazo sin ningún análisis de la declaración del TJ. JHR; el desconocimiento de los testimonios del SLR. MML y del ST. ERCM sin justificación alguna; el valor probatorio dado a los testimonios de los soldados SAJA y FAPP a pesar de sus evidentes contradicciones, por lo cual estima que el Juez solamente tuvo en cuenta el aspecto meramente cuantitativo y no cualitativo, en contravía de lo dispuesto en los artículos 401 y 441 de la Ley 522 de 1999, con total desconocimiento de las reglas que rigen la valoración de los testimonios, aspectos que desarrolla de manera particular cuando realiza el examen de cada uno de los medios de prueba, en cada supuesto de hecho imputado que el A quo considera no probado en grado de certeza.

Si bien la DRA. YANETH OSANA GONZALEZ CHACON no desarrolla de manera extensa y concreta estos

⁷⁶ Folio 1377 co 8

⁷⁷ Folio 1378 co 8

aspectos, si refiere que existe dentro del proceso prueba de la agresión y afirma que está claro que el arma fue desenfundada y que el soldado MML tenía unas lesiones personales con incapacidad médico legal de diez (10) días, de lo cual son contestes los testigos que trajo la Fiscalía, aspectos que también desarrolló el Ministerio Público ante esta Instancia al descorrer el traslado, prohijando de manera general los argumentos de los apelantes.

1.1.- De las reglas que rigen la valoración de los medios probatorios y en especial la prueba testimonial.

Lo primero que se debe señalar es que conforme a lo dispuesto en el artículo 406 de la ley 522 de 1999, norma ritual que gobierna este proceso, "Son medios probatorios, entre otros, la inspección, la peritación, los documentos, el testimonio, la confesión y los indicios", e igualmente que, "Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica", en los precisos términos del artículo 401 ibidem, es decir, la ley determina cuales son los elementos que deben servir de medios de convicción, la forma y los criterios generales que se deben tener en cuenta para su valoración, pero además, al desarrollar cada uno de los medios probatorio en particular, fija algunos criterios específicos para cada uno en concreto.

El legislador al precisar que las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto de acuerdo a las reglas

de la sana crítica, no se está refiriendo a que el Juez debe someterse a una tarifa legal que establece el valor de la prueba, tampoco, a una absoluta libertad del operador judicial, pues esto último conllevaría a una arbitrariedad, lo que se determinó en la norma es una libertad de interpretación reglada, esto es sometida a las reglas de la experiencia, la ciencia y la lógica a través del método deductivo, es decir, el análisis de los medios de prueba debe ser racional y lógico.

En el caso bajo estudio, el desacuerdo en la forma de valorar los medios de prueba, se alega respecto de las pruebas testimoniales y se predica la omisión de los criterios generales previstos en la ley, es decir, de las reglas de la sana crítica, pero además respecto de los criterios específicos fijados en la ley de manera concreta para el testimonio.

En ese orden, habrá de resaltarse que conforme a lo preceptuado en el artículo 441 de la ley 522 de 1999, *"Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios de la sana crítica y especialmente lo relacionado con las circunstancias en que se llevó a cabo la percepción, la capacidad del testigo para la conservación del recuerdo, el transcurso del tiempo y las demás circunstancias que afecten la evocación de lo percibido, así como la personalidad del declarante y la forma en que hubiere declarado"*, esto es, los testimonios se tendrán que apreciar en conjunto con los demás medios de prueba atendiendo las

reglas de la sana crítica, pero además en su valoración, se deberán tener en cuenta los criterios específicos establecidos en la ley para la evaluación de la prueba testimonial.

En este aspecto la Corte Suprema de Justicia, de antaño ha señalado:

“2.- Ante todo recuérdese que la apreciación probatoria se debe realizar a través de los postulados en que se soporta la sana crítica, es decir, el sometimiento a los medios de convicción a las leyes o reglas que “regulan el razonamiento deductivo, los fenómenos materiales y las conductas frente a la sociedad, de acuerdo a lo admitido por ella misma para hacer viable su existencia y verificación de sus comunes objetivos, todo cumplido en forma ‘sana’, esto es, bajo la premisa de reglas generales admitidas como aplicables y ‘críticas’, es decir, con base en los hechos objeto de valoración, entendidos como ‘criterios de verdad’, sean confrontados para establecer si un hecho y acción determinada pudo suceder, o si ello fue posible de una u otra manera, explicable dentro de las reglas de la lógica, de la ciencia y la experiencia, no ante la personalísima forma de ver cada uno la realidad, sino frente a estos postulados generales que rigen el razonamiento, las transformaciones materiales y la vida social, formal y dialécticamente comprendidos”.⁷⁸

En otras palabras, la apreciación probatoria es la actividad intelectual que lleva a cabo el operador de justicia para medir la fuerza demostrativa de un medio de convicción. Por tanto, por mérito probatorio ha de entenderse como la aptitud que tiene un hecho para demostrar judicialmente otro o para que el mismo quede demostrado. Por ello, los postulados de la sana crítica no es libertad para la arbitrariedad, ni para tener en cuenta conocimientos personales que no se deduzcan del material probatorio aportado al proceso, ni para eximir al sentenciador de motivar las decisiones y de someterlas a la revisión del superior jerárquico”⁷⁹. (Resaltado fuera de texto).

⁷⁸ Sentencia del 4 de septiembre de 2002. M.P. Dr, Carlos Augusto Gálvez Argote. Radicación 15884.

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal.- Radicado 17718 – Sentencia del 27 de abril del 2005.- MP: JORGE LUIS QUINTERO MILANES

En suma ha de afirmarse que imprescindiblemente el operador judicial tendrá que valorar las pruebas allegadas al expediente, primero en forma individual, para luego confrontarlas con el universo probatorio, aplicando los criterios que imponen la sana crítica, de acuerdo a lo admitido por la comunidad que permita viabilizar su existencia y verificación, todo cumplido en forma "*sana*", esto es, determinada la legalidad del medio de prueba y bajo la premisa de reglas generales admitidas por la ley, la doctrina y la jurisprudencia como aplicables, escrutar las pruebas en forma "*crítica*" aplicando las reglas de valoración, entendidas como criterios que permiten determinar la credibilidad de los medios de prueba y confrontarlos para establecer si un hecho y/o una acción determinada tuvo real ocurrencia, o si ello fue posible de una u otra manera, esto es, si encuentra explicación dentro de las reglas de la lógica, de la ciencia y la experiencia, no ante la individual forma del operador de justicia de ver la realidad, sino frente a los postulados generales que rigen el razonamiento, las transformaciones materiales de las comunidades, de la vida social, formal y dialécticamente comprendidos.

Precisados los criterios de valoración de la prueba, la Sala pasará a examinar los medios de prueba legalmente aportados al proceso, haciendo énfasis en las pruebas objeto de discusión para

determinar, en cada caso particular, si los supuestos fácticos objeto de imputación, se encuentran probados o si por el contrario como lo aduce el Juez A-quo, no se hallan demostrados dentro del proceso y obra un manto de duda sobre su real ocurrencia.

1.2.- De la restricción de la hora de sol.

Como punto de partida se debe indicar que en relación con este aspecto, el A-quo afirma que "La Fiscalía imputa como vías de hecho diversos comportamientos indicando que el procesado ejecutó una vía de hecho cuando desconociendo lo previsto en el horario del régimen interno para el personal de detenidos, le ordenó al interno MML no hacer uso de dicha hora de sol e ingresar a su sitio de reclusión"⁸⁰.

Frente a este argumento el Fiscal apelante afirma, "En cuanto al desconocimiento en el otorgamiento de la hora de sol a que tenían derecho el personal de detenidos por parte del procesado al SLR. MML, necesario es precisar que en la resolución de acusación emitida no relacionó dicho comportamiento como constitutivo de un ataque por vías de hecho, como lo pretende hacer ver la providencia impugnada, sino como un actuar arbitrario por parte del suboficial que desencadenó finalmente la ocurrencia de la conducta punible imputada"⁸¹, no obstante afirma que las pruebas que obran en el expediente refieren la negativa del suboficial para que el soldado hiciera uso de la hora de sol a pesar de la insistencia de éste,

⁸⁰ Folio 1344 co 7

⁸¹ Folios 1378 – 1379 co 8

como lo señalan los soldados MML, SAJA, BJMA y RASA y el propio procesado en diligencia de indagatoria, resalta que no es potestativo del suboficial de servicio otorgarlo, pues el horario de régimen interno suscrito por el Director del Centro de Reclusión así lo establecía y resalta que en la sentencia se rechaza sin ningún análisis la declaración del TJ. JHR quien por su antigüedad ni siquiera prestaba ese servicio.

De cara a este desacuerdo, ha de advertirse que revisada la resolución de acusación, la Sala encuentra que el Fiscal afirma, "La vía de hecho se dio en primer lugar con la arbitraría decisión del Suboficial de Servicio de suprimir la "hora de sol", que corresponde a una jornada de descanso o actividad física de la que gozaban los internos recluidos en las instalaciones acondicionadas como centro carcelario por la unidad"⁸², es decir, evidentemente de manera expresa la Fiscalía imputa como una vía de hecho, la decisión que adoptó el aquí enjuiciado en su condición de suboficial de servicio de no permitir al SLR. MML hacer uso de la hora de sol.

Puestas así las cosas, lo primero que se debe establecer es si estaba dispuesta una hora sol para el personal de detenidos, en qué consistía y que actividades podían realizar, concretado este aspecto, se deberá determinar si efectivamente el aquí encausado suspendió este derecho a algunos detenidos y si tenía la facultad para hacerlo, debiendo señalar desde ya, como punto de partida

⁸² Folio 620 co 4

que del material probatorio se infiere que este primer supuesto de hecho, se presentó finalizada la actividad laboral y que como lo afirma el Fiscal, fue el origen de los subsiguientes hechos, no obstante, según se sustrae de los medios de prueba, entre la ocurrencia de este acontecer fáctico y la posterior agresión transcurre un espacio de tiempo, como se verá adelante.

Del material probatorio allegado al proceso salta de relieve que efectivamente la Dirección del Centro de reclusión del CACOM-5, había fijado un "*HORARIO PARA EL PERSONAL DE DETENIDOS GRUSE-5*"⁸³, en el cual había establecido las actividades que debería realizar el personal militar privado de la libertad durante el día, incluido los sábados y domingos, habiendo fijado que durante los días laborales, quienes trabajaban lo harían hasta las 16:30 horas y a partir de ese momento hasta las 18:30 horas, realizarían "*ACTIVIDADES FISICAS - HORA DE SOL*"⁸⁴, que no era otra cosa que estar fuera de la sala de retenidos en actividades personales, como descansar, llamar a sus familiares, hacer deporte etc., según refieren todos los testigos, es decir, estaba establecido un periodo de tiempo, no necesariamente una hora, para que los militares privados de la libertad estuvieran fuera de la celda o sala de retenidos, realizando actividades personales, lógicamente en sitios determinados y bajo el control del cuerpo de seguridad.

⁸³ Folio 69 co 1

⁸⁴ Folio 69 co 1

Consecuente con lo anterior, el TJ. JHR que para la data de los hechos, como lo afirma en su testimonio, se desempeñaba "como Régimen Interno Grupo de Seguridad y Defensa de Bases No. 5"⁸⁵, militar que tenía entre otras funciones llevar el seguimiento de control de las horas de trabajo de los internos, así como del régimen interno, al indagársele por parte del Instructor, "si el detenido que trabaja tiene derecho a la hora de sol CONTESTO: Sí claro por supuesto"⁸⁶ y precisa, "cuando trabajan están por fuera con el centinela, esos tiempos no se define como hora de sol"⁸⁷.

Según refiere el SLR. MML, quien se hallaba privado de la libertad, en la fecha de marras "terminamos nuestro horario laboral y continuaba la hora de sol y mi Tercer AANE nos dijo que nosotros no teníamos derecho a la hora de sol porque habíamos estado todo el día por fuera trabajando entonces nos dice que nos entremos a la pieza y unos dicen que se van a quedar durmiendo, entonces el se va para otro lugar y nosotros nos dirigimos hacia el bar a tomar nuestra hora de sol"⁸⁸; contexto que es relatado en forma similar por el SLR. BJMA, quien también se encontraba privado de la libertad, el cual refiere que terminado el horario laboral "nosotros le dijimos a mi Tercero AANE, que íbamos a proceder a tomar la hora de sol y él nos dijo que los que trabajaban, no tenía derecho a la hora de sol que solamente tenían derecho los que no habían trabajado y ese día no había trabajado el soldado FAPP, entonces él lo sacó del recinto carcelario y le dio la hora de sol respectiva. Nosotros MPS, MML, SAJA, RASA y yo le dijimos que teníamos derecho a la hora de sol, él nos dijo que iba a llamar a mi

⁸⁵ Folio 195 co 1

⁸⁶ Folio 197 co 1

⁸⁷ Folio 197 co 1

⁸⁸ Folio 91 co 1

Coronel y mi Coronel autorizó la hora la hora de sol, pero en el transcurso que llamó a mi Coronel para que autorizara nosotros MPS, CGF y yo estuvimos en el recinto carcelario, SAJA y MML se rehusaron a entrar al recinto carcelario y se fueron para el bar"⁸⁹, relato que realiza nuevamente en forma muy similar en posterior ampliación⁹⁰.

En relación con el testimonio del SLR. SAJA, de quien afirman, el señor el señor MY. WILSON FIGUEROA GOMEZ Fiscal Penal Militar ante Juez Militar de Comando Aéreo 122 y el Dr. JAIRO ALFONSO PLATA QUINTERO Procurador Judicial 315 Penal II, representante del Ministerio Público ante esta Instancia, que incurre en una serie de contradicciones, ha de señalarse desde ya que, examinado el testimonio esta Sala no encuentra contradicciones evidentes, lo que se observa es que incurre en algunas imprecisiones cuando relata lo ocurrido en relación con el segundo hecho imputado, aspecto que se examinará adelante, sin que ello vicie su testimonio.

En relación con el supuesto fáctico que estamos examinando, habrá de resaltarse que este soldado también se hallaba privado de la libertad y refiere, "terminamos de trabajar y se encontraba de Suboficial de Servicio mi Tercero AANE, nosotros finalizamos de trabajar y él dijo que nos encerramos porque nosotros pasamos todo el día afuera entonces que nos entráramos ya, de ahí salió el soldado FAPP porque él no había salido en todo el día a trabajar entonces ni MML no

⁸⁹ Folio 134 co 1
⁹⁰ Folio 170 – 173 co 1

*yo nos quisimos entrar porque estábamos en nuestra hora de sol entonces nos fuimos para el bar*⁹¹.

En relación con éste aspecto, los soldado EIRY y ASHA quienes se encontraban de servicio de centinelas de seguridad de los detenidos, no aportan nada, como tampoco lo hace el ST. ERCM pues cuando éste afirma que los observó discutiendo por el horario de sol, se refiere al segundo momento, previo a la agresión; de la misma manera, si bien es cierto que el TJ. JHR no aporta nada en relación con la ocurrencia de este hecho, pues solo refiere que le informaron el incidente, no es menos cierto que, para aclarar algunos aspectos como la existencia de la hora de sol para los militares detenidos, en iguales condiciones para quienes laboraban como para aquellos que no lo hacían, es de gran importancia y se le debe dar la credibilidad necesaria, no solo por el cargo que desempeñaba, sino porque no se evidencia ninguna intención de causar daño o favorecer a alguien, además de la forma franca, clara y concreta con la que rinde el testimonio.

Por su parte el T2. AANE en diligencia de indagatoria afirma, "después de haber finalizado su horario de trabajo el personal de detenidos le digo a los detenidos que prosigan junto conmigo al recinto carcelario para sacar al soldado FAPP a la hora de sol, les manifiesto a los detenidos que se encontraban laborando que por haber trabajado todo el día no se les daba la hora de sol, de los cuales confirmé esta información con el Comandante del

⁹¹ Folio 106 co 1

*GRUSE ordenando la hora de sol desde las 16:30*⁹², siendo evidente que converge con lo expuesto por los demás testigos, de un lado que estaba reglamentada la hora de sol, de otro que, le suspendió ese beneficio a motu proprio y finalmente que no tenía facultad para suprimir ese derecho, de lo contrario no hubiera consultado con el Coronel ante el reclamo de los detenidos.

Examinados en conjunto las anteriores probanzas, la Sala debe señalar que es un hecho cierto y probado que en el centro de reclusión ubicado en el CACOM-5, a cargo del GRUSE-5, se había establecido un horario para el personal militar que allí se hallaba recluido, en el cual se había fijado un periodo para actividades físicas o de hora de sol partir de las 16:30 horas, momento en que finalizaban las actividades laborales, hasta las 18:30 horas, beneficio que se había establecido tanto para quienes laboraban, como para aquellos que no lo hacían.

La anterior conclusión no riñe para nada con la inferencia a la que llegó también el Juez en la sentencia después de examinar varios testimonios, "De las anteriores pruebas, el despacho puede inferir que efectivamente había un horario de régimen interno el cual permite un lapso de descanso para los detenidos sin importar que estén o no trabajando"⁹³, posición que también adopta el Fiscal apelante y el Ministerio Público ante esta instancia.

⁹² Folio 165 co 1
⁹³ Folio 1348 co 7

De otro lado, nos muestran los medios de prueba igualmente que, para el día de los hechos se hallaban recluidos en ese centro los soldados MML, SAJA, BJMA, RASA, CGF, MPS y FAPP, los seis primeros laboraron normalmente ese día y el último de los citados permaneció recluido en el recinto carcelario, al culminar la jornada laboral, el T2. AANE, quien se encontraba de Suboficial de Servicio, le manifiesta a los soldados que laboraron que no tenían derecho a la hora de sol, que tenían que ingresar a la sala de detenidos, el SLR. BJMA, el SLR. RASA, el SLR. CGF y el SLR. MPS obedecen la orden del Suboficial e ingresan al recinto, el SLR. MML y el SLR. SAJA hacen caso omiso y se dirigen al bar de soldados, por su parte el SLR. FAPP sale recinto para hacer uso de la hora de sol autorizado por el Suboficial.

Lo que queda claro es que el suboficial aquí investigado, efectivamente priva de la hora de sol a los militares detenidos que habían laborado ese día, lo que ocurre es que, cuatro de ellos, BJMA, RASA, CGF y MPS, aceptan la imposición del suboficial e ingresan al recinto carcelario, los otros dos, MML y SAJA, hacen caso omiso a la orden del suboficial y no ingresan al recinto, sin que ello indique que no generó descontento entre los primeros y que hayan aceptado tranquilamente la suspensión del beneficio, por el contrario, en el interior de la sala mostraron su desacuerdo como lo refieren el ST. ERCM y el señor MY. DJT a quien le tocó intervenir para calmar a los internos,

pues según refiere en su testimonio después de haber recibido la novedad, se dirigió con el oficial de control a la habitación de los detenidos, cuando ingresó, "los otros detenidos estaban alterados, los calmé porque tenía buena relación con los detenidos, le dije que no se preocupara que le iba a informar a mi Coronel"⁹⁴.

Aquí ha de resaltarse que este es un primer momento de ocurrencia de los hechos objeto de investigación, el cual se convierte en la génesis de los subsiguientes hechos imputados al procesado, como se dijo arriba, igualmente que, entre el momento en que se presenta la suspensión del beneficio de la hora de sol y los siguientes hechos, transcurre un periodo de tiempo muy corto que interrumpe la relación de continuidad entre los mismos, lo que coloca de manifiesto que efectivamente el Suboficial de Servicio no estaba autorizado para suspender la hora de sol a motu proprio, inferencia que encuentra respaldo en lo expresado por el SLR. BJMA, Pues como se puede ver en la transcripción arriba realizada, ante el reclamo por la hora de sol, el suboficial les manifestó que ingresaran al recinto mientras hablaba con el Coronel para que la autorizara.

De otro lado, si el Suboficial de Servicio estuviera autorizado para suprimir la hora de sol, como lo entiende el A-quo, desde este primer momento el procesado hubiera utilizado la fuerza

⁹⁴ Folio 159 co 1

para ingresar, tanto a MML como a SAJA a la sala de detenidos, por el contrario, lo que se evidencia es que no los obligó a entrar al recinto carcelario y éstos se dirigieron al bar de soldados como lo expresan en sus testimonios, por ello, quienes prestaban el servicio de seguridad, como lo relata en testimonio el SLR. EIRY militar que se encontraba de centinela de los internos, "el soldado MML y SAJA se fueron al bar de soldados donde se encontraba el centinela ASHA con FAPP, le dije que estuviera pendiente de ellos"⁹⁵ aspecto en el que converge el SLR. ASHA "el código mío EIRY me dijo que estuviera pendiente de MML que salió sin permiso de la pieza"⁹⁶, es decir, los dos soldados hacen caso omiso a la orden del suboficial de ingresar al recinto y a pesar de ello, en ese primer instante el suboficial no toma ninguna acción, luego si verdaderamente estuviera autorizado para suspender la hora de sol, los habría obligado a ingresar al recinto carcelario y no hubiera esperado para hacerlo más tarde.

No son solo esas circunstancias las que develan que el suboficial de servicio no tenía la facultad de suspender el beneficio de la hora de sol, así fuera por incumplimiento del régimen interno, pues lo que demuestran los medios de prueba allegados al proceso es que, para esos eventos se había determinado un procedimiento para sancionar al infractor, como lo refiere el TJ. JHR, "se convoca a una reunión donde participa el Director del Centro

⁹⁵ Folio 175 co 1

⁹⁶ Folio 252 co 2

*Carcelario, el Capellán de la Unidad, el Jefe de Personal del GRUSE, el Departamento de Sicología y yo como Régimen Interno en el cual se trata el tema, se valora la falta, se elabora acta y se expide la respectiva acción*⁹⁷.

Atendiendo los anteriores razonamientos se debe afirmar que no es cierto como lo afirma el A-quo, "que era potestativo de los servicios otorgarla o no dependiendo de las circunstancias de disciplina que tuvieran los internos y por último, que dicho cambio solo era posible por orden superior"⁹⁸ y que por ello, se presenta "una duda para el despacho de si era cierto o no que el procesado podía quitar o no la llamada hora de sol, aspectos que hacen resolver en favor del procesado la mencionada vía de hecho imputada por el Fiscal"⁹⁹, en tanto que de los medios de prueba allegados al expediente, conforme al examen precedente, se infiere con claridad que el suboficial de servicio no tenía esa facultad, luego, debe colegirse que el aquí sumariado de manera arbitraria y sin motivo alguno suspendió la hora de sol establecida en el reglamento interno por el Director del Centro Carcelario, a los militares que se hallaban detenidos en ese lugar, como lo refiere el Fiscal apelante y el Ministerio Público ante esta instancia.

1.3.- Del hecho de haber desenfundado el arma, golpeado al soldado con la cabeza y haberlo conducido a empujones al recinto de reclusión.

⁹⁷ Folio 197 co 1

⁹⁸ Folio 1348 co 7

⁹⁹ Folio 1348 co 7

Como punto de partida debemos recordar que el A-
quo considera que los supuestos de hechos
imputados por la Fiscalía, referidos a que el aquí
enjuiciado desenfundó el arma de dotación en
actitud amenazante, luego golpeó con la cabeza al
soldado MML causándole una herida en los labios y
seguido lo condujo por la fuerza a empujones hacia
el sitio de reclusión, después de realizar un
examen sesgado de los medios de prueba, estima que
conforme al principio de buena fe, se le debe
creer al procesado y colige que, "no es posible tener
certeza del hecho ante tantos testigos y tan disímiles
versiones y por ello, el despacho considera que no puede
llegar a tener certeza sobre este acto desarrollado por el
procesado"¹⁰⁰.

Frente a ese planteamiento, el Fiscal apelante
afirma que "La valoración que de la prueba realiza el
juzgado de instancia resulta desafortunada, puesto que
desconoce los testimonios entregados por la víctima y por
el ST. ERCM sin justificación alguna, como si la certeza la
produjera exclusivamente la confluencia de la totalidad de
los testimonios en un mismo hecho, derivándose de un
aspecto meramente cuantitativo y no cualitativo como lo
imponen los artículos 401 y 441 de la Ley 522 de 1999"¹⁰¹.

Los argumentos esbozados por el apelante, son
compartidos por el Ministerio Público Ad-quem, el
cual precisa que leídas cada una de las
declaraciones y de acuerdo a las reglas de la sana
crítica, "puede afirmarse que la versión dada por el

¹⁰⁰ Folio 1350 co 7

¹⁰¹ Folio 1380 co 8

soldado MML se ajusta a la realidad y por tanto se puede inferir que los hechos ocurrieron como los narró, hechos que además son corroborados por el ST. ERCM¹⁰², versión de éste último que fue emitida desde el informe y ratificada posteriormente, la cual merece toda credibilidad, pues es un testigo presencial e imparcial en las resultas, sin que se evidencia motivo alguno que pueda llevar a pensar que está faltando a la verdad, por el contrario las declaraciones de los soldados SAJA, EIRY, FAPP y ASHA contienen una serie de contradicciones que les restan credibilidad.

Desde ya la Sala debe señalar que no puede compartir el argumento del A-quo, según el cual "no es posible tener certeza del hecho ante tantos testigos y tan disímiles versiones y por ello, el despacho considera que no puede llegar a tener certeza sobre este acto desarrollado por el procesado"¹⁰³, en tanto que no es "la confluencia de la totalidad de los testimonios en un mismo hecho"¹⁰⁴ la que genera la certeza, como lo afirma el Fiscal apelante, ni tampoco el "aspecto meramente cuantitativo"¹⁰⁵ como lo reitera el mismo recurrente, razones para afirmar que el argumento del A-quo no se halla ajustado a los principios previstos en los artículos 401 y 441 de la ley 522 de 1999.

La certeza o la duda depende de lo mostrado por los medios de prueba en particular y su valoración en conjunto, conforme a las reglas de la sana

¹⁰² Folio 1408 co 8

¹⁰³ Folio 1350 co 7

¹⁰⁴ Folio 1380 co 8

¹⁰⁵ Folio 1380 co 8

crítica, no vistos de manera aislada y cuantitativamente, esto es, no se trata de suma aritmética, sino de establecer quien está diciendo la verdad, por lo cual el operador judicial debe determinar el valor probatorio y credibilidad de cada testimonio atendiendo los principios que regulan la valoración de este medio de prueba, en esa medida, la demostración del hecho no depende del mayor número de testimonios, sino de su credibilidad, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia.

*“El problema planteado por el defensor se asimila al del testimonio único, sobre el que ya la Corte tiene sentado su criterio de que en él perfectamente puede fundarse la certidumbre de una sentencia, pues lo que realmente importa es la credibilidad que irradie una vez sometido a las reglas de la sana crítica. En esa lógica, si resulta incuestionable que el aforismo *testis unus testis nullus en rigor* no consulta la mejor lógica, sin duda que se transita por senderos del absurdo cuando se prohíja el criterio de que la credibilidad se acrecienta por la sola circunstancia de un mayor número de deponentes sobre el hecho a probar.”¹⁰⁶.*

En punto de este aspecto, debe señalarse que examinado el acervo, efectivamente como lo sostienen el apelante y el Ministerio Público de segundo grado, los testimonios del soldado MML y el ST. ERCM, son contestes en afirmar que el suboficial AANE desenfundó el arma en actitud amenazante antes de agredir físicamente al soldado MML, hecho éste que se presenta después de haberse materializado el primer supuesto fáctico ya examinado, esto es, posterior al hecho de haber

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal.- Radicado 18025 – Sentencia del 8 de julio de 2003.- MP: DR. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGOS.

suspendido la hora de sol y transcurrido un corto espacio de tiempo, cuando estos se encontraban en el bar de soldados y fueron requeridos por el suboficial.

Para colocarnos en contexto, debemos recordar que como se expresó antes, cuando el aquí sumariado le ordena a los soldados detenidos que habían laborado el día de marras que ingresaran a la sala de detenidos, bajo el argumento que no tenían derecho a la hora de sol porque habían laborado durante el día, los soldados BJMA, RASA, CGF y MPS aceptan la imposición del suboficial e ingresan al recinto carcelario, pero MML y SAJA, hacen caso omiso a la orden del suboficial y se dirigen al bar de soldados, posteriormente, cuando estos se encuentran en ese lugar, el suboficial AANE envía al soldado EIRY que se encontraba de centinela para que les diga que se le presenten y es cuando ocurren los hechos imputados por la Fiscalía que se examinan en este punto, de los cuales son testigos presenciales MML, SAJA, FAPP y el ST. ERCM que en ese momento pasaba revista de aseo, cada uno ubicado en diferentes posiciones.

Al respecto el SLR. MML, después de referir los hechos antes examinados, afirma "nosotros nos dirigimos hacia el bar a tomar nuestra hora de sol, luego él nos manda a llamar al rato y le dice al soldado FAPP como era el único que no estaba trabajando que él si podía tener la hora de sol y lo manda a sentar en las sillas al lado de la plaza de armas, luego nos dice a nosotros que nos tenemos que entrar y entonces yo le digo que pena mi

tercero voy a disfrutar mi hora de sol y me dirijo a sentarme con FAPP y entonces él empieza a insultarme y a llamarme que pa (sic) la pieza preso y entonces de tantos insultos yo me di media vuelta y él se vino caminando agresivamente y desfundó el arma y yo al ver que sacó el arma me quedé quieto y me pegó un cabezazo que me reventó el labio y luego empieza a darme empujones y empieza a decirme así es que se tratan los reos y seguía empujando y me entró a empujones a la pieza, ya ahí estaba el Oficial de Control y vio todo eso y fue a hablar conmigo y como en ese momento llegaba el Oficial de Inspección el Oficial de Control le contó"¹⁰⁷.

Es evidente entonces que se trata de una cadena de hechos ininterrumpidos, inicialmente desenfunda el arma, luego le pega un cabezazo y seguido lo conduce a empujones al recinto carcelario, aspectos que reitera el testigo de manera sucinta, pero en el mismo orden y en forma idéntica en lo esencial del asunto, cuando es llamado en ampliación, "lo que paso es que cuando me grita y me insulta me devuelvo para irme a la pieza, cuando doy media vuelta él se viene hacia mi desenfunda el arma y me quedo quieto, me pega un cabezazo y empieza a empujarme hacia la pieza"¹⁰⁸ y refiere en ambas oportunidades que del golpe le reventó el labio en la parte interna¹⁰⁹, "él me pegó un cabezazo y me rompió el labio y me empujó hacia la pieza"¹¹⁰ e insiste, "Él se dirigió caminando hacia mi desenfundó el arma la tenía en el muslo y salió caminando con el arma en la mano hacia abajo y se dirigió hacia mí"¹¹¹.

¹⁰⁷ Folios 91 - 92 co 1

¹⁰⁸ Folio 185 co 1

¹⁰⁹ Folio 93 co 1

¹¹⁰ Folio 185 co 1

¹¹¹ Folio 93 co 1

En su primera salida procesal, explica las razones por las cuales el golpe lo recibió de cabezazo y no con la visera de la gorra, como algunos refieren, “*El golpe lo sentí con la cabeza, porque él es más pequeño que yo, entonces la visera quedó debajo de la cumbamba (sic) mía*”¹¹², explicación que evidentemente, no solo encuentra explicación en las reglas de la lógica, dado que por ser de mayor estatura y como quiera que la visera de la gorra tiene una posición inclinada y es flexible, necesariamente al pegar en el mentón tenía que resbalar, circunstancia que además explica el por qué razón en la historia clínica al describir la lesión, el galeno consigna, “*Cuadro clínico de hora y media de evolución consistente en trauma contundente en el labio superior y nariz*”¹¹³, e igualmente en el dictamen médico legal de lesiones no fatales No. 2013C-03011502686¹¹⁴, en el que registra como “*MECANISMO CAUSAL: Contundente*”¹¹⁵, pues de haberle pegado con el borde o punta de la visera, mecanismo causal se hubiera determinado como corto-contundente.

Del anterior relato se infiere que el suboficial desenfunda el arma después que el soldado MML se volteá, es decir, cuando se regresa, no antes, razón suficiente para que el soldado viera el momento en que el procesado desenfunda el arma, luego, no es posible compartir el argumento del A quo, según el cual, “*causa incertidumbre o incredulidad como una persona que está de espalda a su presunto agresor, como acontecí con MML, pueda visualizar una secuencia de*

¹¹² Folio 93 co 1

¹¹³ Folio 52 co 1

¹¹⁴ Folio 143 co 1

¹¹⁵ Folio 143 co 1

*hechos tan particulares como es sacar el arma de su funda ...*¹¹⁶, dado que MML no estaba de espalda a su agresor, por el contrario, se encontraba de frente pues intentaba regresarse atendiendo la orden del suboficial.

Del examen del testimonio, la Sala encuentra que efectivamente como lo aducen el Fiscal apelante y el Ministerio Pública de Segundo Grado, el testigo MML no entra en contradicciones y es coherente en su relato que realiza en las dos salidas procesales, incluso, da cuenta que se le reveló y le reclamó al suboficial por la decisión de suprimirle la hora de sol y expresa abiertamente que desconoció la orden del Suboficial de ingresar al habitáculo, lo que demuestra que está diciendo la verdad, tampoco se evidencia que tenga ánimo de causar daño al suboficial, mucho menos deseo revanchista, amén de ello, sus dichos encuentran respaldo, no solo en el testimonio del ST. ERCM, sino en los registros de la historia clínica y el dictamen de Medicina Legal.

De la misma manera como lo afirma el Fiscal apelante, por el contrario, su testimonio "resulta coherente, persistente, claro y concuerda con lo referido por el oficial de control, sin que pueda determinarse en forma alguna que obedece al ánimo de retaliación o venganza, puesto que durante la actuación procesal por el contrario, demostró actitud conciliadora e indulgente con el suboficial procesado, al punto que accedió a desistir

¹¹⁶ Folio 1350 co 7

voluntariamente del delito de lesiones personales"¹¹⁷, al punto que, sin ninguna contraprestación aceptó conciliar las lesiones personales, respecto de lo cual en su declaración manifestó, "vinimos a conciliar al juzgado porque tampoco yo busco que den plata ni nada de eso"¹¹⁸, circunstancia que se revela igualmente en el acta de conciliación en la que manifiesta su deseo de no solicitar ninguna contraprestación, "por lo que no quiero ninguna indemnización a cambio"¹¹⁹, sin que por el hecho de dar credibilidad a su relato, la Sala esté avalando su proceder, pues tal comportamiento resulta reprochable, como lo resalta el A-quo, pero ello no le resta credibilidad, no obstante ha de resaltarse que esa conducta no es objeto de investigación en esta cuerda procesal.

Lo expresado por el anterior testigo, encuentra respaldo en lo relatado por el ST. ERCM en declaración rendida en esta investigación en la que refiere que estaba de Oficial de control y cuando pasaba revista de aseo en la plaza de armas, observa que AANE y MML discuten, el soldado da media vuelta y lo deja hablando solo y observa cuando AANE, "desenfunda el arma con su mano derecha y con la izquierda quita el botón de los porta-proveedores entonces el soldado se detuvo y AANE lo alcanzó y lo cogió de la parte delantera de la camisa y lo haló hacia él haciendo como si fuera a dar un cabezazo y le pega con la visera de la gorra, en ese momento AANE lo coge por la espalda de la camisa y lo lleva al cuarto de los detenidos, cuando pasó llegaba la patrulla del Oficial de Inspección

¹¹⁷ Folio 1383 co 8

¹¹⁸ Folio 93 co 1

¹¹⁹ Folio 9 co 1

que era mi Mayor DJT entonces yo procedo a informarle a él los hechos ocurridos"¹²⁰.

Si tomamos aisladamente este dicho, posiblemente podríamos afirmar como lo hace el A-quo que MML estaba de espalda cuando el suboficial desenfundó el arma, más aún cuando en ampliación el Oficial insiste en que "cuando el soldado se va y lo deja hablando solo, él se va detrás de él es cuando desenfunda el arma entonces lo coge de la camisa a la altura del pecho y lo hala por el movimiento se ve el movimiento de la cabeza y ahí es cuando el soldado se coge la boca y después AANE lo coge de la parte de atrás y lo coge a la pieza de los detenidos"¹²¹, reitera que "AANE cogió lo cogió de frente lo haló hacia él y fue con la visera de la gorra"¹²², no obstante, se ha de tener en cuenta que el ST. ERCM se encontraba a una distancia, según su propio dicho "Como a unos 10 metros"¹²³ y se hallaba ubicado "estaba detrás de ellos"¹²⁴ y de acuerdo al procesado "a unos 30 o 35 metros"¹²⁵.

En ampliación relata los mismos hechos y en cuanto a la distancia, afirma que se encontraba más o menos a seis metros, rechaza la distancia de 40 metros referida por el soldado FAPP, así como el lugar referido por el procesado y señala que "a 40 metros no estaba, 40 metros sería estar en el rancho de tropa, inclusive porque ni creo que la plaza de armas tenga esa distancia, yo estaba más o menos entre el alojamiento de la ESDIN y el alojamiento de detenidos"¹²⁶, para

¹²⁰ Folio 125-126 co 1

¹²¹ Folio 315-319 co 2

¹²² Folio 126 co 1

¹²³ Folio 126 co 1

¹²⁴ Folio 126 co 1

¹²⁵ Folio 168 co 1

¹²⁶ Folio 316 co 2

precisar que estaba más o menos entre seis a diez metros y que un metro corresponde a un paso largo, reitera los hechos narrados inicialmente y precisa que, "cuando el soldado se va y lo deja hablando solo lo coge de la camisa a la altura del pecho y lo halga por el movimiento se ve el movimiento de la cabeza y ahí es cuando el soldado de una vez se coge la boca y después AANE lo coge de la parte de atrás y lo coge (sic) a la pieza de detenidos"¹²⁷.

En esa medida, coherente con los presupuestos que deben tenerse en cuenta para determinar la credibilidad de este testimonio, habrá de señalarse que es coherente durante todo su relato, e igualmente, en la ampliación, encontrando que las explicaciones que presenta en esta última intervención respecto de la distancia son satisfactorias y si bien es cierto, reitera que el golpe fue con la visera, es evidente que lo asume así pues lo que observa desde atrás es el movimiento de cabeza, razones por las cuales esta Sala comparte el argumento del Fiscal apelante, según el cual, se trata de un "Testigo que percibió en forma directa y personal los hechos, sin que se registre dentro del plenario circunstancias de amistad o animadversión que pudieran afectar su declaración, por el contrario el oficial se encontraba recientemente trasladado a la unidad para la fecha de los hechos y pese a que era su primer servicio ante lo anormal de la situación decidió intervenir para informar rápidamente de los mismos al oficial de inspección, condiciones que permiten señalar que lo manifestado por el oficial de servicio resulta acorde a

¹²⁷ Folio 317 co 2

*la realidad*¹²⁸, argumentos que como ya se dijo, son acogidos integralmente por el representante del Ministerio Público Ad-quem.

En ese orden, si bien es cierto que confrontados los dos testimonios, en gracia de discusión, podríamos entonces predicar la existencia de dos contradicciones, la primera de ellas, sobre si MML estaba de espaldas a su agresor cuando éste desenfundó el arma, y la segunda, sobre la forma como se causó el golpe, esto es, si fue con la visera o con la cabeza, esa pequeña diferencia en los relatos encuentra su explicación en que, cada testigo narra los hechos en la forma que los observó, dado que se encontraban en lugares opuestos, pues el Subteniente por su ubicación posterior y aunque la distancia era corta, el cuerpo del agresor se encontraba en medio del ST. ERCM y el agredido, por tanto, la visión del momento en que MML se da media vuelta no es captada en su momento justo y la parte del cuerpo con la que golpea al soldado, e igualmente, como lo afirma el oficial, lo que observa es el movimiento de la cabeza hacia el soldado e instante seguido cuando la víctima en forma inmediata se coge la boca, circunstancias que no pueden tomarse como contradicciones, en tanto que quien efectivamente capta el momento exacto y la forma en que se produce el hecho, es MML dado que se encontraba de frente al agresor, circunstancia que le da una ubicación privilegiada, pero en

¹²⁸ Folio 1383 co 8

últimas, para efectos de la estructuración del delito, no importa que la agresión se haya producido con la visera de la gorra o con la cabeza directamente, tampoco que el arma la haya desenfundado cuando la víctima estaba de espaldas o de frente, pues en cualesquiera de esos eventos constituye una vía de hecho.

Es evidente entonces que esa forma particular en que cada uno observó los hechos y los narró, no constituye una contradicción que afecte la credibilidad de los dos testigos, no obstante, ha de señalarse que en gracia de discusión, esa pequeña diferencia no se refiere a lo sustancial, sino a un aspecto meramente circunstancial y secundario, en esa medida, lo realmente relevante es que los dos testigos son concordantes en lo esencial, esto es, en que el procesado desenfundó el arma cuando se dirigía hacia el soldado y que la mantuvo en mano hacia abajo pegada a la pierna, lo cual, nos lleva a inferir que la dejó justo encima a la chapuza o lo que los demás testigos denominan "*piernera*".

Necesario resulta señalar entonces, que es imposible encontrar testimonios idénticos, dado que cada persona tiene su particular forma de observar un determinado hecho, e igualmente, una forma propia de relatar o narrar situaciones que haya presenciado, en esa medida, lo que importa para dar credibilidad a un testimonio frente a otro, es que coincidan en lo principal, sin que

las contradicciones irrelevantes o sobre tópicos secundarios tengan la virtud de viciar su valor probatorio, como de antaño ha señalado la Corte Suprema de Justicia.

“La conclusión del Tribunal en este punto transgrede la lógica del razonamiento, pues ante dos testimonios que en su esencia y contenido son concordantes, dado que en la realidad es difícil encontrarlos idénticos, como al parecer se pretende para otorgarles credibilidad, se opta por magnificar contradicciones marginales que no alteran su evidente correspondencia. Si como lo enseña la lógica lo accesorio sigue la suerte de lo principal, en el ámbito probatorio ello se traduce en que de hallarse contradicciones en lo esencial poco importa el hecho de que exista uniformidad en tópicos secundarios, caso en el cual la conclusión que devine necesaria es la de negar crédito a la prueba; pero lo que no se puede aceptar es la proposición inversa que implícitamente surge de la apreciación del Tribunal, esto es, que ante contradicciones irrelevantes y coincidencia plena en lo principal, se llegue a esa misma conclusión, como aquí erradamente ocurrió.

4. Situación similar ocurre con el siguiente error formulado por la libelista, al señalar que se restó credibilidad a la acusación de Y.T.E.A. contra su abuelo, porque en su dos salidas procesales (al formular la denuncia y en la audiencia pública), se advierten algunas contradicciones que se concretan a que mientras en la primera rendida el 13 de noviembre de 2003 fue enfática en señalar que su abuelo llevó a cabo los tocamientos a sus partes íntimas sin quitarle la ropa, en la segunda, que tuvo lugar el 9 de junio de 2004, señaló que cuando esto hacía la despojaba de sus prendas de vestir.

Nuevamente se evidencia que el Tribunal exagera la contradicciones, porque es ostensible que las edifica a partir de aspectos nimios de los dos relatos, cuando de su cotejo objetivo se infiere concordancia plena en lo fundamental, a pesar del tiempo transcurrido entre una y otra declaración.

Ha señalado en forma reiterada la Sala que es altamente improbable que frente al dicho de una misma persona y con más razón frente a lo expuesto por otra, no haya contradicciones, pues lo que en verdad se debe sopesar, como atrás se señaló, es la

entidad de tales inconsistencias con relación al aspecto medular que en ellas se relata.”¹²⁹

De la misma manera ha de señalarse que en relación con el hecho de haber sido conducido a empujones o cogido por la espalda, lo cual necesariamente conlleva el ejercicio de la fuerza física, por tanto una vía de hecho, no puede entenderse como una contradicción de los dos testigos ya referidos, sino la forma particular como cada testigo observó y narró los hechos, siendo aquí lo esencial que fue conducido al centro carcelario utilizando la fuerza de manera innecesaria e injustificada, por cuanto de los medios de prueba se infiere que a pesar que el soldado de manera verbal expresa su negativa a cumplir la orden, físicamente no opone ningún rechazo.

En suma debe señalarse que entre los testimonios de MML y el ST. ERCM no existe ninguna contradicción y que por el contrario son contestes y coherentes en sus atestaciones, por tanto la pequeña diferencia que se observa en sus narraciones en relación con los aspectos antes referidos, corresponden a asuntos secundarios y marginales, pero en lo principal o sustancial son concurrentes y concluyentes, esto es, en el hecho y la forma como desenfundó y portó el arma, en la producción de la agresión que ejecuta el procesado contra el soldado y en la forma como lo conduce al centro de reclusión, por lo que se insiste, esa discrepancia insular en manera alguna alcanza la trascendencia necesaria para restarle la

¹²⁹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal.- Radicado 23706 – Sentencia del 26 de enero de 2006.- MP: DRA. MARINA PULIDO DE BARON.

credibilidad que merecen sus testimonios, pues "No es anormal ni irregular que quienes presencien un mismo hecho lo relaten de manera diversa, pues no todas las personas tienen la misma capacidad nemotécnica, de percepción o de apreciación. Su nivel visual, auditivo y la ubicación espacial pueden influir en la ausencia de total coincidencia. Por ello puede ocurrir, como en esta ocasión, que mientras uno recuerda la cuantía entregada al procesado, el otro lo haya olvidado."¹³⁰, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia.

Las diferencias arriba relacionadas no menoscaban la credibilidad de los dos testigos, pues esta no depende de la coincidencia o concordancia absoluta con el otro testigo, como lo ha señalado la Corte Suprema, sino del cumplimiento de los requisitos que se deben tener en cuenta para la valoración del testimonio, arriba referidos.

"Destacó, de otra parte, lo habitual que resulta el que cada uno de los testigos narre los hechos de acuerdo con la particular perspectiva o visión que de ellos tuvieron, sin que tal eventualidad implique restar credibilidad a sus afirmaciones, apreciación que se aviene al criterio depurado por la jurisprudencia¹³¹, de acuerdo con el cual puede ocurrir que varios relatos acerca de un mismo evento no sean totalmente coincidentes, mas no por ello debe restárseles credibilidad y desestimárseles, ya que esa es una situación que,

"...resulta normal si es tomado en cuenta que no todas las personas que presencian un hecho tienen la misma capacidad de apreciación, ni se encuentran dentro del mismo plano de percepción visual o auditiva, y que además de ello, las discrepancias que se presentan en el caso sub judice no son de contenido sustancial, como para llegar a pensar, razonablemente, que los testigos no estuvieron presentes en la escena del crimen, o que sus afirmaciones sobre lo que sucedió no son verdaderas en lo que se dijo".

¹³⁰ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal.- Radicado 27964 – Sentencia del 2 de julio de 2008.- MP: DR. AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMAN.

¹³¹ Cf., entre otras, sentencia de 31 de mayo de 2001, Radicación 13838.

Respecto del mismo tema ha dicho igualmente la Sala¹³², que por aspectos esenciales debe entenderse, en estos casos, aquellos que son sustanciales, principales o notables¹³³ a lo que constituye el objeto de la declaración y que, en términos jurídico-penales, se traducen en todos los supuestos de hecho que conforman el núcleo de la imputación formulada en contra del procesado e, igualmente, todas las circunstancias fácticas de las que pueda derivarse algún argumento trascendente acerca de la verdad o falsedad de dichos enunciados."¹³⁴

Ahora bien, el soldado SAJA, testimonio que en las apelaciones y en el concepto de Ministerio Público, se afirma que incurre en una serie de contradicciones, como ya lo señaló arriba la Sala, examinado el testimonio no encuentra contradicciones evidentes, lo que se observa es que incurre en algunas imprecisiones cuando relata lo ocurrido en relación con los hechos examinados en este punto, sin que esa circunstancia vicie su testimonio, debiendo recordar que en el punto anterior se destacó que con MML desacataron la orden del suboficial de ingresar a la Sala de retenidos y se dirigieron al bar de soldados.

Señala igualmente que, "cuando estábamos en el bar mi tercero nos mandó a llamar, de ahí cogió y nos dijo que nos entráramos, yo me quedé cayado y MML dijo que no iba a entrar porque él estaba en su hora de sol, de ahí cogió MML se dio media vuelta y se fue caminando hacia el bar, mi Tercero lo llamó le dijo recluta venga y MML no quiso hacer caso y de ahí mi Tercero se le fue atrás de él y cuando MML se dio media vuelta para devolverse se golpeó con la gorra

¹³² Cfr. Sentencia de 18 de junio de 2008, Radicación Nº 23283.

¹³³ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Espasa, Madrid, 2001, pág. 967.

¹³⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal.- Radicado 23142 – Sentencia del 2 de julio de 2008.- MP: DR. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

*de mi Tercero con la parte de arriba y ya*¹³⁵, esto es, observa el golpe pero en su sentir cree que fue que MML se golpeó con el suboficial, en manera alguna está negando la existencia del hecho, incurre en una imprecisión en su relato, la cual explica a renglón seguido, *"No alcancé a ver perfectamente yo estaba hablando con mi teniente con el que se encontraba ese día de oficial de control y cuando vi ya MML tenía así como cuando uno se muerde los labios porque la herida no era muy grande"*¹³⁶.

Es evidente entonces que el testigo no entra en contradicciones, lo que narra es lo que pudo observar desde el lugar donde se encontraba, el mismo testigo lo dice, *"como quince o dieciséis metros"*¹³⁷, muy cerca al oficial de control, es decir, del ST. ERCM, circunstancia que es concordante con lo expresado por el oficial, pues en su testimonio cuando el Instructor le pregunta por este soldado, afirma que *"cuando paso lo del arma y lo de la gorra y me fui a informarle a mi Mayor TARAZONA y SAJA me dijo eyy (sic) mi teniente eso no puede pasar"*¹³⁸, circunstancia que reitera en ampliación, *"SAJA llegó y me dijo mi Teniente eso no puede pasar"*¹³⁹, contexto que nos lleva a inferir que efectivamente como lo refiere el soldado SAJA, se encontraba cerca al Oficial, es decir, estos dos testigos tenían la misma ubicación.

¹³⁵ Folios 107 – 108 co 1

¹³⁶ Folio 106-109 co 1

¹³⁷ Folio 107 co 1

¹³⁸ Folio 127 co 1

¹³⁹ Folio 317 co 2

La ubicación de estos dos testigos respecto del agresor y agredido, es la que explica precisamente que haya diferencia en los detalles que narran, como la forma en que se presentó el golpe, con relación a lo referido por MML, pues ERCM y SAJA se encontraban un poco retirados de los involucrados en el hecho y detrás del agresor, mientras el agredido se hallaba de frente, amén de la forma particular de relatar lo ocurrido, pero no implica que se presente una contradicción entre ellos, pues los tres concuerdan en lo esencial, esto en la agresión.

Ahora bien, el soldado FAPP, que como ya se ha dicho también se encontraba detenido, pero ese día no había laborado y el aquí sumariado le había autorizado la hora de sol, convirtiéndose en el único de los detenidos a quien le autorizó ese beneficio y que según su propio dicho "estaba como a 22 metros"¹⁴⁰, del lugar donde se presentaron los hechos y según su propio dicho "estaba en una mesita tomando la hora de sol"¹⁴¹, es decir, se hallaba mucho más retirado del lugar donde se presentó la vía de hecho, que los testigos MML, ERCM y SAJA, afirman "mi Tercero AANE le iba a dar la hora de sol pero él se insubordinó contestándole groserías a mi Tercero, diciéndole gonorrea y palabras así"¹⁴².

Una regla de la lógica y de la experiencia, es que a menor distancia, será mejor la escucha y la visibilidad, igualmente que a mayor distancia, será

¹⁴⁰ Folio 246 co 2

¹⁴¹ Folio 246 co 2

¹⁴² Folio 246 co 2

menor la escucha y la visibilidad, dificultan que se aumenta si se trata de sitios abiertos, como en el caso bajo estudio, luego, si el ST. MML y el soldado SAJA que se encontraban a una distancia inferior a diez metros del lugar donde se presentó el hecho, no escucharon las groserías que refiere FAPP, no podría este soldado haberlas escuchado porque se encontraba a más del doble de la distancia de los anteriores, tampoco pudo haber observado detalles que los anteriores no vieron, luego, necesariamente tenemos que inferir que este testigo no merece ninguna credibilidad.

Grado de credibilidad que se aminora aún más, si tenemos en cuenta que ninguno de los demás testigos refiere esa circunstancia, tampoco lo hace el procesado supuestamente agredido, en tanto que éste solo refiere que "*el detenido MML empieza a insultarme diciéndome que haga lo que se le dé la gana dándome la espalda e incumpliendo la orden*"¹⁴³, aspectos en los que converge con lo expresado por MML, ERCM, SAJA y ASHA, luego, necesariamente ha de inferirse que FAPP está mintiendo y su testimonio, desde luego no merece ninguna credibilidad, como lo afirma el Fiscal apelante y el Ministerio Público de Segundo Grado.

A ello debe agregársele que contradictoriamente este testigo aduce que "*mi Tercero tenía la gorra y MML se le paró en frente y de pronto no sé qué paso pero él se dio con la visera de la gorra, se le partió el labio, se maltrató el labio, ahí fue donde mi Tercero le dio rabia y*

¹⁴³ Folio 165 co 1

le dijo que porque hacia eso y vino el cómo MML se vio agredido en los labios se dio la media vuelta (.) MML se le encaró como a pegarle y mi Tercero al ver eso alzó la cabeza y le dio con la visera en el labio"¹⁴⁴, narración que no tiene un hilo conductor, pues no es posible que relato algunos hechos con tanta claridad, pero refiera que de pronto no sabe que pasó, razones suficientes para no darle ningún valor probatorio a este testimonio.

Finalmente ha de resaltarse que el SLR. EIRY, quien prestaba de seguridad en el recinto carcelario y que como se dijo antes, fue quien le trasmitió la orden impartida por el aquí procesado a MML para que se presentara ante el suboficial y según su propio relato, en el momento de los hechos se hallaba "como a 8 o 10 metros"¹⁴⁵, de donde se presentó el hecho, refiere, "mi Tercero AANE le estaba hablando y fue cuando MML se le insubordinó, no escuché lo que le dijo, le dio la espalda, mi Tercero dijo que trajeran a los PM'S luego lo cogió de la guerrera y lo llevó al recinto carcelario"¹⁴⁶, más adelante, cuando el instructor le requiere que "describa qué actos de insubordinación desplegó MML en contra de AANE CONTESTO: le alzó la voz, le dijo que tenía derecho a su hora de sol"¹⁴⁷ y aunque señala que no observó la agresión, como tampoco cuando el suboficial sacó el arma, si reseña las lesiones ocasionadas al soldado y refiere que percibió que "él lo traía agarrado le dijo entre al recinto carcelario, un empujón de repicarlo contra

¹⁴⁴ Folio 245-250 co 2

¹⁴⁵ Folio 178 co 1

¹⁴⁶ Folio 175 co 1

¹⁴⁷ Folio 178 co 1

algo no, pero si un empujoncito"¹⁴⁸, es decir, da crédito de la utilización de la fuerza física para conducirlo al interior del centro de reclusión.

Igualmente, aclara que en caso de renuencia de alguno de los detenidos a cumplir la orden de ingreso al habitáculo carcelario, "el procedimiento era decirle que entrara al recinto carcelario y si no quería llamar a la Policía Militar Aérea"¹⁴⁹, es decir, no era la utilización de la fuerza física por parte del suboficial de servicio, sino que debía solicitar la intervención del grupo de Policía Militar, ello teniendo en cuenta que precisamente esa es una de las funciones que debe cumplir este grupo conforme a los reglamentos de régimen interno.

Por último los militares SLR. RASA y SLR. BJMA, quienes a pesar de que dan a conocer lo ocurrido, estas versiones las refieren de oídas, pues ellos no estaban presentes al momento de los hechos, aunque describen las lesiones que presentaba el soldado MML, cuando fue ingresado al recinto carcelario, las cuales son concordantes con lo revelado en la historia clínica y el reconocimiento médico legal.

Como corolario del examen precedente, se colige que se halla demostrado en grado de certeza que el día 26 de diciembre de 2012, a eso de las 16:30 a 17:30 horas, una vez finalizada la jornada

¹⁴⁸ Folio 176 co 1

¹⁴⁹ Folio 177 co 1

laboral, en la plaza de armas del Grupo de Seguridad y Defensa de Bases Aéreas, del Comando Aéreo de Combate No. 5, ubicado en el municipio de Rionegro (Antioquia), el procesado T2. AANE fungiendo como Suboficial de Servicio, le ordena al SLR. MML que se encontraba en condición de retenido y en ese momento había culminado las labores asignadas como trabajo en una de las dependencias del CACOM-5 y cuando ya se encontraba en la cafetería, lo manda llamar y cuando el soldado se le presenta, le ordena que pase al sitio de reclusión y éste hace caso omiso a la orden, le manifiesta que va a tomar la hora de sol, se da media vuelta para dirigirse a una de las bancas situadas en la plaza de armas, el suboficial le ordena que se regrese, MML intenta regresar, el suboficial toma el arma de dotación sujetándola sobre la "piernera" o chapuza, increpa al soldado y le da un cabezazo ocasionándole una lesión en los labios, luego lo conduce a empujones al sitio de reclusión.

Coherente con lo anterior, la Sala comparte de manera integral los argumentos de los apelantes y el Ministerio Público ante esta instancia, en el sentido que se encuentra demostrados en grado de certeza los hechos imputados al procesado en la resolución de acusación y debatidos en la audiencia de juicio oral, razones suficientes que por este aspecto, las apelaciones están llamadas a prosperar.

2.- Del ataque al inferior, en caso bajo estudio.

Se hace necesario recordar que el delito de ataque al inferior, por el que fue enjuiciado el T2. AANE, descrito de manera inequívoca en el artículo 100 del Código Penal Militar, ley 1407 de 2010, literalmente dice: "*El que en actos relacionados con el servicio, ataque por vías de hecho a un inferior en grado, antigüedad o categoría, incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de uno (1) a tres (3) años*", siendo entonces a partir de esta descripción que hace el legislador que se debe precisar los elementos que estructuran este reato.

Atendiendo la descripción contenida en la norma transcrita, se infiere que para la adecuación típica del delito de ataque al inferior, se requiere la presencia de unos elementos especiales que estructuran esta conducta punible, así: i) un sujeto activo que ostente la condición de superior jerárquico en grado, antigüedad o categoría del sujeto pasivo de la conducta; ii) correlativamente el carácter de subordinado o inferior en grado, antigüedad o categoría del sujeto pasivo; iii) la ejecución de un ataque por vías de hecho, y; iv) que ese ataque se produzca en actos relacionados con el servicio, como lo ha señalado de manera pacífica esta Corporación¹⁵⁰ y que el Juez Primario en la sentencia impugnada, los enuncia de manera similar, pero al realizar el juicio de adecuación,

¹⁵⁰ Ver entre otras sentencias: Radicado 149738, 20 de Febrero de 2.009, MP: CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA, Tercera Sala de Decisión.- Radicado 151860, 15 de Mayo de 2.009, MP. TC. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO, Primera Sala de Decisión.- Radicado 155250, 16 de Marzo de 2.009, MP: TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión.- Radicado 157421, 15 marzo 2013, MP: CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS., Segunda Sala de Decisión.

no solo incurre en protuberantes yerros dogmáticos, sino que desconoce abiertamente lo expresado por este colegiado dentro de este mismo proceso, amén de ello, entra en abiertas contradicciones en sus planteamientos, como lo señalan los apelantes.

Los yerros y contradicciones en que incurre el A quo y que son resaltados por los recurrentes y el agente del Ministerio Público ante este Ad-quem, se refieren de manera concreta a la condición de superior del aquí enjuiciado, de subalterno del soldado MML como sujeto pasivo del delito, la relación con el servicio y el aspecto subjetivo de la conducta, en esa medida, la Sala pasará a examinar cada uno de ellos en particular.

2.1.- Del sujeto activo del delito de ataque al inferior

Como se señaló en precedencia uno de los elementos estructurales de este reato, se contrae a que el sujeto activo ostente la condición de superior jerárquico en grado, antigüedad o categoría del sujeto pasivo de la conducta, es decir, si bien la norma no prevé el grado, si determina que se incurre en esta conducta punible cuando se "ataque por vías de hecho a un inferior en grado, antigüedad o categoría", lo cual conlleva necesariamente que se trate de un superior en grado, antigüedad o categoría, es decir, corresponde a un sujeto determinado y cualificado (militar en servicio

activo, superior en grado y categoría), condición que no puede predicarse de cualquier persona.

Bien es sabido es que de acuerdo a la estructura jerárquica de las Fuerzas Militares, en la base de esa pirámide se encuentran los soldados, inmediatamente en la siguiente escala conformada por los mandos, se ubican los suboficiales y finalmente, los oficiales en el escalafón directivo, en esa medida como quiera que el aquí enjuiciado ostentaba la condición de Suboficial y el ofendido de soldado, necesariamente se debe señalar que se trata de un superior en grado y antigüedad respecto del sujeto pasivo como se explicará adelante.

Esa claridad la tiene el A-quo y así la infiere del material probatorio en cuanto inicialmente concluye que "*para el caso que nos ocupa es indiscutible y sin mayor razonamiento (sic) colegir que el procesado cumple con estos requisitos*"¹⁵¹ y seguido señala, "*Es incuestionable deducir con fundamento en la indagatoria*¹⁵², *el acta de posesión*¹⁵³, *la calidad militar*¹⁵⁴, *los testimonios y el folio de vida*¹⁵⁵ *que el procesado Navarro Estévez es servidor público, Suboficial de la Fuerza Aérea Colombiana en servicio activo en el grado de Técnico Segundo y se desempeña como Comandante de escuadra ESDAT en el Grupo de Seguridad y Defensa de Bases Aéreas No. 5 del Comando de Combate Aéreo No. 5 con sede en Rionegro - Antioquia; para la fecha de los hechos estaba designado como suboficial de servicio y por esta nominación tenía*

¹⁵¹ Folio 1341 co 7

¹⁵² "Para la época de los hechos el procesado tenía el grado de técnico segundo en la Fuerza Aérea Colombiana en la especialidad de seguridad y defensa de bases (folio 162)"

¹⁵³ "Ver folio 272"

¹⁵⁴ "Ver folio 275"

¹⁵⁵ "Ver folio 57"

*potestad sobre los internos del centro de reclusión del Comando Aéreo de Combate No.5, con sede en la misma base militar*¹⁵⁶.

Más adelante el A-quo de manera concreta y referida de manera específica a la Fuerza Aérea colombiana, institución militar a la que pertenece el procesado, señala:

"De otra parte, el Decreto 1790 de 2000, modificado por el Decreto 1104 de 2006 y la ley 1405 de 2010 que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas militares, en su artículo 6 indica la jerarquía y equivalencia de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, como de igual forma, los grados, para efectos de mando, régimen interno, régimen disciplinario y justicia penal militar, lo mismo que para derechos y obligaciones; así las cosas, con fundamento en esta normatividad, se evidencia que la Fuerza Aérea Colombiana hace parte de la Fuerza Pública; a su vez, esta tiene una jerarquía o categoría como lo son los oficiales y suboficiales, y dentro de cada una de ellas, se encuentran los grados.

Para el caso que nos ocupa encontramos que el hoy procesado está en la segunda categoría o jerarquía; es decir, como suboficial, bajo el entendido que los oficiales son los de mayor o primera jerarquía; dentro de la jerarquía de los suboficiales encontramos varios grados y en lo que respecta para la Fuerza Aérea hallamos el de Técnico Segundo, grado que ostenta para la fecha de los hechos el procesado, el cual se haya (sic) dentro del listado por debajo del Técnico Primero y por encima de quien ostente el grado de Técnico Tercero; siendo el de Aerotécnico el último grado dentro de la categoría.

Como se evidencia, no existe dentro de dicho listado el grado de soldado, ya sea profesional o de servicio militar obligatorio, por lo que debemos acudir al Decreto 1793 de 2000, que reglamenta el régimen de carrera y estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, especialmente, el artículo 31, para inferir que este rango es la base de la estructura jerárquica de las Fuerzas Militares ... Esta situación entonces, por sustracción de materia, hace que deduzca que el

¹⁵⁶ Folios 1341 - 1342 co 7

*soldado que presta el servicio militar obligatorio con fundamento en la ley 48 de 1993, se encuentra en la misma condición, esto es, en la base de la estructura militar y su única diferencia con el soldado profesional obedece al tipo de vinculación laboral y sus prestaciones sociales; contexto en el que se encuentra el señor MML*¹⁵⁷.

Efectivamente el soldado que presta el servicio militar obligatorio, forma parte de la base de la estructura militar, es decir, es el rango más bajo previsto dentro de la jerarquía militar, por esa razón, la conclusión a la que llega el A-quo, se ajusta a lo demostrado en el proceso y se encuentra acorde a las reglas de la lógica y la ciencia, dado que se halla conforme a la estructura determinada en los reglamentos y demás normas que regulan la carrera militar.

Luego, si el soldado es el rango más bajo de la estructura militar y el suboficial es el rango intermedio, necesariamente se debe colegir que como el sujeto pasivo este caso, ostenta la categoría de soldado, indefectiblemente es subalterno del procesado que funge como suboficial, no obstante, la claridad con la que el A-quo maneja el escalafón de oficiales, suboficiales, así como la ubicación de los soldados en la jerarquía militar, de manera contradictoria asegura que a pesar que el procesado actuó como militar en servicio activo y en relación con el servicio, y, el soldado ofendido se hallaba en servicio activo y no estaba suspendido en funciones, no puede considerarse como inferior en grado y categoría del aquí

¹⁵⁷ Folio 1356 co 7

enjuiciado, porque estaba privado de la libertad y por esa razón el aquí enjuiciado actuó como autoridad administrativa penitenciaria.

En ese orden, las razones por las cuales el A quo estima que el soldado ofendido no es inferior en grado y categoría del suboficial enjuiciado, se reducen a que el MML se encontraba privado de la libertad, bajo una relación especial de sujeción y bajo ese entendido estima que el aquí enjuiciado actuó como autoridad administrativa penitenciaria, argumento que los apelantes y el Ministerio Público Ad quem no comparten, pero además alegan que este aspecto ya había sido resuelto dentro del proceso por este Colegiado, como efectivamente se evidencia en auto del 28 de agosto de 2014, visible a folios 1207 a 1270 del cuaderno original siete, mediante el cual se revocó la nulidad de la resolución de acusación decretada por el Juez Primario, precisamente aduciendo error en la calificación con los mismos argumentos que hoy funda la absolución.

Finalmente en este punto, habrá de señalarse que los argumentos en los que el Juez Primario funda su decisión, para sostener inicialmente que el procesado actuó como militar en servicio activo y en relación con el servicio, para luego, concluir que actuó como autoridad administrativa penitenciaria, resultan diametralmente opuestos, pues como lo afirma el Fiscal apelante *"La tesis asumida por el Juzgado de Instancia resulta contradictoria,*

puesto que dentro de la sentencia señala que el procesado actuó en el marco de actos relacionados con el servicio y posteriormente manifiesta que lo hizo como autoridad penitenciaria"¹⁵⁸, tesis que acuña igualmente la representante del Ministerio Público ante la primera instancia en su apelación.

Sostiene la DRA. YANETH OSANA GONZALEZ CHACON que, "este argumento es absurdo y resulta falaz frente a la realidad procesal, no se desconoce el hecho de que por falta de personal, se tengan que hacer ciertas tareas o funciones que corresponden a civiles, las cuales se adjudiquen a militares en acción, funciones que deben cumplir y asumir como funciones propias, como las militares"¹⁵⁹ y señala que "esa premisa constituye una falacia porque la calidad de militar no se deja nunca, no puede despojarse de ella, pues se ostenta todo el tiempo, en que se es militar activo y cesa cuando se retira de las fuerzas militares en uso de buen retiro, o es apartado por otras razones de la fuerza pública"¹⁶⁰ y finalmente afirma que por el hecho de realizar tareas administrativas y no en las filas de la guerra, ese hecho no lo despoja de su condición de militar en servicio activo, por tanto, si en esa labor ataca a un inferior y como "nunca se ha despojado de su condición y por ende queda incurso en el punible de ataque al inferior"¹⁶¹.

En punto a este aspecto, el Ministerio Público de Segundo Grado prohíja integralmente los argumentos de los apelantes, pues estima que no es posible que dentro del mismo servicio, de un lado actúe

¹⁵⁸ Folio 1387 co 8

¹⁵⁹ Folio 1371 co 7

¹⁶⁰ Folio 1371 co 7

¹⁶¹ Folio 1371 co 7

como militar y de otro se desprenda de su condición militar y del grado, para actuar como un funcionario perteneciente a una institución penitenciaria, planteamientos que este Colegiado comparte, pues para actuar en condición de autoridad administrativa como lo afirma el A-quo, se requería que hubiese sido destinado en comisión del servicio en el Instituto Penitenciario y Carcelario (INPEC), y ello no está acreditado dentro del proceso.

Al punto ha de recordarse que las situaciones administrativas de personal militar se hallan regladas en el Estatuto de Carrera del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares -Decreto 1790 de 2000-, modificado por las leyes 1104 de 2006, 1279 de 2009 y 1405 de 2010, en el título III, capítulo III, artículos 82 y siguientes, regula las situaciones administrativas del personal militar, como destinaciones, traslados, comisiones, licencias y encargos, en que se preceptúa que una comisión, *"Es el acto de autoridad competente por el cual se asigna a un Oficial, Suboficial o alumno de escuela de formación de Oficiales o Suboficiales con carácter transitorio a una unidad o repartición militar, o a una entidad Oficial o privada, para cumplir misiones especiales del servicio"*.

Dentro del proceso no obra ningún acto administrativo de autoridad competente que haya asignado a AANE en comisión del servicio a ninguna entidad oficial que cumpla funciones carcelaria, tampoco, a ningún establecimiento carcelario, por

el contrario, lo que se halla acreditado es que para la data de los hechos se hallaba designado como suboficial de servicio de una guarnición militar, en su condición de Técnico Segundo de la Fuerza Aérea y dentro de las funciones asignadas se hallaba el control de la seguridad de los soldados detenidos en esa unidad militar y es en desarrollo de esa función militar que ejecuta los hechos que le imputó la Fiscalía Penal Militar.

En ese orden, la actuación del procesado se produjo como militar en ejercicio de la función de suboficial de servicio, no como autoridad administrativa penitenciaria como lo afirma el A quo, pues esa función era netamente militar, de orden administrativo, pues, como ya se dijo dentro del proceso no obra ningún acto administrativo que permita predicar que se hallaba en comisión para cumplir misiones de esa naturaleza.

Así las cosas, la Sala debe colegir que está probado en grado de certeza que AANE actuó como suboficial de la Fuerza Aérea en cumplimiento de la función de suboficial de servicio y es en esa condición que incurrió en la extralimitación que materializó los supuestos fácticos imputados, por tanto, reúne los presupuestos requeridos para imputar la comisión del reato de ataque al inferior enrostrado por la Fiscalía Penal Militar, como lo sostienen los apelantes y el Ministerio Público Ad-quem.

2.2.- Del sujeto pasivo del delito de ataque al inferior

Como se dejó sentado arriba, para la estructuración del delito de ataque al inferior se requiere el carácter de subordinado o inferior en grado, antigüedad o categoría del sujeto activo del delito, en cuanto la descripción inequívoca del punible arriba transcrita determina que se incurre en esta conducta punible cuando de "ataque por vías de hecho a un inferior en grado, antigüedad o categoría", es decir, debe recaer la acción sobre un subalterno o inferior en grado y/o antigüedad, que necesariamente debe estar en servicio activo, sin que la norma exija otra condición, circunstancia o situación, es decir, el legislador no previó ningún ingrediente normativo distinto.

Ahora bien, el Juez Primario estima que el soldado MML no reúne la condición de sujeto pasivo del delito por varias razones, una de ellas porque este soldado para el momento de la ocurrencia del hecho se hallaba privado de la libertad, por tanto bajo una relación especial de sujeción y en esa medida el procesado actuó como autoridad administrativa penitenciaria, aspecto analizado en precedencia, por tanto, en este punto se verificará si el soldado MML, no podía ser sujeto pasivo del delito de ataque al inferior, como lo afirma el A-quo, o si por el contrario, a pesar de estar privado de la libertad, pero en servicio activo, ostenta la condición de sujeto pasivo del

delito como lo afirman los apelantes y el Ministerio Público ad-quem.

2.2.1.- De la condición en servicio activo del SLR. MML

Atendiendo lo expresado por el Juez Primario en la sentencia impugnada, resulta necesario advertir que la vinculación al servicio militar obligatorio, no se produce de la misma forma que los soldados profesionales, pues mientras que para éstos los impulsa el deseo de entablar una relación laboral con el Estado y se produce de manera voluntaria, para los primeros, su vinculación se produce en virtud de un deber impuesto por la constitución conforme al principio de reciprocidad previsto en el artículo 95 Superior, la obligación de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan según reza el artículo 216 de la Carta Magna, vale decir, el imperativo de prestar el servicio militar y en esa medida a partir de su incorporación quedan sometidos a una relación especial de sujeción, como se explicará adelante.

Realizado el proceso de incorporación en la forma prevista en la ley 48 de 1993 y su decreto reglamentario No. 2048 de 1993, el conscripto es dado de alta mediante orden de personal como soldado regular, es decir, su vinculación o incorporación al servicio militar se produce mediante un acto administrativo y a partir de ese

momento adquiere la calidad de militar en servicio activo, condición que solo puede ser modificada mediante otro acto administrativo, que bien puede ocurrir durante el término de la prestación del servicio militar en forma anticipada disponiendo su desacuartelamiento por las causas previstas en los reglamentos o una vez haya culminado el periodo de servicio previsto en la ley, ordenando su licenciamiento y la entrega de la tarjeta que lo acredita como reservista, decisión que se debe materializar mediante un acta de desacuartelamiento.

El licenciamiento y el desacuartelamiento guardan relación de genero a especie, pues mientras el primero se produce como consecuencia del cumplimiento satisfactorio del servicio militar, por culminación del término previsto en el artículo 13 de la ley 48 de 1993 para la prestación del servicio militar de acuerdo a la modalidad en la que haya sido incorporado, el desacuartelamiento, a pesar de no haber sido reglado en la citada ley, se produce en cualquier momento a partir de su incorporación por las causales desarrolladas en la Directiva Permanente 2002, que establece las normas para la administración de personal ante el vacío que dejó la ley que reguló el servicio de reclutamiento y desmovilización, e igualmente por las razones de orden constitucional y legal desarrolladas en las diferentes decisiones producidas por la Corte Constitucional.

En la citada disposición fija como causales de desacuartelamiento entre otras, por requerimiento de la justicia ordinaria, en los casos de apertura de investigación por hechos anteriores a la incorporación; por mala conducta; por incapacidad relativa, absoluta y permanente, por mala incorporación; por edad; por tercer examen médico y por tutela.

En el proceso de incorporación el conscripto se somete a tres exámenes médicos de aptitud sicofísica, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la ley 48 de 1993, los dos primeros son practicados antes de su incorporación, es decir, antes de producirse el acto administrativo que lo da de alta como soldado, mientras que el tercero, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18 ibidem, "*Entre los 45 y 90 días posteriores a la incorporación de un contingente, se practicará un tercer examen de aptitud sicofísica para verificar que los soldados no presenten inhabilidades incompatibles con la prestación del servicio militar.*", de resultar no apto en este examen, lo jurídicamente viable es que se produzca el desacuartelamiento sin necesidad de adelantar ninguna acción judicial, simplemente, de manera oficiosa el Comandante de la Unidad Militar a la que pertenece procede a ordenar su desvinculación, como ocurre en la mayoría de los casos.

Por disposición de una autoridad judicial generalmente por vía de tutela, por las anteriores

razones¹⁶², por incompatibilidad con el servicio militar, o porque el conscripto ha sido incorporado al servicio militar obligatorio desconociendo las exenciones previstas en la ley¹⁶³, o por primacía de derechos del menor¹⁶⁴, por problemas de salud mental¹⁶⁵, e igualmente, por otras razones de diversa índole como haber adquirido una incapacidad sicológica durante la prestación del servicio, etc.

Además de las inferidas de la ley 48 de 1993, por las razones previstas de manera expresa en la ley 1448 de 2011, concretamente por haber sido declarado víctima del conflicto armado o por desplazamiento forzado de su núcleo familiar¹⁶⁶ conforme a las previsiones del artículo 3, parágrafo primero, en concordancia con el artículo 140 ibidem, que consagra como causal de exención para la prestación del servicio militar y congruente con esa disposición el artículo 179 del decreto 4800 de 2011, dispone: "**Desacuartelamiento.** Las personas que se encuentren prestando el servicio militar y presenten una solicitud de registro ante la Unidad Administrativa Especial, sólo serán desacuarteladas una vez sean incluidas en el Registro de que trata el Título II del presente Decreto.", para lo cual, el artículo 180 de la misma norma fija un protocolo.

En suma el desacuartelamiento es una forma anormal y anticipada de desvinculación del servicio

¹⁶² Solo por citar algunas Sentencias: radicado 2010-00578 Tribunal de Distrito Judicial del Huila.-

¹⁶³ Solo por citar algunas Sentencias a manera de ejemplo, dado que son múltiples las decisiones: T-090 de 1994, T-122 de 1994, T- 358 de 1995, T-132 de 1996, T-218 de 2010 todas de la Corte Constitucional.

¹⁶⁴ Sentencia T-489 de 2011 Corte Constitucional

¹⁶⁵ Sentencia T-358 de 2011 Corte Constitucional

¹⁶⁶ Sentencia T-372 de 2010 Corte Constitucional

militar obligatorio, generada por múltiples causas, entre otras: como resultado del tercer examen médico que lo declare no apto para el servicio, por haber sido incorporado desconociendo las exenciones legales, por la primacía de los derechos del menor, por salud mental, por desplazamiento forzado conforme a la ley 1448 de 2011, circunstancias que no se presentan en relación con el militar que ostenta la condición de víctima en caso bajo estudio, debiendo señalar que este militar se hallaba detenido preventivamente por la presunta comisión del punible del centinela, sin que la norma que regula el desacuartelamiento haya previsto dentro de sus causales, este reato, por tanto, en casos siguen conservando su condición de militar en servicio activo.

Por su parte, el licenciamiento es la forma de desvinculación fijada por la ley que regula el reclutamiento y movilización del servicio militar obligatorio, por haber cumplido satisfactoriamente el deber constitucional de tomar las armas para la defensa de la soberanía nacional, el orden constitucional y las instituciones legítimamente constituidas, en la forma y dentro de los términos previstos en la ley 48 de 1993, es decir, la única causal es la culminación del servicio militar obligatorio para dar paso a la condición de reservista.

Conforme a lo anterior son dos las formas de desvinculación del servicio militar obligatorio, el desacuartelamiento y el licenciamiento, luego mientras no se haya producido el acto administrativo que decrete al desincorporación por cualesquiera de las dos formas, la persona que presta el servicio militar tendrá la calidad de militar en servicio activo en la categoría de soldado.

Examinadas las probanzas allegadas al proceso, se evidencia que el señor MML, acreditado como víctima y sujeto pasivo de la presunta conducta punible en este proceso, se evidencia que cumplió con el proceso de incorporación en la forma prevista en la ley 48 de 1993, según se infiere de la documentación allegada al expediente¹⁶⁷, habiendo sido declarado "APTO" para el servicio en los diferentes exámenes médicos¹⁶⁸ y dado de alta mediante orden administrativa de personal No. 23 del 1 de octubre de 2011, a partir del 30 de agosto de 2011, como integrante del tercer contingente del mismo año.

Mediante oficio No. 20134610007333 del 30 de enero de 2013¹⁶⁹, suscrito por el señor TC. JJTA Comandante Grupo de Seguridad y Defensa de Bases Aéreas No. 5, certifica que "el señor MML fue integrante del tercer contingente de 2011 y fue licenciado con fecha 31 de diciembre de 2012 ley 403/97 en cumplimiento a la Orden Administrativa de Personal No. 20

¹⁶⁷ Folios 24 – 45, 70 – 78 cc 1

¹⁶⁸ Folios 79 – 80 cc 1

¹⁶⁹ Folios 54 – 57 cc 1

01-01-13"¹⁷⁰, atestación congruente con la certificación adiada el 30 de enero de 2013, en la que se señala que MML "Prestó su servicio militar obligatorio en la Base Aérea de Rionegro "General Arturo Lema Posada", como integrante del tercer contingente de 2011 desde el (30) de agosto del 2011 hasta el 31 de diciembre de 2012, así mismo para la fecha del 26 de diciembre de 2012 se encontraba con medida de aseguramiento de detención preventiva por encontrarse inmerso en los procesos penales 2117, 2118, 2119 en el Juzgado 122IPM CACOM-5"¹⁷¹.

Lo expresado en las anteriores constancias es revelado igualmente por el soldado MML en testimonio vertido en este expediente en el que asegura, "terminé el servicio militar el día 31 de diciembre de 2012"¹⁷².

Las anteriores razones nos llevan a inferir que el señor MML, acreditado como víctima y sujeto pasivo de la presunta conducta punible en esta investigación, cumplió el proceso de incorporación en la forma prevista en la ley 48 de 1993 y fue dado de alta mediante acto administrativo como soldado regular de la Fuerza Aérea Colombiana a partir del 30 de agosto de 2011 y permaneció en esa condición hasta el 31 de diciembre de 2012, data en la que fue licenciado por haber cumplido con el servicio militar, consecuentemente desacuartelado para adoptar la calidad de reservista, lo cual nos lleva a colegir en grado

¹⁷⁰ Folio 57 cc 1.

¹⁷¹ Folio 90 cc 1

¹⁷² Folio 93 cc 1

de certeza que para la data del 26 de diciembre de 2012, fecha de ocurrencia de los hechos, ostentaba la condición de militar en servicio activo en la categoría de soldado regular.

Consecuente con la conclusión a la que se llegó en el apartado 2.1 de estas consideraciones, se debe colegir razonadamente que para la data de los hechos, tanto el señor T2. AANE procesado dentro de esta investigación, como el señor MML, acreditado como víctima y sujeto pasivo de la presunta conducta punible en este proceso, ostentaban la condición de militares en servicio activo, el primero escalafonado dentro de la jerarquía castrense en la categoría de Suboficial, con mando y atribución disciplinaria y el segundo, en la categoría de soldado, sometido a la relación de sujeción propia del vínculo derivado del servicio militar obligatorio, en esa medida, el primero ostentaba la condición de superior jerárquico y el segundo de inferior en grado, antigüedad o categoría, como lo reclaman los apelantes y el Ministerio Público delegado ante esta instancia.

2.2.2.- La detención preventiva no implica la pérdida de la condición de militar, tampoco, la suspensión de funciones y atribuciones en forma automática.

Aduce el Fiscal apelante que "el fallador de Primera Instancia admite que el (sic) MML registra la condición de

soldado regular en actividad, pero contradictoriamente señala que por encontrarse detenido existe una especie de paréntesis jurídico en donde su condición militar debe ser desconocida, señalando que debe gozar de mayor protección jurídica por encontrarse privado de la libertad, pero pretendiendo cercenar sus garantías por el mismo hecho, al considerar que si MML estuviera en libertad, el suboficial si hubiera podido cometer el delito de ataque al inferior, otorgando mayor protección jurídica al militar en libertad que al que se encuentra privado de la libertad, cuando el marco jurídico determina una situación diferente"¹⁷³.

Por su parte la DRA. YANETH OSANA GONZALEZ CHACON en su condición de Agente del Ministerio Público ante la primera instancia, después de resaltar que el principal argumento de la sentencia absolutoria, se basa en que no existía delito por cuanto por que como el soldado estaba privado de la libertad, no tenía las condiciones jurídicas que un soldado en pleno ejercicio de sus funciones, e igualmente que, el procesado no actuaba como superior militar del interno sino como autoridad superior carcelaria, señala que, "este argumento es absurdo y resulta falaz frente a la realidad procesal, no se desconoce el hecho de que por falta de personal, se tengan que hacer ciertas tareas o funciones que corresponden a civiles, las cuales se adjudiquen a militares en acción, funciones que deben cumplir y asumir como funciones propias, como las militares"¹⁷⁴ y precisa que "esa premisa constituye una falacia porque la calidad de militar no se deja nunca, no puede despojarse de ella, pues se ostenta todo el tiempo, en que se es militar activo y cesa cuando se retira de las

¹⁷³ Folio 1388 co 8

¹⁷⁴ Folio 1371 co 7

*fuerzas militares en uso de buen retiro, o es apartado por otras razones de la fuerza pública*¹⁷⁵.

Frente a estos argumentos la Sala debe precisar que, la condición de militar en servicio activo no se pierde por el mero hecho de la detención preventiva ordenada por un Juez, dado que el retiro o desvinculación del servicio solo procede mediante un acto administrativo, que para el caso de quienes prestan el servicio militar obligatorio, como se expresó en el numeral anterior, procede por desacuartelamiento conforme a las causales arriba relacionados o por licenciamiento por haber cumplido con ese deber constitucional en forma satisfactoria, luego, como para el 26 de diciembre de 2012, fecha de ocurrencia de los hechos, no se había producido ninguno de esos dos actos, es decir, el SLR. MML no había sido desacuartelado ni licenciado, pues éste último acto solo se produjo el 1 de enero de 2013, con efectos a partir del 31 de diciembre de 2012, debe inferirse de manera razonada que para la data en que se produjo el hecho imputado al T2. AANE, la víctima aún no había perdido su condición de militar en servicio activo.

Lo que nos muestran las probanzas allegadas al proceso es que para el 26 de diciembre de 2012, el SLR. MML se hallaba privado de la libertad en cumplimiento de una medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta por un Juez de

¹⁷⁵ Folio 1371 co 7

Instrucción Penal Militar, por la presunta comisión del punible del centinela, decisión que no implica persé la pérdida de la condición de militar en servicio activo, por las razones ya expuestas, tampoco la suspensión de funciones o atribuciones pues tal interdicción debe imponerse mediante acto administrativo y ello no se halla acreditado en el proceso, lo que sucede es que estando privado de la libertad no es posible que pueda cumplir ninguna actividad operativa, pero si puede laborar en tareas administrativas, como sucede en el caso que nos ocupa, lo cual no implica cumplimiento de funciones operativas militares.

Lo expresado en precedencia se halla suficientemente acreditado dentro del proceso, como se evidencia en el examen realizado a los medios de prueba, los cuales muestran que el hecho se presentó cuando los soldados finalizaban labores administrativas en varias dependencias del CACOM-5, es decir, MML a pesar que cumplía con una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, desempeñaba funciones de orden administrativo y es en esa condición que es agredido por el aquí enjuiciado.

Efectivamente como lo afirma el A-quo, para la data de los hechos el soldado MML se encontraba en servicio activo y no se hallaba suspendido en funciones, pues la ley 48 de 1993, ni sus decretos reglamentarios, como tampoco la ley 836 de 2003,

ni la disposición 2002 arriba referida, consagran la suspensión de funciones y atribuciones para quienes prestan el servicio militar obligatorio, dado que para estos militares se ha consagrado el desacuartelamiento o el licenciamiento, según se den las causales previstas para cada caso, pero esa situación administrativa no se había producido en el caso bajo estudio, es decir, no había perdido la calidad de militar en servicio activo, razón suficiente para predicar la condición de sujeto pasivo del delito de ataque al inferior del soldado MML, como lo sostienen los apelantes y el Ministerio Público delegado ante esta instancia, a pesar de encontrarse sometido a una relación especial de sujeción con el Estado, dado que los soldados regulares son incorporados en cumplimiento de un deber constitucional.

2.2.3.- De la relación especial de sujeción.

Para hablar de relaciones de sujeción especial, necesariamente tenemos que remontarnos a la época de la Monarquía Constitucional en Alemania, pues, es en este país y durante esa forma de gobierno que germina y tiene su desarrollo esta institución jurídica propia del derecho administrativo generada inicialmente en dos tipos de relaciones o vínculos, la primera en el vínculo entre el Estado y el ciudadano común, y la segunda, entre el Estado y determinados colectivos que ostentaban un estatus especial.

Es en este último modelo de relación donde se originó la figura jurídica propia del derecho administrativo que hoy conocemos como relación de sujeción especial, entendida como el vínculo existente entre el Estado y un conjunto de individuos que conforman un colectivo homogéneo determinado por las circunstancias específicas en las que se origina la relación, es decir, en el nexo causal que origina la dependencia, en esa medida, en nuestro país pueden citarse entre otras las relacionadas con estudiantes, presos, servidores públicos de las diferentes ramas del poder, militares, etc., aunque debe señalarse que en la actualidad, debido a la complejidad en las relaciones que deben tejerse entre empresas, industrias, entidades de comercio, universidades, colegios y en fin, el sinnúmero de actividades que involucran el desarrollo social actual, se ha extendido a otras ramas del derecho como el laboral, civil, comercial, tributario, etc.

La que interesa al caso que nos ocupa es la referida a la inserción en la organización administrativa, concretamente la referida al servicio militar obligatorio, para señalar que la citada relación tiene su génesis en un mandato genérico y coercitivo que impone la constitución política como deber ciudadano a todos los colombianos varones mayores de edad para que definan su situación militar, relación que nace a partir de su incorporación a la fuerza pública y genera una serie de obligaciones a cargo del

estado y una limitación de derechos para el conscripto forjada por la dependencia de la administración y la existencia de potestades sobre estos individuos.

La Constitución Política consagra una serie de derechos y libertades a todos los ciudadanos, pero también le impone deberes y obligaciones en virtud del principio de reciprocidad previsto en el artículo 95, una de ellas, la obligación de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan prevista en el artículo 216 de la Carta Magna, vale decir, el imperativo de prestar el servicio militar, dado que como Estado Social de Derecho debe cumplir con unos fines esenciales, entre los que se hallan el mantener la integridad territorial, el orden constitucional, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Siendo entonces la prestación del servicio militar uno de los deberes de rango superior, por medio del cual se garantiza el apoyo a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la soberanía, independencia nacional, la integridad del territorio nacional, proteger la vida, honra, bienes de sus habitantes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, su carácter es obligatorio al servicio del Estado y en beneficio de la colectividad, por ello, a partir del acto de incorporación nace una relación jurídico -

administrativa caracterizada por una efectiva inserción del conscripto en el seno de la organización del Estado regulada por un régimen jurídico especial, un tratamiento particular de su libertad y derechos fundamentales, así como el sometimiento a una disciplina propia de la estructura jerárquica militar y el deber de obediencia de acuerdo a la línea de mando, dependencia que se conoce como relación de sujeción especial.

"24.- *La Corte Constitucional, en sentencia T-350 de 2010, concluyó que como consecuencia de las condiciones propias que impone el servicio militar, bajo imperativos de obediencia según la línea de mando y de la disciplina propia de las Fuerzas Armadas, los soldados gozan de una doble calidad, en principio, son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución Política y, al mismo tiempo, sujetos sobre los cuales recaen limitaciones razonables para el ejercicio de los mismos. Esta especial condición en cabeza del personal castrense, a la luz de la jurisprudencia desarrollada por esta Corporación, encaja dentro de la noción de relación especial de sujeción^[13], la cual genera restricciones a algunos derechos por parte de los soldados y establece obligaciones a cargo del Estado. No obstante, algunos derechos no hacen parte de esta restricción jurídica, como lo es el derecho a la salud, el cual junto con otro grupo de derechos, permanecen incólumes y su goce debe ser especialmente garantizado.*

25.- *Asimismo, dentro de esta relación especial de sujeción, se destacan tres elementos de gran relevancia al momento de garantizar el catálogo de derechos fundamentales en cabeza del personal castrense y la obligación del Estado de garantizarlos, a saber:*

i) la posición de la administración respecto del ciudadano o administrado. "Las relaciones especiales de sujeción se caracterizan justamente porque, se exacerba la idea de superioridad jerárquica de la Administración sobre el administrado, y en tal sentido, se admiten matices a las medidas y garantías que buscan en los Estados actuales, atemperar dicho desequilibrio";

ii) la noción de inserción del administrado en la esfera de regulación más cercana a la Administración. "...implica el sometimiento a un régimen jurídico especial y más estricto, respecto de aquél que cobija a quienes no están vinculados por dichas relaciones especiales";

iii) los fines especiales que busca la mencionada regulación especial, que como ya se mencionó, para el caso de las personas que prestan el servicio militar obligatorio está relacionado con la defensa de la soberanía y la salvaguarda de la paz."¹⁷⁶

Por esa razón frente al mandato genérico y coercitivo que obliga a los varones colombianos a definir su situación militar ante las Fuerzas Militares mediante la prestación del servicio militar obligatorio, se genera para el Estado la obligación de responsabilizarse de los jóvenes reclutados de proveerles lo necesario para satisfacer sus necesidades básicas de salud, alojamiento, alimentación, vestuario, bienestar, entre otros, desde el día que son dados de alta, durante el término que dure la prestación del servicio hasta la fecha del licenciamiento, sin que esas sean las únicas responsabilidades generadas al estado, pues en términos de respeto de los derechos fundamentales, quienes representan al Estado dentro de las instituciones Castrenses o Policiales, están compelidos a respetar la dignidad humana y todas las demás garantías y derechos que de ella se derivan y para hacer efectivo ese respeto, es decir, como lo estima la Corte Constitucional, para "atemperar dicho desequilibrio", en esa medida, el legislador para poner un límite a los posibles abusos que se

¹⁷⁶ Corte Constitucional – Sentencia T-737 de 2013.- MP: DR. ALBERTO ROJAS RIOS

puedan presentar por parte de los superior y guardar el equilibrio que debe reinar en la relación entre superiores y subalternos, ha consagrado como delitos algunas conductas que puedan quebrantarla, como el ataque al inferior, luego, la razón fundamental para la criminalización de estos comportamientos, esencialmente está fundada en el respeto y protección de los derechos fundamentales en especial la dignidad humana.

Sin duda alguna, el sometimiento al servicio militar implica la restricción de algunos derechos, la locomoción, de asociación, de reunión, políticos, etc., también existen algunos derechos que son intocables, como ocurre con las personas detenidas, que como lo expresa la Corte Constitucional en la sentencia T-023 de 2010, en la que se apoya el Juez primario, son los derechos derivados de la dignidad humana, luego, no resulta afortunado el argumento utilizado en la providencia impugnada, que como MML se encontraba privado de la libertad y sujeto a una relación especial de sujeción, a pesar de estar en servicio activo y en uso de sus funciones como militar, dado que no había sido suspendido, tampoco desacuartelado, por el hecho de estar sometido a una medida de aseguramiento restrictiva de la libertad, no podía ser sujeto pasivo del delito de ataque al inferior, lo que equivale a decir, que cualquier abuso contra su dignidad no se constituye en ningún delito, a pesar que la

detención no implica la pérdida de la condición de militar en servicio activo, sino la restricción para cumplir con algunas actividades operativas propias del servicio, lo cual desarticula el equilibrio derivado de la relación especial de sujeción.

Con ese razonamiento, el Juez Primario invierte la filosofía, el objetivo y los fines que persigue la institución de la relación especial de sujeción, pues, si esta fue prevista para proteger los derechos fundamentales y la dignidad de quienes están sometidos a ello, con tales argumentos, como lo señala el Fiscal apelante, el Juez Primario a pesar que señala "que debe gozar de mayor protección jurídica por encontrarse privado de la libertad, pero pretendiendo cercenar sus garantías por ese mismo hecho, al considerar que si MML estuviera en libertad el suboficial si hubiera podido incurrir en el delito de ataque al inferior, otorgando mayor protección jurídica al militar en libertad que al uniformado que se encuentra privado de ella, cuando el marco jurídico determina una situación diferente"¹⁷⁷.

Así las cosas, como quiera que en el caso que nos ocupa, el soldado MML en su condición de sujeto pasivo y víctima del delito, se halla sometido a una relación de sujeción en su condición de soldado regular, pero además como lo refiere el Juez de Conocimiento, también a una relación especial de sujeción por la condición de persona privada de la libertad y como se dejó sentado

¹⁷⁷ Folio 1388 co 8

arriba, la medida de aseguramiento detención no implica por sí sola la privación del estatus de militar en servicio activo y no existe un acto administrativo que suspenda en ejercicio de funciones al SLR. MML, tampoco se hallaba desacuartelado o desincorporado para la data de los hechos, esa relación especial de sujeción adquirida en su condición de detenido, no es argumento válido para afirmar que por ese solo hecho ha perdido la condición de militar en servicio activo y por tanto de subordinado en grado, antigüedad o categoría del Suboficial NAVARRO ESTEVEZ, como lo pretende hacer valer el Juez de Conocimiento.

Corolario de lo expuesto en precedencia se debe inferir de manera razonada, que dentro del proceso se halla acreditado en grado de certeza la condición de víctima y sujeto pasivo del delito de ataque al inferior, del soldado SLR. MML como lo afirman los apelantes y el Ministerio Público delegado ante esta Instancia.

2.3.- Del ataque por vías de hecho.

Otro de los elementos estructurales del delito de ataque al inferior es que produzca un ataque por vías de hecho, conforme a la descripción inequívoca que hace el legislador en el artículo 100 de la ley 1047 de 2010, de esta conducta punible, concretando la conducta en el "ataque por vías de hecho a un inferior en grado, antigüedad o

categoría", acción que delimita de manera expresa mediante el ingrediente normativo, "por ese solo hecho", es decir, no se requiere que se hayan producido daños corporales, sicológicos o de cualesquier otro orden, para reputar la comisión del reato, pues se trata de un delito de mera conducta no de resultado.

Si tratáramos de definir una vía hecho, serían múltiples las tesis que podríamos elucubrar, no obstante, para efectos del reato que nos compete y atendiendo la definición del delito en estudio realizada por el legislador, debemos señalar que el ataque por vías de hecho debe tenerse todo atentado físico dirigido contra la humanidad de otra persona, la agresión sicológica, moral, verbal o de cualquier otra índole que atente contra la dignidad del otro y/o el derecho ajeno, o como lo afirma el tratadista GUILLERMO CABANELAS, que define las vías de hecho, como "Justicia por la propia mano.// Atentado de toda índole contra el derecho ajeno y contra las personas. // Violencia injusta"¹⁷⁸.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

"Al estatuirse en el artículo 119 en cita que el ataque al inferior entendido como delito contra la disciplina, comporta una dosificación punitiva "por ese solo hecho", ello traduce que dicho comportamiento puede desplegarse en solitario o en concurso material por ejemplo con el de lesiones personales en los eventos en que de la acción se

¹⁷⁸ CABANELAS DE TORRES Guillermo – Diccionario Jurídico Elemental.- Editorial Heliasta SRL – Buenos Aires Argentina, Pag. 330.

deriven resultados que afecten la integridad personal del subalterno, sin que constituya violación al non bis in ídem ocasionada por una doble imputación fáctica, pues como se dijo, la norma en cita de manera expresa elimina dicha posibilidad de menoscabo a ese principio.”¹⁷⁹.

Esto es, solo basta que se produzca cualesquiera de las agresiones arriba enunciadas para que se estructura el ataque por las vías de hecho, pero en la eventualidad de acreditarse daño corporal, fisiológico, sicológico o cualesquier otro menoscabo en la salud del ofendido, por tratarse de dos tipos penales que no son excluyentes, estaríamos en presencia de un concurso heterogéneo, de un lado, el ataque al inferior y de otro, lesiones personales, punibles que atentan contra dos bienes jurídicos disímiles, la disciplina y la integridad personal, respectivamente, por ello, si bien es cierto dentro de este proceso se acreditaron unas lesiones, a pesar que estas fueron objeto de conciliación, el proceso debió continuar por el ataque al inferior, delito que hoy se define con esta decisión de segundo grado.

Bajo ese entendido los supuestos fácticos que se estimaron probados en grado de certeza en el numeral 1.3 de las consideraciones de esta providencia, esto es, el hecho de haber desenfundado el arma de dotación por parte del aquí enjuiciado, para intimidar al soldado MML porque éste no le acató la orden de ingresar al

¹⁷⁹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal.- Radicado 29935 – Sentencia del 20 de Agosto de 2008.- MP. DR. YESID RAMIREZ BASTIDAS.

recinto carcelario, igualmente, el haber agredido al soldado con un cabezazo en la boca, y finalmente, el haber conducido a empujones al soldado hasta la pieza de detenidos que funcionaba como centro carcelario, como lo alegan los apelantes y el Ministerio Público ante esta instancia, se estructuran como vías de hecho ejecutadas por el aquí enjuiciado en contra del soldado MML.

En relación con la supresión de la hora de sol a los detenidos, la Sala debe señalar que este hecho a pesar que encarna una vía de hecho, no puede considerarse como un ataque concreto contra el aquí ofendido, sino como un posible abuso de autoridad del procesado contra todos los detenidos, no obstante, a pesar que en la resolución de acusación le fue imputada esta vía de hecho, se adecuó como ataque al inferior y no como la referida conducta punible, por tanto, a pesar de hallarse probado este hecho y como quiera que en la apelación el Fiscal estima que se trata simplemente del hecho que generó las posteriores situaciones fácticas que estructuran el delito aquí investigado, este Colegiado estima prudente darle esa connotación.

Así las cosas, la Sala estima que le asiste la razón a los apelantes y al Ministerio Público Adquem cuando aducen que se halla acreditado en grado de certeza el ataque por vías de hecho, imputado al T2. AANE, al haber desenfundado el

arma de dotación para intimidar al soldado MML, haberlo agredido con un cabezazo y finalmente haberlo conducido por la fuerza a empujones de manera innecesaria dado que el bajo bandera no opuso resistencia, razones suficientes para estimar estructurado este elemento del punible de ataque al inferior, que el Juez A-quo estima no se halla acreditado en grado de certeza.

2.4.- De los actos relacionados con el servicio, requeridos en el delito de ataque al inferior.

Finalmente, atendiendo la descripción inequívoca que hace el legislador del delito de ataque al inferior, además de las condiciones especiales que deben reunir el sujeto activo y pasivo, la materialización de la vía de hecho, la ley dispone que para que se pueda estructurar esa conducta punible, el ataque debe producirse en actos relacionados con el servicio.

La Sala estima necesario recordar que cuando la ley señala que la conducta debe realizarse "*en actos del servicio*", no se está refiriendo a las tareas puramente operativas, sino que apunta al conjunto de actividades tanto administrativas como operativas que deben desarrollar los miembros de las Instituciones Militar y Policial para lograr el cumplimiento de los fines previstos en los artículos 217 y 218 de la Constitución, así como las demás funciones fijadas en esta y en la ley, desde la incorporación de sus miembros, pasando

por la formación, instrucción, entrenamiento de los mismos, servicio de sanidad, logística, actividades administrativas necesarias para su funcionamiento, como formaciones, servicios internos de seguridad, de régimen interno, etc., sin las cuales sería imposible que se materializara la parte operativa y, es en ese contexto que se debe examinar si una conducta determinada se realizó en relación con actos propios del servicio.

Esta Sala de Decisión en pretérita oportunidad en relación con los actos del servicio precisó:

"Ha de recordarse que un acto del servicio de los miembros de la fuerza pública ha de ser entendido como una serie de actividades que comprenden ejes de instrucción, entrenamiento y operaciones al igual que aquellas actividades administrativas y de logística que al interactuar permiten alcanzar los fines constitucionales asignados en la Carta como lo son la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y la vigencia de un orden constitucional, al igual que el mantenimiento de las condiciones para que el ciudadano ejerza sus derechos y libertades públicas, es decir, que se debe realizar una interpretación sistemática de la norma"¹⁸⁰.

Examinada la providencia impugnada, pareciera que en principio el Juez Militar ante Comando Aéreo 122 tiene la claridad necesario sobre el contenido ontológico de este aspecto, pues inicialmente estima que *"la conducta desarrollada por el procesado acaeció cuando prestaba un servicio propio de su condición militar; es decir, se desarrolló en acto relacionado con el*

¹⁸⁰ Tribunal Superior Militar - Segunda Sala de Decisión.- Radicado 157956 – Sentencia del 6 de agosto de 2014.- MP: CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS.

*servicio*¹⁸¹, más adelante señala que el procesado se encontraba incorporado como suboficial de la Fuerza Aérea Colombiana y en esa condición "fue nombrado para el día de los hechos como suboficial de servicio, con diversas funciones entre las cuales podemos destacar el control del personal de detenidos, ... se avizora el elemento de carácter subjetivo como ser militar en servicio activo con la categoría de suboficial y el grado de Técnico Segundo de la Fuerza Aérea Colombiana y un vínculo diáfano entre el delito imputado (ataque al inferior) y la actividad desarrollada en el servicio en forma directa y próxima (elemento de carácter subjetivo)"¹⁸², reafirmando más adelante que "no existe duda alguna sobre la relación del servicio con la vía de hecho"¹⁸³.

No obstante la claridad con la que el A quo inicialmente realiza del material probatorio infiere que actuó como suboficial de servicio y por esa razón el hecho imputado tenía una relación directa con el servicio, de manera contradictoria posteriormente afirma que "el procesado por su condición de militar en la categoría de suboficial actúa, no como militar, sino como autoridad administrativa penitenciaria investida de poder y autoridad"¹⁸⁴, lo cual impedía que se imputara al suboficial ese delito, tesis que sostiene de manera ambivalente al final de la providencia.

Tales argumentos son atacados por los apelantes afirmando que el servicio es uno solo y no puede desprenderse momentáneamente para cumplir

¹⁸¹ Folio 1338 co7

¹⁸² Folio 1339 co 7

¹⁸³ Folio 1342 co 7

¹⁸⁴ Folio 1355 co 7

funciones que no corresponden a las asignadas para el cargo que cumplía, como se dejó ampliamente sentado de manera precedente, argumentos que el Ministerio Público de Segundo Grado comparte integralmente y que este Colegiado encuentra ajustados a la realidad procesal.

Bastarían las anteriores precisiones para estimar estructurado ese elemento esencial del delito de ataque al inferior, no obstante la terquedad y obstinación del Juez Primario, como lo resaltan los apelantes y el Ministerio Público ante esta instancia, la Sala estima necesario precisar que en la estructuración del contenido dogmático de este delito, la relación con el servicio como ingrediente normativo se predica respecto de los "actos", es decir, de una conducta activa y ese comportamiento corresponde al autor del hecho, no de quien recibe los ataques, pues éste es solo un sujeto pasivo del hecho.

Tal predicado resulta perfectamente congruente con el contenido filosófico del concepto de disciplina como bien jurídico protegido, que no se halla circunscrito a la estricta protección de la atribución de mandar y la obligación de obedecer, como lo entiende el A-quo, atribuciones que se agotan con los delitos de insubordinación y desobediencia, sino que protege una serie de principios, valores y derechos entre otros la dignidad humana del personal subalterno, sus derechos fundamentales, entre otros, de los

potenciales abusos de quienes ostentan la calidad de superiores jerárquicos con mando y autoridad, en todas las actividades que se generan en el normal funcionamiento de la fuerza pública, por ello, la disciplina se constituye en el medio eficaz para equilibrar las relaciones jerárquicas y los límites entre la atribución de mando y el deber de obediencia.

Al respecto, la Tercera Sala de Decisión de esta Corporación en pretérita oportunidad expresó:

*"De esta forma, el óptimo sistema de equilibrio entre los militares, particularmente entre quienes ejercitan el mando y los que obedecen, se resquebrajaría si las relaciones que tienen la obligación de mantener no estuvieran presididas por un respeto mutuo que preserve el principio de la jerarquía y que asegure el cumplimiento de las órdenes impartidas. Esta ha sido la constante de todos los ejércitos legítimamente constituidos, por ende proteger este bien jurídico constituye la esencia del derecho penal militar."*¹⁸⁵

Luego, si se redujera el amparo de los ataques a los subalternos solo al momento en que éstos actuaran dentro de las actividades operativas, como parece entenderlo el Juez de Conocimiento, quedarían desprotegidos en aquellos momentos en que no están realizando patrullajes, guardias u operaciones militares, o que se hallan simplemente en actividad o en actividades puramente administrativas, en contravía del deber ser perseguido con el bien jurídico que se pretende salvaguardar dada la relación especial de sujeción por su condición de militar, especialmente de

¹⁸⁵ Tribunal Superior Militar – Tercera Sala de Decisión.- Radicado 157078- 28 de marzo de 2012.- MP: CN(r). CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA.

quienes prestar el servicio militar obligatorio, aspecto que se examinará más adelante.

Surge entonces la pregunta, ¿de exigirse como requisito que el subalterno también esté realizando actividades operativas, que pasaría con los ataques por vías de hecho en que incurriera el Oficial o Suboficial de Servicio, o cualesquiera otro mando, por solo citar un ejemplo, ocurridos contra un subalterno cuando éste está descansando, durmiendo, regresando de un turno de franquicia o de vacaciones, etc.?, ¿será que ese comportamiento resulta atípico como lo pretende hacer ver el Juez de Conocimiento?, la respuesta debe ser lógica y coherente con el contenido ontológico del tipo penal de ataque al inferior y la disciplina como bien jurídico protegido, tal conducta resulta ser típica como quiera que los "*actos relacionados con el servicio*", como ingrediente normativo del tipo, se predica solo respecto del autor.

Se insiste, el concepto de "*actos relacionados con el servicio*", no puede reducirse a los servicios de guardia o las actividades realizadas dentro del marco de una operación militar, como pareciera entenderlo el Juez de Conocimiento, en cuanto afirma que si bien es cierto el procesado se hallaba en servicio activo y había sido designado como militar en el servicio que cumplía la data de los hechos, entre las que se encontraba el control de los detenidos:

*"el procesado por su condición de militar en la categoría de suboficial actúa, no como superior militar, sino como una autoridad administrativa penitenciaria investida de poder y autoridad, quien a su vez es garante de una persona, quien en virtud de mandamiento judicial estaba privado de la libertad y suspendido de sus funciones como militar; aspecto que le quita su condición de militar en pleno ejercicio de funciones y consecuente con ello, esa inferioridad que exigía el tipo penal imputado."*¹⁸⁶.

Tal planteamiento además de ambiguo, resulta contradictorio y ambivalente, el A quo no solo olvida que el contenido ontológico de la expresión *"en relación con el mismo servicio"* prevista en el artículo 221 superior, como elemento estructurante del fuero penal militar, primordialmente se refiere a los delitos comunes y su interpretación es restringida, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-358 de 1997, mientras que la expresión *"actos relacionados con el servicio"*, se halla consagrada como ingrediente normativo del tipo en la mayoría de las conductas punibles típicamente militares que per sé son de conocimiento de la jurisdicción penal militar y su interpretación debe ser en sentido amplio y de carácter sistemático, pues se trata de tipos penales en blanco y se debe recurrir por remisión legislativa a las regulaciones en cada materia contenida en los reglamentos internos, en esa medida, acto del servicio, *"Es aquel que se efectúa en uso de las atribuciones o en cumplimiento de los deberes inherentes a los militares"*, conforme a la definición que trae el *"Reglamento de Servicios de Guarnición FF. MM. 3.9"* contenido en la disposición 010 de 1982

¹⁸⁶ Folio 1050 cc 6

expedida por el Comando General de las Fuerzas Militares.

Con razón en anterior oportunidad la Tercera Sala de Decisión, precisó lo siguiente:

"El desarrollo del mandato constitucional y de la ley en lo que tiene que ver con su misión y tarea, está reglamentado, y esos estatutos son sin lugar a equívocos el referente de sus actuaciones, límites de las mismas y por sobre todo, de la legalidad y legitimidad en su actuar. Tan difícil misión que no tiene ningún otro servidor público, requiere de una normativa detallada y minuciosa en cada una de sus actividades, incluso en las académicas."¹⁸⁷.

En síntesis, los actos del servicio no están referidos a la simple operatividad material de la fuerza pública, sino que comprende todas aquellas actividades de orden administrativo, logístico, académico, deportivo, espiritual, de control administrativo, de control disciplinario, del ejercicio de la defensa jurídica de la fuerza pública, de investigación y juzgamiento en materia penal militar, de seguridad, de representación, etc., es decir todas aquellas diligencias inherentes y necesarias para el desarrollo de cada fuerza, ejecutadas en los diferentes niveles de la jerarquía.

En este mismo sentido se han producido muchas decisiones en el seno de las diferentes Salas de esta Corporación:

¹⁸⁷ Tribunal Superior Militar – Tercera Sala de Decisión.- Radicado 157078- 28 de marzo de 2012.- MP: CN(r). CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA.

"Ha sido reiterativo al Tribunal en señalar que los actos relacionados con el servicio no pueden ser entendidos a partir de una lectura asistemática de la legislación Colombiana, ni exegética de los artículos 217 y 218 de la Carta Política. Quienes piensan así olvidan que las Constituciones consagran la filosofía que inspira un Estado, sus principios, valores y fundamentos de contenido general que materializan su efectivización en normas que la desarrollan, como lo son la Ley, las ordenanzas, los acuerdos, los reglamentos, directivas, por solo citar unos eventos. Por ello pretender que la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional, el orden constitucional, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz, es donde se expresa de manera única y exclusiva el acto del servicio, resulta desafortunado, toda vez que allí se enuncia la finalidad, pero no la forma como se alcanza la misma.

Los cometidos Constitucionales no se alcanzan si no se tiene una estructura militar y policial que cuente con el recurso humano calificado y logístico que permita efectivizarlos. Para ello se ha de suponer una organización sólida, disciplinada, cohesionada, estructurada y jerarquizada, altamente calificada, en razón de la autoridad que representan y la función que las inspira. Esto es, se ha de contar con el potencial humano, para ello se le debe incorporar, capacitar, instruir, entrenar y reentrenar, se debe tener medios y recursos, con una organización a su interior que garantice el cumplimiento del servicio y la disciplina, lo que se traduce en eficacia operacional. Vale decir, los actos propios del servicio implican actividades de instrucción y entrenamiento, de régimen interno como son las formaciones, los servicios de guarnición, actividades administrativas y las operacionales, las que no se alcanzan si no se cuenta con esa distribución logística, administrativa, si no se tiene una organización que identifica las Fuerzas (Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Policía Nacional), su razón de ser y la definición de roles, sugiere una clasificación estructurada, jerarquizada y perfectamente armonizada."¹⁸⁸

Coherente con las precedentes razones, se ha de señalar que, si el T2. AANE, para la data de los

¹⁸⁸ Tribunal superior Militar – Cuarta Sala de Decisión.- Radicado 155828 – 12 de marzo de 2010.- MP: TC. CAMILO ANDRES SUAREZ ALDANA.

hechos se encontraba designado como Suboficial de Servicio del CACOM-5, función que cumplía en el momento de los hechos y entre las misiones asignadas se encontraba la de control del personal militar detenido, como lo se halla acreditado en los medios de prueba allegados al proceso, lo refiere el propio enjuiciado en la indagatoria y lo reconoce el Juez A-quo en la providencia impugnada, necesariamente se ha de concluir que la conducta imputada se ejecutó en actos relacionados con el servicio, en tanto que el hecho se presentó durante el turno que el procesado cumplía de Suboficial de Servicio y se derivó directamente del ejercicio de la función de control de los detenidos, asignada al militar nombrado para ese servicio, como lo reclaman los apelantes y el Ministerio Público ante esta Instancia.

Bajo ese entendido, resulta ambivalente y contrario a los reglamentos internos, el argumento traído por el A-quo, según el cual el suboficial aquí enjuiciado, a pesar de haber sido nombrado mediante la orden del día como suboficial de servicio y estar cumpliendo un servicio propio de la guarnición militar a la que pertenecía, el hecho no tienen ninguna relación con el servicio, pues actuó como autoridad administrativa penitenciaria, pues como lo afirma el Fiscal apelante, es precisamente el grado ostentado por el suboficial y la designación como Suboficial de Servicio la que le permite ejercer el control sobre la seguridad del personal militar detenido.

El servicio de control de la seguridad de los militares detenidos dentro de las guarniciones militares, corresponde a una actividad propia de los servicios de régimen interno de acuerdo lo reglado en el literal H, del plan de seguridad y vigilancia del CACOM-5¹⁸⁹, unidad en la que se presentó el hecho aquí investigado, disposición que además de las funciones propias de control de régimen interno, control de las guardias, etc., asignadas al Suboficial de Servicio, determina que "Ejerce la custodia y control del régimen carcelario del personal de detenidos"¹⁹⁰ y fue durante el desarrollo de esa función que surgió el ataque por vías de hecho imputado al T2. AANE, es decir, en un acto relacionado con el servicio de suboficial de servicio.

Resultado de lo expresado en precedencia, se habrá de señalar que se halla demostrado en grado de certeza dentro del proceso, que el ataque por vías de hecho imputado al T2. AANE, surgió dentro de un acto relacionado con el ejercicio del cargo de Suboficial de Servicio del CACOM - 5 asignado para el día 26 de diciembre de 2012 al aquí sumariado, como lo refieren los apelantes y el Ministerio Público delegado ante esta Instancia en su concepto, por tanto, debe predicarse que el hecho ocurrió en actos relacionados con el servicio, por tanto, se halla acreditado el ingrediente normativo exigido en el tipo penal de ataque al

¹⁸⁹ Folios 66 – 69 co 1

¹⁹⁰ Folio 67 co 1

inferior descrito de manera inequívoca en el artículo 100 de la ley 1407 de 2010.

Corolario de lo expuesto precedentemente, la Sala debe señalar que se hallan acreditados en grado de certeza los cuatro elementos esenciales requeridos para estructurar el delito de ataque al inferior, por lo cual, la conducta imputada al T2. AANE debe reputarse típica, como lo señala el Ministerio Público, “se encuentra demostrado que el actuar desplegado por el hoy procesado Navarro se ajusta a la descripción típica del delito de ataque al inferior, pues por vías de hecho atacó al soldado MML”¹⁹¹, por tanto, se deberá examinar los siguientes elementos determinados para la conducta punible.

3.- Del bien jurídico de la Disciplina protegido por el delito de ataque al inferior.

Refiere el A quo que el reglamento de régimen disciplinario para las Fuerzas Militares será aplicable a oficiales, suboficiales y soldados, pero que esas obligaciones y deberes surgen entre pares que gocen del pleno ejercicio de sus derechos fundamentales “por ende exigir el cumplimiento de una orden bajo los parámetros de una ley disciplinaria y penal que protege la disciplina del estamento militar entre pares con igualdad de atribuciones desborda su naturaleza”¹⁹², pues MML no tiene las mismas condiciones jurídicas de un soldado en libertad para que cumpla la orden de un superior militar.

¹⁹¹ Folio 1407 co 8

¹⁹² Folio 1358 co 7

Frente a tales argumentos el Fiscal apelante señala que "Asegura el A quo que por encontrarse detenido el SLR. MML no estaba obligado a cumplir órdenes, como si los hechos investigados tuvieran relación con este tópico, siendo que el artículo 100 del código penal militar se enmarca en actos relacionados con el servicio y no con órdenes legítimas del servicio como lo hacen otros tipos penales"¹⁹³, argumentos que comparte el Ministerio Público delegado ante esta instancia comparte integralmente, quien además refiere que AANE pretendió imponer la disciplina, como ya se dijo, en una forma inadecuada y si bien la actividad castrense permite el uso fuerte de la voz y el acatamiento de las órdenes, ninguna norma faculta las vías de hecho para disuadir ciertas conductas.

Resultaría interesante el planteamiento que realiza el Juez de Primera Instancia, si no fuera porque en la construcción de los varios silogismos la conclusión a la que llega resulta ser un sofisma, en tanto que para llegar a la conclusión final, inicialmente restringe el bien jurídico de la disciplina, simplemente al hecho de mandar y obedecer, como premisa mayor, es decir reduce la disciplina como bien jurídico tutelado por la ley, estrictamente al hecho de dar órdenes por parte del superior y la obediencia del subalterno.

En esa medida, le asiste razón al Fiscal apelante, pues efectivamente del examen de la providencia impugnada se evidencia que el señor Juez de Conocimiento reduce el contenido y alcance del

¹⁹³ Folio 1388 co 8

bien jurídico de la disciplina, estrictamente al hecho de mandar y obedecer aplicando una hermenéutica restringida al contenido del artículo 17 de la ley 836 de 2003 -"Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares"- al que debe acudirse por remisión legislativa dado que se trata de un tipo penal en blanco, haciendo uso del método gramatical en cuanto toma el tenor literal de los verbos "mandar y obedecer"¹⁹⁴, alejándose en forma ostensible del método de interpretación sistemática que debe gobernar el examen normativo en el caso concreto, dado que en la citada ley en los siguientes apartados regla cuestiones inescindibles a la concepción ontológica del concepto de disciplina, aplicables a la noción amplia del bien jurídico aquí protegido.

Es así como las subsiguientes disposiciones a la norma citada por el Juez de Conocimiento, prevén que las regulaciones disciplinarias allí previstas se aplicarán al personal de oficiales, suboficiales y soldados, en servicio activo; que la disciplina "Implica la observancia de las normas y órdenes que consagra el deber profesional"¹⁹⁵, se mantiene "cumpliendo los propios deberes y ayudando a los demás a cumplir los suyos"¹⁹⁶, lo cual se logra a través del "ejemplo y el estímulo"¹⁹⁷, para exaltar el cumplimiento del deber dentro de los valores que exige la carrera militar, teniendo como pilar

¹⁹⁴ Artículo 17. La disciplina. La disciplina, condición esencial para la existencia de toda fuerza militar, consiste en mandar y obedecer dentro de las atribuciones del superior y las obligaciones y deberes del subalterno; contrarresta los efectos disolventes de la lucha, crea íntima cohesión y permite al superior exigir y obtener del subalterno que las órdenes sean ejecutadas con exactitud y sin vacilación. Implica la observancia de las normas y órdenes que consagra el deber profesional.

¹⁹⁵ Artículo 17 ley 836 de 2003

¹⁹⁶ Artículo 23 ibídem

¹⁹⁷ Artículo 23 opcit

fundamental "el Honor Militar"¹⁹⁸, el respeto mutuo entre superiores y subalternos "cualquiera que sea la repartición a la cual pertenezcan, el sitio donde se encuentran y el vestido que porten"¹⁹⁹ (resaltos fuera de texto) e impone a los superiores "la obligación de servir de ejemplo y guía a sus subalternos, estimular sus sentimientos de honor, dignidad, lealtad y abnegación; fomentar su iniciativa y responsabilidad y mantenerse permanentemente preocupados por su bienestar. Deben además, inspirar en el personal confianza y respeto"²⁰⁰.

Es evidente que del contenido ontológico que encierran esas disposiciones, no se puede reducir el bien jurídico de la disciplina a proteger la función esencial del mando, restringida al simple ámbito de emitir órdenes y correlativamente al deber funcional y jerárquico del subalterno de obedecer, en tanto que corresponde a una interpretación gramatical circunscrita de manera parcial a una sola de las conductas con las cuales el legislador quiso proteger ese bien jurídico, el delito de desobediencia propiamente dicho descrito de manera inequívoca en el artículo 96 de la ley 1407 de 2010, cuando en realidad el legislador consagró otras conductas con las cuales también se pretende proteger el bien jurídico de la disciplina, estamos hablando de los delitos de Insubordinación, insubordinación por exigencia, desobediencia de personal retirado, desobediencia de reservistas, el ataque al superior, el ataque al inferior y las amenazas, descritos de manera

¹⁹⁸ Artículo 24 de la misma norma

¹⁹⁹ Artículo 24 opcit

²⁰⁰ Idem

inequívoca en los artículos 93, 95, 97, 98, 99, 100 y 101 ibídem, que protegen los demás valores que conforman la disciplina.

Véase como solamente en los delitos de insubordinación previsto en el artículo 93 de la ley 1407 de 2010 y desobediencia consagrado en el artículo 96 ibídem, se refieren a las órdenes y la circunscribe directamente a órdenes legítimas del servicio, eventos en los cuales, necesariamente quien emite la orden y quien la recibe deben estar en ejercicio de funciones y/o prestando servicio militar obligatorio y cumpliendo una misión del servicio, conforme al ingrediente normativo contenido en los citados tipos penales, dada la naturaleza de tales comportamientos, bien de carácter operacional o administrativo, lo cual implica necesariamente que la libertad no se halle restringida por orden de autoridad judicial.

No ocurre lo mismo con el delito de "*Insubordinación por exigencia*" descrito en el artículo 95 de la ley 1407 de 2010, en el que solo se requiere estar en servicio activo y en ejercicio de funciones, pues los únicos ingredientes normativos que gravitan en ese tipo penal, el primero es de carácter subjetivo, esto es, que las exigencias se realicen "*mediante actitudes violentas*" y el segundo de carácter objetivo indeterminado, referido a las "*exigencias de cualquier naturaleza*", lo cual no implica que sea en actos relacionados con el servicio, ni tampoco referidos a órdenes del servicio.

De otro lado, en los delitos de desobediencia de personal retirado previsto en el artículo 97 de la ley 1407 de 2010 y desobediencia de reservistas descrito en el artículo 98 ibídem, ni siquiera se requiere que los oficiales o suboficiales, para el primer evento o los soldados, para el segundo, se encuentren en servicio activo, solo se demanda conforme a los ingredientes normativos allí reseñados, en el primer caso que se hallen "*en retiro temporal o de reserva*" y en el segundo caso que "*haya prestado el servicio militar obligatorio y esté en situación de reserva*", en ambos casos, que omitan presentarse en la fecha dispuesta en los decretos de movilización o llamamiento especial del servicio.

Finalmente, en relación con los delitos de ataque al superior e inferior y las amenazas previstos en los artículos 99, 100 y 101 del código penal militar precitado, no involucra el "*mandar y obedecer*", como lo exige de manera expresa los primeros dos delitos examinados, en tanto que solo consagra como ingrediente normativo que el sujeto activo cometa la conducta "*en actos relacionados con el servicio*" y como ingrediente normativo de carácter funcional, la condición de superior del autor e inferior del sujeto pasivo, sin que se exija como condición esencial que el sujeto pasivo realice también actos del servicio, es decir, solo se requiere que se halle en servicio activo, no que esté realizando actos del servicio.

Como se observa entonces, el legislador pretendió proteger el bien jurídico de la disciplina consagrando como conductas punibles, los delitos de Insubordinación, insubordinación por exigencia, desobediencia de personal retirado, desobediencia de reservistas, el ataque al superior, el ataque al inferior y las amenazas, pero solamente incluyó el ingrediente normativo referido a las órdenes legítimas del servicio, que conllevan al ejercicio de mandar y el deber de obedecer, en dos de ellos, la insubordinación prevista en el artículo 93 de la ley 1407 de 2010 y la desobediencia descrita en el artículo 96 de la misma norma, luego, supeditar el ataque al inferior a la facultad de mandar y el deber de obedecer que implican las órdenes, resulta una interpretación sesgada.

De otro lado, se hace necesario recordar que dentro del desarrollo del concepto de la disciplina, la ley 836 de 2003 exalta al cumplimiento del deber dentro de los valores que exige la carrera militar, teniendo como pilar fundamental "el Honor Militar"²⁰¹, el respeto mutuo entre superiores y subalternos "cualquiera que sea la repartición a la cual pertenezcan, el sitio donde se encuentran y el vestido que porten"²⁰², en esa medida, el legislador al momento de elevar a la categoría de delitos determinados comportamientos con los cuales pretende proteger la disciplina de la fuerza pública, incluye unos directamente

²⁰¹ Artículo 24 de la misma norma

²⁰² Artículo 24 opcit

relacionados con la atribución de mando y la obligación de obedecer, para preservar la esencia del mando, pero para amparar los derechos fundamentales de los subalternos de posibles abusos que se puedan presentar por parte de los superiores, sin importar la actividad que desarrolle el sujeto pasivo de la conducta, ni el vestido que porte, como tampoco si se trata de un subalterno de otra guarnición distinta en la que superior ejerce sus funciones, elevó a la condición de delito los ataques por vías de hecho a inferiores, realizados precisamente en actos relacionados con el servicio, momento en que por su naturaleza se ejerce en esencia se realizan funciones de control, siendo uno de esos momentos la prestación de los servicios de régimen interno, como el de suboficial de servicio que prestaba el aquí procesado el día de los hechos.

Los anteriores razonamientos nos permiten inferir de manera fundada que el concepto de disciplina como bien jurídico protegido por la ley penal militar, no se halla circunscrito a la estricta protección de la atribución de mandar y la obligación de obedecer, sino que protege una serie de principios, valores y derechos dentro de la estructura jerárquica e implica la observancia de los parámetros establecidos en la ley y los reglamentos, no solo en el ejercicio del mando, sino en el desarrollo de las actividades que conllevan a cumplir con las funciones y obligaciones establecidas en la constitución, la

ley y los reglamentos internos, dentro del marco del respeto por la dignidad humana y demás derechos fundamentales.

El contenido ontológico del bien jurídico de la disciplina así concebido, no es nuevo en la jurisdicción castrense, como tampoco de una interpretación única de esta Sala de Decisión, lo es de antaño y de una postura unificada de esta Corporación, para ello basta recordar lo expresado en pretérita oportunidad por las Salas de Decisión del Tribunal Superior Militar:

"Nuestra Constitución protege la vida, la integridad física y moral y proscribe la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. La singularidad en el ámbito castrense radica en la especial relevancia que el principio de jerarquía y el deber de obediencia tienen en las relaciones entre los miembros de las unidades militares. Si se otorga el poder al mando es preciso limitarlo, a fin de salvaguardar los derechos fundamentales de los militares, en relación a los cuales se ejerce la jerarquía, otra cosa sería admitir la arbitrariedad y hacer factible que en la convivencia militar pudiera existir cualquier forma de vía abierta a actividades contrarias a la dignidad de la persona.

Esa necesidad de garantía plena y obligada, en una convivencia social que es casi permanente y que está estructurada con base a la subordinación a las órdenes legítimas, es la que justifica la oportunidad y necesidad de descripciones típicas como las contenidas en el capítulo referente a los ataques y amenazas a superiores e inferiores del Código Penal Militar.

Estas tipicidades específicas de las conductas señaladas para el ámbito militar por la especial configuración de las relaciones castrenses y por la naturaleza Pluriofensiva de estos delitos (artículos 118 y 119 del Código Penal Militar), afecta el bien jurídico militar protegido de la disciplina, pero también, puede llegar a afectar la

dignidad humana de los soldados, que busca protección por medio de estas normas.

Sin embargo, el orden jurídico plantea otras salidas en caso de comprobados y verdaderos atentados contra la dignidad humana, las que serían aplicables en un determinado caso concreto. La doctrina internacional delimita como inhumanos los actos que consistan en infiijir dolor o tensión física o psíquica, sufrimiento, incomodidad, angustia apreciable, falta de sueño o de alimentación y como degradantes los actos que rebajen el plano de la estimación, de la reputación, de la dignidad o provoquen situaciones patentes de desprecio que envilezcan, deshonren o humillen con afectación de la dignidad humana.”²⁰³

En el mismo sentido con posterioridad expresó lo siguiente:

“Por su parte, “Disciplina”, Según el Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima Segunda edición, es “Doctrina, instrucción de una persona, especialmente en lo moral” 2. Arte, facultad o ciencia. 3. Especialmente en la milicia y en los estados eclesiásticos secular y regular, observancia de las leyes y ordenamientos de la profesión o instituto (...).” Entretanto, se puede leer en la Biblioteca jurídica Omeba, que “Razón le sobra a quien afirma que la disciplina es la base fundamental de los ejércitos; sin ella, podrá haber masas de hombres armados, pero no hay verdadero ejército. En aquellos pueblos que han desarrollado con más amplitud las instituciones militares, se ha observado con más cuidado la conservación de la disciplina.

Esta afirmación no significa que disciplina sea sinónimo imprescindible de残酷 y de terror, sino una lógica uniformación de los diversos ingredientes de una tropa, un sentido de responsabilidad que comienza en la más alta dirección y finaliza con las naturales declinaciones, en el soldado raso y una jurisdicción disciplinaria que haga respetar los principios y las reglas preestablecidas”. Y más adelante: “Ergo, el sentido más auténtico de disciplina militar, no está precisamente en los castigos crueles e inhumanos, en el horror de los superiores, en los códigos implacables, sino en una necesaria compenetración de la función conferida a

²⁰³ Tribunal Superior Militar – Primera Sala de Decisión.- Radicado 154508 – Sentencia del 26 de junio de 2008.- MP: CR. ISMAEL ENRIQUE LOPEZ CRIOLLO.

las armas, como custodias de la sociedad y aliadas de la democracia, como "un mal necesario" mientras la humanidad no logra aprender los beneficios de la paz y de la convivencia armónica"18.

Las anteriores anotaciones lo son con el fin de que sirvan a la Sala a determinar el alcance del bien jurídico de la Disciplina, a fin de concretar la conexión de ésta con las tareas encomendadas por el Constituyente a la Fuerza Pública principal vertidas en los Arts. 217 y 218 Constitucional, que le imponen a las Fuerzas Militares la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, y a la Policía Nacional, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. Así entonces la Fuerza Pública, dentro del contexto de su misión, debe desarrollar multiplicidad de tareas, no solamente aquellas más cercanas a esta específica misión, sino todas aquellas necesarias para que esa misión pueda ejecutarse, como las de carácter meramente administrativo, logístico, de seguridad propias etc."204

En otra oportunidad se precisó lo siguiente:

"El bien jurídico que se protege por el legislador para el caso del delito de Ataque al Superior es la disciplina, entendiéndose como ese conjunto de normas que regulan los deberes y las situaciones jurídicas atinentes al ámbito militar, o si se quiere, equivale al conjunto de deberes que impone al militar su permanencia en el servicio.

Empero además de lo anterior, la disciplina se circunscribe en los deberes relacionados con la subordinación, jerarquía y como cumplimiento de las obligaciones que dicha relación de subordinación impone a superiores e inferiores, por ende, la disciplina se constituye en ese medio insoslayable de alcanzar la máxima eficacia en los logros de los fines asignados a las fuerzas militares."205

En suma, el ámbito de protección que enmarca el bien jurídico de la disciplina tutelado por la ley penal militar, no se encuentra reducido a la

²⁰⁴ Tribunal Superior Militar – Primera Sala de Decisión.- Radicado 156959 – Sentencia del 17 de mayo de 2011.- MP: CR(r). JORGE IVAN OVIEDO PEREZ.

²⁰⁵ Tribunal Superior Militar – Tercera Sala de Decisión.- Radicado 154396 – Sentencia del 14 de septiembre de 2009.- MP: CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA.

estricta defensa de la atribución de mandar y la obligación de obedecer, sino que encierra el amparo de otros valores, derechos, libertades y garantías de los miembros de la fuerza que intervienen dentro de la estructura jerarquizada de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, en actividades operativas, administrativas, logísticas, de entrenamiento, seguridad, de protocolo, relaciones internas y externas, etc., y en general todas aquellas que permitan el normal desarrollo de la misión encomendada a la Fuerza Pública, conforme a los principios, deberes y obligaciones previstos en la Constitución, la ley y los reglamentos internos.

En ese orden es evidente que el bien jurídico de la disciplina no se puede reducir solamente a las actividades operativas y al ejercicio del mando, sino a todas las actividades que conllevan el cumplimiento de la función constitucional encargada a la Fuerza Pública y el ejercicio de las relaciones entre superiores y subordinados dentro de las actividades cotidianas que implican el cumplimiento de las obligaciones y deberes de cada miembro de la institución armada, dentro del respeto por la jerarquía, los derechos fundamentales y la dignidad humana.

En este punto se debe recordar que como lo prevé la ley 836 de 2003, la disciplina se mantiene cumpliendo los propios deberes y ayudando a los demás a cumplir los suyos con el ejemplo y el

estímulo, responsabilidad que recae en todos los miembros de las Fuerzas Militares, en forma proporcional a los deberes y obligaciones del grado y el cargo que desempeñan, siendo los medios más eficaces para encauzarla los correctivos y sancionatorios; los primeros se utilizan para conservarla, mantenerla y vigorizarla; los segundos para restablecerla cuando ha sido quebrantada, sin que dentro de esos medios se haya previsto el uso de la fuerza y/o las agresiones.

Bajo ese entendido y atendiendo las circunstancias de modo en que se presentaron los hechos imputados al aquí enjuiciado, resulta evidente que la reacción del T2. AANE ante el desafuero del SLR. MML al reclamar de hecho la hora de sol y no atender la orden de ingresar al recinto carcelario y de facto dirigirse a la cafetería, resultó desproporcionada, inadecuada e impropia para encausar la disciplina, habiéndose extralimitado en el ejercicio de la función de control del servicio, utilizando mecanismos no apropiados, no previstos en la ley, por ende, abusó del poder conferido en la ley para ejercer el control de la disciplina de la tropa, al buscar el cumplimiento de su objetivo con manifestaciones de fuerza y agresiones físicas, característico de las vías de hecho, conducta agresiva originada en un acto propio del servicio, conducta con la que vulneró el bien jurídico del servicio.

Para que una conducta se considere antijurídica, es necesario que lesione o ponga en peligro el bien jurídicamente protegido por el legislador, según lo determina el artículo 17 de la ley 1407 de 2010, sin que en su ejecución se advierta alguna justificación jurídicamente atendible, marca el contraste entre el hecho y el bien jurídicamente tutelado por el ordenamiento jurídico penal.

En ese orden, la antijuricidad debe ser entendida como aquel juicio negativo de valor, objetivo y subjetivo realizado al comportamiento humano concretado, con el cual se determina si la conducta típica pugna o no con el ordenamiento jurídico, en su conjunto - aspecto meramente formal -, si la conducta en concreto representó una amenaza o riesgo real o causó un daño efectivo al bien jurídico tutelado - aspecto material -, pues el derecho penal, por imperativo del principio de intervención mínima (principio de lesividad), no sanciona toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino sólo aquellas que son consecuencia de acciones especialmente intolerables, sin que para ello baste con la verificación de la carencia o presencia de una causal de ausencia de responsabilidad.

El ataque al inferior es un tipo penal de peligro, en cuanto a la relación con el bien jurídico tutelado, se trata de una conducta cuya ejecución apenas amenaza o pone en peligro el bien jurídico

que se ha querido proteger, dado que no se puede mirar la disciplina como bien jurídico de manera aislada, sino que debe valorarse dentro del contexto de los intereses colectivos que se protegen dentro de la Institución Militar, los cuales son de tal importancia que el legislador no espera que sean destruidos para sancionar al infractor, sino que los protege incluso de conductas que tengan poder para afectarlos o de colocarlo en peligro, por lo que solo basta que el comportamiento del actor sea idóneo para amenazar el bien jurídico, sin que se requiera que efectivamente lo haya lesionado.

Contrastadas entonces, las conclusiones probatorias a las que se llegó en el capítulo en que se examinaron los medios de prueba allegados al proceso, sin duda alguna, conforme a las circunstancias de modo en que se presentó el hecho, es evidente que la conducta adoptada por el señor T2. AANE, al haber desenfundado el arma para intimidar al SLR. MML, haberlo agredido físicamente con un cabezazo y haber utilizado la fuerza para obligar al soldado a ingresar al recinto carcelario, no solo se constituyó en un ataque por vías de hecho, que hace que la conducta sea típica, sino que pugna con el ordenamiento jurídico en su conjunto, es decir concurre la antijuricidad formal, amén de ello, está demostrado en grado de certeza que el bien jurídico protegido resultó amenazado de manera efectiva, se presentó un riesgo real, -

antijuricidad material -, pues no solamente, utilizó su arma de dotación como medio de intimidación, agredió físicamente a la víctima y uso la fuerza como medio para hacer cumplir una decisión adoptada de manera arbitraria, sino que además, con su acción dio un mal ejemplo a sus subalternos que observaron tan bochornoso incidente y ocasionó una protesta por parte de los demás internos, como lo relata el MY. DJT²⁰⁶, sin que se requiera que de manera efectiva se haya causado daño físico o corporal, por tratarse de un delito de peligro, amén de ello, se halla demostrada la carencia o inexistencia de una causal de ausencia de responsabilidad.

4.- Del dolo en el caso bajo estudio.

Como se ha dicho a lo largo de esta providencia y como lo alega el Fiscal apelante, los argumentos en los que el A quo funda su decisión, resultan contradictorios, en este aspecto no es la excepción, que a pesar que como se dejó sentado arriba, afirma que los hechos no están demostrados en grado de certeza, asegura que "no encuentra objeción de manera objetiva al acto imputado"²⁰⁷, pero que, "sin embargo, habrá que decir en cuanto al tema subjetivo que este evento es tan difícil de análisis, habida cuenta no podemos inferir de suposiciones de los testigos de si el procesado quería la lesión, si en verdad

²⁰⁶ Folio 158 – 160 co 1
²⁰⁷ Folios 1350 – 1351 co 7

generó una acción tendiente a golpear al interno"²⁰⁸ y estima que se trató de un accidente.

Afirma el A-quo que por esa razón no "ahondará sobre ese particular"²⁰⁹, a pesar en el siguiente párrafo indica "que únicamente MML insinúa el carácter doloso del actuar del procesado por una (sic) discernimiento o apreciación subjetiva"²¹⁰, pues de los demás testimonios y el procesado "no evidencia una intencionalidad de querer causar daño, ni al interno u otro miembro del recinto"²¹¹, e igualmente que en relación con ST. ERCM corresponde a "una suposición que hace el testigo pero no se evidencia ese carácter doloso que exige la norma; en suma, no se evidencia material probatorio que demuestre esa intencionalidad a nivel volitivo y cognoscitivo por parte del procesado para querer realizar una conducta punible como la imputada, lo que se evidencia por el contrario es un accidente que causó el procesado generando una lesión en el labio inferior"²¹² del soldado, como lo reconocen en el acta de conciliación.

Frente a esos argumentos, el Fiscal apelante aduce que a Pesar que en la sentencia se acepta que AANE propina un golpe con la cabeza en la boca del soldado MML, "olímpicamente señala que fue producto de un "accidente", creando una hipótesis que no fue referida por los testigos"²¹³, por ello estima que llegó a una "conclusión totalmente errada bajo los postulados de la lógica y la experiencia, pues para que el golpe se

²⁰⁸ Folio 1351 co 7

²⁰⁹ Folio 1351 co 7

²¹⁰ Folio 1351 co 7

²¹¹ Folio 1351 co 7

²¹² Folio 1351 co 7

²¹³ Folio 1384 co 8

produjera de esta forma requería que el suboficial estuviera sobre la espalda del soldado"²¹⁴, que si conforme se afirma en la providencia, lo haló, "lo que pretendía el suboficial era golpearlo con la cabeza"²¹⁵, teniendo en cuenta que la diferencia de estatura es de escasos centímetros, y precisa que bajo la teoría del A-quo, "se podría llegar al absurdo de señalar, que la boca de MML buscó la cabeza del suboficial, al punto que poco le restaría la juzgador para concluir, bajo ese análisis fáctico, que MML agredió con su boca al T2. AANE"²¹⁶.

Afirma igualmente que el material probatorio, en especial los testimonios de MML y ERCM, quienes señalan que el suboficial de manera voluntaria golpeó con su cabeza al bajo banderas, hecho que se refiere igualmente de lo narrado por FAPP, "lo que permite concluir que AANE molesto por la actitud del soldado decide golpearlo con su cabeza lesionando el labio del subalterno"²¹⁷, luego el Juez olvida que son los hechos los que determinan la voluntad, "de tal forma, que si una persona camina ofuscada hacia donde se encuentra otra, le esgrime un arma y finalmente la golpea con su cabeza, el hecho no puede ser imputado al agresor porque no manifiesta que lo hizo de manera consciente y voluntaria, nada más alejado de la realidad, la lógica y la experiencia señalan que quien se encuentra ofuscado con otra persona al golpearlo lo hace intencionalmente, así las cosas mediante un silogismo elemental podemos señalar que, AANE se encontraba ofuscado por la displicencia de MML en cumplir sus órdenes, AANE golpeó a MML, entonces la

²¹⁴ Folio 1384 co 8

²¹⁵ Folio 1385 co 8

²¹⁶ Folio 1385 co 8

²¹⁷ Folio 1385 co 8

conclusión será que AANE lo hizo voluntaria y conscientemente"²¹⁸.

Así las cosas, debe recordarse que conforme a lo dispuesto en el artículo 24 de la ley 1407 de 2010, modificado por el artículo 98 de la ley 1765 de 2015, "*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*", vale decir, se trata de una acción voluntaria dirigida conscientemente a la realización de la conducta típica y antijurídica, en las que participan las esferas intelectiva y volitiva de la personalidad, con precedencia lógica de la primera de ellas, pues solo somos capaces de desear lo conocido, aspecto subjetivo que se encuentra suficientemente probado dentro del plenario.

Como quiera que el elemento esencial del delito de ataque al inferior, lo constituye la agresión por vías de hecho de manera deliberada, es decir, con conocimiento y voluntad, debiendo señalar que dentro del proceso se halla probado tal comportamiento en grado de certeza, basta solo examinar los medios de prueba vertidos al proceso para inferir el conocimiento de la ilicitud de la conducta y la voluntad del suboficial en la realización de los hechos imputados, esto es, de amedrantar al soldado con el arma de dotación oficial, agredirlo físicamente y utilizar la

²¹⁸ Folio 1386 co 8

fuerza de manera innecesaria e injustificada, pues éste no opuso resistencia física como lo advierte el Fiscal apelante, para conducir e ingresar al bajo banderas al recinto carcelario.

En relación con el aspecto cognitivo, debe señalarse que como se dejó suficientemente evidenciado en precedencia y lo reseña el A-quo en la providencia impugnada, el T2. AANE es suboficial de la Fuerza Aérea Colombiana, condición suficientemente documentada dentro del proceso, vale decir, se trata un funcionario capacitado en el mando, conducción y manejo de personal subalterno, aspecto que el mismo procesado acredita en la diligencia de indagatoria, "soy Técnico Segundo de la Fuerza Aérea llevo 12 años de servicio, especialidad Seguridad y Defensa de Bases"²¹⁹, esto es, había recibido instrucción en la Escuela de formación de Suboficiales para optar el grado referido y la condición de suboficial, capacitación que incluye instrucción en materia de delitos típicamente militares, como el que nos ocupa en el caso bajo estudio, aspecto éste que si bien no se halla acreditado documentalmente con el pensum académico, si es un hecho notorio y conocido dentro de la comunidad militar, por lo no se necesita probarse.

En esa medida, se trata de un funcionario con la suficiente preparación académica, además de la experiencia necesaria, recuérdese que cuenta con doce años de servicio como lo afirma el mismo

²¹⁹ Folio 162 co 1

procesado, lo cual le permitía tener el conocimiento suficiente y necesario sobre los medios autorizados por la ley para encausar la disciplina, por tanto, que la intimidación con las armas, la agresión y la utilización de la fuerza no estaban autorizados por la ley para ese fin, contexto que le permitía comprender la ilicitud de su conducta.

Igualmente, en relación con el segundo elemento del dolo, esto es, la voluntad para la realización de la conducta, a pesar que el procesado niega la comisión de los hechos imputados, los medios de prueba allegados al proceso muestran que de manera voluntaria el procesado realiza los supuestos de hecho imputados, impulsado por la rabia, la ira, la furia, cólera o indignación que le produce el hecho de verse burlado por el soldado, cuando el bajo banderas le reclama la hora de sol y desatiende la orden de ingresar al calabozo para dirigirse a la cafetería y por segunda vez, cuando nuevamente desatiende la misma orden, da media vuelta para dirigirse a donde está su compañero FAPP para tomar el descanso que reclamaba, circunstancias referidas por el Fiscal apelante, situación que solo constituye el móvil de la conducta, diferente al dolo, si influyó en la voluntad del suboficial para ejecutar los hechos imputados.

Lo que se infiere de los medios de prueba, es que el procesado movido por esa indignación, no

podríamos decir que a manera de prevención pues el soldado MML estaba desarmado, no se encontraba ofuscado, simplemente de manera verbal y de hecho, contra la voluntad del suboficial, decidió que debía tomarse la hora de sol establecida en el reglamento interno, por tanto de manera voluntaria el procesado decide desenfundar el arma sin ninguna necesidad, lógicamente con la intención de intimidar al soldado, pues es natural que cualquier persona ante la presencia de un arma de fuego sienta miedo, más aún, cuando se tiene conocimiento de lo letal que resulta un disparo, miedo que sintió el soldado como lo evidencia en su testimonio "*él se acercó a mí de una forma muy agresiva y desenfundó el arma yo quedé paniquiado (sic), quedé quieto, quedé en shock y ver la forma en que se acercaba no pensé que fuera a reaccionar así*"²²⁰.

Insiste el soldado MML, tanto en la primera oportunidad en que rinde el testimonio, como en su posterior ampliación que se quedó quieto ante la reacción del suboficial, en ello convergen tanto el ST. ERCM, como el soldado SAJA y el soldado EIRY, quienes se sorprende ante los acontecimientos, al punto que el primero le dice al ST. ERCM que eso no se puede quedar así y el segundo, refiere que era la primera vez que veía un hecho como y que el procedimiento para los casos de desacato de los detenidos, era otro.

²²⁰ Folio 92 co 1

Luego si no existía ninguna amenaza física, real o inminente en contra del procesado, dado que el soldado MML se quedó quieto, el T2. AANE no tenía ninguna razón o motivo para haber reaccionado de esa manera, mucho menos para agredirlo con un cabezazo, agresión que realiza de manera intencional como se deriva del testimonio del ofendido, el cual encuentra respaldo en lo expresado por el ST. ERCM, "cuando el soldado se va y lo deja hablando solo, él se va detrás de él es cuando desenfunda el arma entonces lo coge de la camisa a la altura del pecho y lo hala por el movimiento se ve el movimiento de la cabeza y ahí es cuando el soldado se coge la boca y después AANE lo coge de la parte de atrás y lo coge a la pieza de los detenidos"²²¹, reitera que "AANE cogió lo cogió de frente lo haló hacia él y fue con la visera de la gorra"²²².

Es evidente que su intención en uno y otro hecho, esto es en la agresión con la cabeza y en la conducción por la fuerza, era realizar esa conducta, no puede pensarse que una persona coge a otra por la camisa y la hala hacia sí, solo para saludarla, por el contrario se sabe que si se arrastra hacia sí, necesariamente es para agredirlo, e igualmente, si se lanza la cabeza con fuerza hacia esa persona que se sujetaba, indefectiblemente debe colegirse que su intención es agredirla, como lo aducen los apelantes y el Ministerio Público ante esta instancia, por tanto, no puede considerarse un accidente como pretende hacer lo ver el A-quo.

²²¹ Folio 315-319 co 2

²²² Folio 126 co 1

Corolario de lo hasta aquí expuesto, aunque el A-quo manifiesta que no existió dolo en el actuar del procesado y el T2. AANE niegue la comisión de los hechos imputados por la Fiscalía, frente a la valoración de los medios de prueba conforme a las reglas de la sana crítica, no se puede colegir lo mismo, por el contrario lo que muestran los medios de convicción es que el Suboficial se sintió burlado por el ofendido, herido en su honor militar y de manera arrogante, deliberada, imponente y caprichosa, inicialmente blandea el arma de fuego para intimidar el soldado, luego lo agrede y procede a tomarlo por las prendas del uniforme y por la fuerza lo conduce al recinto.

Así las cosas, la única inferencia lógica a la que se puede llegar es que el procesado actuó con dolo, tenía el conocimiento que ese comportamiento era contrario a la ley, actuó con conciencia y voluntad, por tanto, no pueden ser de recibo los planteamientos que realiza el A-quo y por el contrario, esta Sala debe compartir los argumentos del Fiscal apelante prohijados por el ilustre representante del Ministerio Público ante esta instancia.

En ese orden, como lo expresa el Ministerio Público ante esta instancia, "es reprochable el comportamiento desplegado por el uniformado Navarro, primero porque pretendió imponer disciplina, como ya se dijo de una forma que no era la adecuada, maltratando al soldado físicamente, y en segundo porque por su experiencia

y el cumplimiento diario de sus funciones propias tenía pleno conocimiento que su conducta generaba un delito a la luz del derecho penal, por lo que no cabe duda de que el uniformado tuvo la voluntad y la intención de agredir al soldado"²²³.

Consecuente con lo expresado a lo largo de esta providencia, la Sala considera que procesado merece un juicio de reproche como autor del reato de ataque al inferior, dado que pudo actuar de manera diferente pues tenía el conocimiento que su actuar era ilícito, por fuera de la legalidad, contrario a derecho, sin embargo de manera voluntaria decidió actuar de esa manera, consecuentemente debe ser declarado responsable de la comisión de la citada conducta punible, por tanto, se accederá a las pretensiones de los apelantes y la solicitud del Ministerio Público ante esta Instancia, en consecuencia, se revocará de manera integral la sentencia absolutoria proferida el 19 de noviembre de 2014, por el Juez Militar Ante Comando Aéreo 122 a favor del T2. AANE y en su lugar, se dictará sentencia condenatoria en su contra, como autor responsable de la comisión del citado delito.

DOSIFICACIÓN PUNITIVA

Consecuente con la decisión de condena arriba referida, corresponde a la Sala de Decisión determinar la pena que como autor responsable de la comisión de delito de ataque al inferior en la

²²³ Folio 1411 co 8

persona del soldado MML, debe imponerse T2. AANE, siguiendo los parámetros establecidos en los artículos 60 y 61 del Código Penal Militar (ley 1407 de 2010), en concordancia con la pena fijada para este delito en el artículo 100 de la misma codificación, congruente con la imputación jurídica por ataque por vías de hecho realizada en la resolución de acusación²²⁴ y probada dentro del proceso en grado de certeza.

Atendiendo lo dispuesto en el código penal militar (ley 1407 de 2010), al que incurra en el delito de ataque por vías de hecho a un inferior en grado o antigüedad, *"incurrirá, por esa conducta, en prisión de uno (1) a tres (3) años"*, en esa medida, como quiera que en la resolución de acusación no se imputó ninguna de las circunstancias especiales de agravación ni de atenuación que modifiquen el marco de punibilidad del tipo penal, conforme a las previsiones de los artículos 58 y 56 de la ley 1407 de 2010, como tampoco ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 60 ibídem que modifiquen los límites punitivos, se procederá conforme a lo previsto en el artículo 61 Opcit.

Así las cosas, como quiera que la pena mínima fijada en la ley para el delito de ataque al inferior es un (1) año y la máxima de tres (3) años, el ámbito punitivo de movilidad será a partir de los doce (12) meses hasta los treinta y seis (36) meses, correspondiendo el primer cuarto

²²⁴ Folio 586-644, 728-778 co 4

de doce (12) a dieciocho (18) meses, el segundo de dieciocho (18) meses a veinticuatro (24) meses, el tercero de veinticuatro (24) meses a treinta (30) meses y el cuarto y último de treinta (30s) meses a treinta y seis (36) meses.

Habiendo fijado los cuartos, conforme a las previsiones del inciso segundo del artículo 61 de la ley 1407 de 2010, dado que no le fueron imputados agravantes ni atenuantes y como quiera que a pesar de haberse imputado varios supuestos fácticos, en la resolución de acusación no se le imputó jurídicamente la conducta concursal, los límites de la pena a fijar corresponden al primer cuarto, esto es, de doce (12) a dieciocho (18) meses de prisión.

Conforme a los parámetros fijados en el inciso tercero de la norma en cita, la Sala estima que la conducta imputada al T2. AANE es grave, no solo porque, como se encuentra demostrado en el proceso, son varias las agresiones, sino por el estado de indefensión y la relación especial de sujeción de la que gozaba el ofendido, en consecuencia, la pena a imponer será de catorce (14) meses de prisión, sin beneficio del subrogado de "*suspensión condicional de la ejecución de la pena*", conforme a lo dispuesto en el numeral tercero del artículo 63 de la nova ley penal militar, dado que se trata de un delito contra la disciplina.

Finalmente, atendiendo las previsiones del artículo 51 de la ley 1407 de 2010, a pesar que la pena impuesta es de prisión, no se impondrá las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, dado que el quantum de la pena impuesta es inferior a dos (2) años de prisión; tampoco se impondrá la pena accesoria de separación absoluta de la Fuerza pública.

Una vez en firme y ejecutoriada formal y materialmente la presente decisión, el Juez de Primera Instancia que funge como Juez de Ejecución de Penas, o quien haga sus veces, deberá fijar el sitio de reclusión, emitir la orden de captura para hacer efectiva la sentencia y la correspondiente boleta de encarcelación.

Sin más consideraciones jurídicas, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: DESPACHAR FAVORABLEMENTE la pretensión incoada por los apelantes DRA. YANETH OSANA GONZALEZ CHACON en su condición de Agente del Ministerio Público ante la primera instancia y señor MY. WILSON FIGUEROA GOMEZ Fiscal Penal Militar ante Juez Militar de Comando Aéreo 122, en consecuencia, **REVOCAR** la sentencia absolutoria proferida el 19 de noviembre de 2014, a favor del

T2. AANE y en su lugar, **DECLARARLO** como autor responsable de la comisión del punible de ATAQUE AL INFERIOR, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior decisión, **CONDENAR** al T2. AANE de condiciones personales y policiales conocidas en autos, a la pena principal de catorce (14) meses de prisión como autor responsable del delito de ataque al inferior, sin beneficio del subrogado de "*suspensión condicional de la ejecución de la pena*", conforme a lo dispuesto en el numeral tercero del artículo 63 de la nova ley penal militar, dado que se trata de un delito contra la disciplina, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NO IMPONER al condenado T2. AANE las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, como la pena accesoria de separación absoluta de la Fuerza pública, atendiendo las previsiones del artículo 51 de la ley 1407 de 2010, dado que el quantum de la pena impuesta es inferior a dos (2) años de prisión, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DISPONER que una vez en firme y ejecutoriada formal y materialmente la presente decisión, el Juez de Primaria Instancia que funge como Juez de Ejecución de Penas, o quien haga sus veces, fije el sitio de reclusión, emita la orden

de captura para hacer efectiva la sentencia y la correspondiente boleta de encarcelación, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: DEVUELVASE el expediente al Juzgado de Origen, para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Mayor (r). JOSE LIBORIO MORALES CHINOME
Magistrado Ponente

Brigadier General MARIA PAULINA LEGUIZAMON ZARATE
Magistrada

Coronel (RA) FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS
Magistrado

Abogada **MARTHA LOZANO BERNAL**
Secretaria