

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

Sala: Primera de Decisión
Magistrado ponente: CR. ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO
Radicación: 157565-XII-218 **(15)** EJÉRCITO
Procedencia: Juzgado Segundo de División
Procesado: SLR. CORRALES HOYOS LUIS ENRIQUE
Delitos: Abandono del Puesto
Motivo de alzada: Apelación sentencia absolutoria
Decisión: Decreta nulidad

Bogotá, D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil trece (2013).-

V I S T O S:

Procede la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar, a desatar los recursos de apelación interpuestos por la Fiscal 10 Penal Militar y la Procuradora 219 Judicial I Penal contra la sentencia del 22 de noviembre de 2012¹, mediante la cual el Juzgado Segundo de División absolvió al Soldado Regular CORRALES HOYOS LUIS ENRIQUE, del delito de abandono del puesto, por el cual fue llevado a juicio.

¹ Folio 153 a 164 del C.O 1

HECHOS:

El presente proceso gira alrededor de los hechos que fueron precisados en la sentencia apelada, así²:

"El día 12 de abril de 2012 siendo las 04.11 horas, el SLR. LUIS ENRIQUE CORRALES HOYOS identificado con la C.C., No.1.003.042.616 de Barrancabermeja (Santander), estando prestando su servicio de centinela en la guardia del Batallón Nueva Granada abandono su puesto sin causa justificada; sale de la unidad y es conducido por una patrulla de la Policía al ser encontrado con uniforme de camuflado departiendo con un grupo de homosexuales"

ACTUACION PROCESAL:

1.- Una vez enterada la Justicia Penal Militar de estos hechos, el Juzgado 38 de Instrucción Penal Militar procedió a la apertura de una formal investigación penal³, en contra del SLR. CORRALES HOYOS LUIS ENRIQUE, por el delito de abandono del puesto; el citado soldado fue vinculado mediante indagatoria del 09 de mayo de 2012⁴ y con auto del 11 del mismo mes y año⁵, el Juzgado instructor le resolvió la situación jurídica, imponiendo en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva, la que se hizo efectiva el mismo 11 de mayo de 2012⁶. Posteriormente y con auto del 09 de

² Folio 153 ídem

³ Auto del 08 de mayo de 2012, visible al folio 27 ídem

⁴ Folios 37 a 40 ídem

⁵ Folios 47 a 56

⁶ Folio 57 ídem

julio de 2012⁷, el Juzgado instructor concedió la libertad provisional; consecutivamente se dispuso el envío del proceso a la Fiscalía 10 Penal Militar ante Juzgado de División⁸.

2.- Avocada la investigación por la Fiscalía 10 Penal Militar, se decretó el cierre de la etapa de investigación⁹. Luego, el 11 de octubre de 2012¹⁰, acusó al procesado por el delito de abandono del puesto.

3.- En firme la anterior decisión, el proceso fue enviado al Juzgado Segundo de División¹¹, despacho que mediante auto del 01 de noviembre de 2012¹², señaló fecha, hora y lugar para la audiencia de corte marcial.

Llegados el día y la hora previamente señalados, se declaró ausente al procesado, continuándose con la ritualidad de la audiencia pública de Corte Marcial, fijándose en acta su desarrollo¹³.

Finalmente, el 22 de noviembre de 2012 se profirió la sentencia que hoy concita la atención de la Sala, por haber sido apelada por la Fiscalía 10

⁷ Auto mediante el cual concede libertad provisional victo a folio 98 a 99 ídem

⁸ Oficio remisorio No. 1116 visto a folio 111 ídem

⁹ Auto del 24 de septiembre de 2012, visible a folio 113

¹⁰ Folio 128 a 135 ídem

¹¹ Folio 141 ídem

¹² Folio 142 ídem

¹³ Folio 150 a 152 ídem

Penal Militar y el Ministerio Público representado por la Procuradora 219 Judicial I Penal.

PROVIDENCIA OBJETO DE APELACIÓN:

Para absolver al SLR. CORRALES HOYOS LUIS ENRIQUE, el juzgado de primera instancia expuso que el delito endilgado se encuentra tipificado en el artículo 105 del C.P.M., y que del análisis probatorio se colige no se reúnen los requisitos que demanda el artículo 401 y 396 de la Ley 522 para proferir una sentencia condenatoria.

Señaló que no se puede inferir la existencia de tipicidad por el reato de Abandono del Puesto, pues desde que el acusado se apartó de su puesto se vio inmerso en el delito del Centinela, hecho demostrado no solo en la orden del día sino con los testimonios del personal militar, debiéndose entonces proferir acusación por el injusto de CENTINELA, haciendo el A quo un parangón sobre los elementos estructurantes de cada uno de estos delitos, para concluir que la conducta cometida por el soldado investigado fue la del Centinela, pues CORRALES HOYOS fue nombrado por la orden del día, por un tiempo determinado y rotativo el cual depende de la guardia principal de la Unidad, como se establece en el Reglamento de Servicio de Guarnición, lo que implica una disponibilidad permanente y continua, a través de turnos periódicos.

Infirió que la conducta del investigado se enmarca dentro de los parámetros del delito del centinela, pues el servicio que debía cumplir el SLR. CORRALES HOYOS LUIS ENRIQUE fue publicado en la orden del día, le fue notificado en debida forma y es por ello que éste recibe el puesto No. 12, y faltándole pocos minutos para ser relevado, se separó de su puesto para comprar unos cigarrillos, saliendo de la unidad táctica y dejando abandonado el material de guerra con que se le dotó para la prestación del servicio, circunstancia que acepta el procesado en su injurada, descuidando la vigilancia y seguridad de la unidad que le fue encomendada.

Para cimentar su decisión, el A quo señaló que la atipicidad de la conducta por el delito de abandono del puesto que le fuera endilgado al soldado procesado es suficiente para decretar una sentencia absolutoria ante la ausencia de uno de los requisitos sustanciales consagrados en el artículo 396 del C.P.M., debiéndose ineludiblemente absolver al encartado pues no existe la certeza de la responsabilidad penal del acusado en los hechos investigados. Esgrimió finalmente que no compulsaba copias para que se investigara al SLR. CORRALES HOYOS por el delito del Centinela, porque al absolverlo por el injusto de Abandono del Puesto, se le hace tanto por la imputación jurídica, como por la fáctica, es decir que más allá del delito, se juzga el hecho y frente a una decisión como es la sentencia ya no es dado replantear un nuevo juicio a partir de la misma realidad fáctica so

pretexto de haber errado en la calificación jurídica, y que hacerlo sería desconocer las garantías del acusado como aquella que prohíbe ser juzgado dos veces por el mismo hecho; y aclaró que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el error en la calificación jurídica capaz de generar nulidad es aquella que desconoce el nomen iuris y que cuando la discusión se centra en la selección de la especie delictiva, solo procede cuando se rompe el núcleo fáctico de la imputación, situación que no se aplica al presente caso.

ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

RECURSO DE LA FISCALÍA 10 PENAL MILITAR

La señora Fiscal Penal Militar en su disenso¹⁴ solicitó que la sentencia impugnada sea revocada en todas sus partes para que en su lugar se profiera una decisión condenatoria, pues está demostrada tanto la ocurrencia del hecho, como la responsabilidad penal del procesado, solicitando además que se reconozca a favor del procesado una rebaja de pena de una sexta parte por aceptación de cargos en la comisión del delito de Abandono del Puesto.

Resaltó en su escrito, que al momento de proferir una decisión acusatoria lo hizo con fundamento en las pruebas legalmente aportadas al plexo, y tuvo

¹⁴ Folio 172 a 180 ídem

en cuenta que el acusado aceptó cargos en su diligencia de injurada por el delito de abandono del puesto, aunado a ello en la diligencia de vista pública, la presidencia no presentó objeción alguna respecto de la calificación; infirió que al momento en que el A quo realiza un control de legalidad no hizo pronunciamiento alguno sobre la variación en la calificación y que por el contrario se sorprendió con la decisión absolutoria, pues en la etapa de juzgamiento no se consultaron los postulados legales y constitucionales privándose con ello a los sujetos procesales de las garantías fundamentales del debido proceso, contradicción y defensa, quienes no tuvieron oportunidad de pronunciarse respecto de la variación en la calificación, y frente a ello no se puede dejar impune el bien jurídico tutelado de "El Servicio" debido a un irregular control de legalidad, ya que lo correcto era haber condenado por el injusto penal de Abandono del Puesto o en su defecto decretar nulidad de lo actuado a partir de la Resolución de convocatoria a corte marcial o formulación de cargos.

También señaló que según "Cabanelas", facción es un acto o servicio del ejército, como guardia, ronda, patrullaje, etc., y que la equivocación de señalar que el SLR. CORRALES HOYOS estaba era de centinela recae en el Juzgado de Conocimiento, pues claro está que el soldado abandonó su servicio para salir a departir con unos homosexuales y ello no degrada la formulación del cargo de abandono del

puesto, cargo que fue aceptado tanto por el procesado en injurada y por los sujetos procesales en audiencia, arguyendo que los errores u omisiones de los funcionarios no pueden afectar a los sujetos procesales como así lo señaló la Corte Suprema de Justicia¹⁵, e insistió que el comportamiento del acriminado se adecua al reato de Abandono del Puesto, y que al ser nombrado a través de orden del día ello no equipara a un servicio de centinela por no hacer parte de la guardia principal de la Unidad.

RECURSO DE LA PROCURADORA 219 JUDICIAL I PENAL:

La Representante de la Sociedad ante la Primera Instancia¹⁶ deprecó la declaratoria de una nulidad de lo actuado desde la calificación, argumentando su inconformismo con la decisión impugnada, al considerar que la falladora absolvió al acusado bajo el criterio del error en la calificación debiendo acusarse al SLR. CORRALES HOYOS LUIS por el delito del Centinela y no por Abandono del Puesto.

Discrepó así de lo resuelto por el A quo, señalando que ha debido decretarse la nulidad de lo actuado a partir de la calificación, teniendo en cuenta que los dos reatos se encuentran consagrados dentro de los delitos contra el servicio y que era deber de la Juez una vez culminada la corte marcial,

¹⁵ Folio 177 C.01, cita la Sentencia del 21 de mayo de 2009 Proceso No. 26050 MP. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

¹⁶ Folio 181 a 185 ídem

decretar la nulidad reclamada con el fin de rehacer el proceso y garantizar el derecho de defensa y debido proceso de los intervinientes.

Esgrimió que una sentencia absolutoria libera al sindicado de su responsabilidad en la ocurrencia de los hechos, situación contraria a lo realmente ocurrido por cuanto de la prueba documental y testimonial se infiere de manera diáfana que el procesado si cometió el delito aun cuando en el mismo fallo se reconozca que no fue por abandono del puesto sino por el de centinela; y contrario a lo señalado en la sentencia, adujo que el error en la calificación no afecta de tajo la realidad fáctica, insistiendo así en que se decrete la nulidad a partir de la resolución de acusación y se retrotraiga el proceso a la etapa de la calificación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

En representación del Ministerio Público ante la segunda instancia, emitió concepto el señor Procurador Judicial 315 Judicial II Penal, DR. JAIRO PLATA QUINTERO, quien dijo estar de acuerdo con los argumentos de su homóloga de primera instancia a través de los cuales se pide la declaratoria de nulidad desde la resolución de acusación para que se califique nuevamente el mérito del sumario, avalando los argumentos presentados por la misma y solicitando sean tenidos en cuenta, ya que el A quo al realizar el control

de legalidad debió devolver el expediente a la Fiscalía Penal Militar para variar la calificación de la conducta, más cuando el soldado aceptó la comisión del hecho.

Calificó entonces de acertados los argumentos esbozados por su homóloga cuando indica que lo correcto era nulitar la actuación y rehacer la misma, pues era la salida jurídica para una situación como la presentada, en aras a proteger los derechos del debido proceso y derecho de defensa, porque absolverlo sería ir en contravía de la norma penal, pues es la misma juez en su decisión la que manifiesta que el procesado incurrió en un delito que lesiona el bien jurídico del servicio, y que era deber de la falladora dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 563 del Código Penal Militar realizando un control de legalidad en debida forma, para verificar la existencia de nulidades y analizar que la calificación se adecuara a la conducta del procesado, debiendo decretar la nulidad como se ha dicho y devolver el proceso al Fiscal para adecuar la calificación, debiendo existir congruencia entre la acusación y la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Sala desatará los recursos de apelación circunscrita al principio de limitación que fija el ámbito de competencia para la actuación de la segunda instancia, esto es, que solo podrá

limitarse a responder cada uno de los argumentos de inconformidad presentados por las apelantes, sin que le sea dable comprender aspectos que no han sido objeto de impugnación. Y aunque si bien es cierto la Ley 1407 de 2010 no establece de manera expresa la competencia del superior para desatar el recurso de apelación, como sí lo hacía la Ley 522 de 1999 en el artículo 583, tal limitación parte de los principios de doble instancia y la prohibición de la reforma en peor consagrados en el artículo 31 de la Constitución Política, de los cuales se debe entender que la decisión de segunda instancia sólo podrá extenderse a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la apelación, siempre y cuando no se agrave la situación del apelante único.

Esbozado lo anterior y luego de un estudio concienzudo de la actuación, esta Sala avizora que la petición del Ministerio Público apelante tiene vocación de prosperidad, en cuanto de una manera razonable propone como punto de solución prevalente en este caso, la declaratoria de nulidad por errada calificación jurídica y que hoy en efecto ha de ser declarada por esta Sala de Decisión, apartándose así de los argumentos de la Fiscalía 10 Penal Militar, precisamente porque mediando actos procesales que hacen ineficaz la actuación hasta ahora surtida y sometida al análisis de la segunda instancia, no es posible optar por una solución de fondo frente a la discusión planteada sobre

absolver o condenar al SLR. CORRALES HOYOS LUIS ENRIQUE por el delito de abandono del puesto.

Es por ello, que ante el hallazgo o aparición de una causal de nulidad, debe procederse a su declaratoria, conforme el mandato conferido en el artículo 389 del Código Penal Militar, precepto que también obliga al Ad-quem.

La nulidad es una sanción a la irregularidad procesal, es invalidez jurídica por ausencia de presupuestos para su constitución por inobservancia de las reglas de forma, esenciales para que la actuación procesal produzca efectos, es por ello que precisamente de los argumentos que sustentan el recurso de apelación de la Procuradora 219 Judicial I Penal, se observa que le asiste razón al manifestar que *"La juzgadora de primera instancia, absolvió al acusado, bajo el criterio del error en la calificación jurídica, porque debió acusarse por el delito del centinela en los términos del artículo 131 del Código Penal Militar (Ley 522 de 1999) y no por ABANDONO DEL PUESTO. (...) la juez a quo no debió absolver al procesado, sino en su lugar decretar la nulidad de lo actuado a partir de la calificación, (...) efectuó el control de legalidad para establecer si existían causales de nulidad, cuyo resultado en el presente caso fue negativo, teniendo en cuenta que ésta decretó el inicio del juicio sin señalar que era necesario nulitar el proceso por el error en la calificación jurídica"*¹⁷. Hipótesis que ha sido sustentada de manera acertada porque es lógico que al llegar el expediente al Juez de conocimiento, y luego de advertir por éste que la calificación jurídica es

¹⁷ Folio 182 y ss ídem

errada, ha debido proceder a declarar la invalidez de la actuación y no a absolver por ello al procesado.

Para esta Sala es claro que la conducta objeto de reproche penal se adecua al tipo penal descrito en el artículo 112 de la Ley 1407 de 2010 que consagra el delito del centinela y no en el del abandono del puesto, pues se observa de que en efecto el entonces Soldado Regular CORRALES HOYOS LUIS ENRIQUE, fue nombrado por la orden del día No. 104¹⁸ dimanada del Batallón A.D.A No. 2 Nueva Granada y firmada por el Comandante batería de seguridad (e), señalando en su artículo 437: "*Nombrando turno de guardia principal para hoy 11 y mañana 12 de abril de 2012 así: (...) 3CER TURNO. CDTE: CS. ALARCON 01:00 A 04:00 12 ABRIL DE 2012 (...) 12. SLR. CORRALES HOYOS LUIS C.C. No. 1.003.042.616, No. FUSIL 11531691 (...)*"; documento a través del cual se le imprime una categoría especial al sujeto activo de la conducta, adquiriendo así la calificación de centinela, condición que fue ignorada por el juez instructor y fiscal penal militar.

Es por esta razón que la Sala encuentra que no es aceptable atribuir al procesado la comisión del delito de abandono del puesto, como así fue calificada la conducta desplegada por el Soldado Regular CORRALES HOYOS LUIS ENRIQUE, puesto que de acuerdo con las circunstancias previas y concomitantes al hecho objeto de juzgamiento, aflora un contexto diferente que debe ser analizado

¹⁸ Folio 63 a 68 C.01

con mayor rigor a la hora de determinar la nueva calificación jurídica de la conducta. Converge entonces, que la decisión final no podía estar atada a las consideraciones que de manera equivocada decantó el ente acusador, cuando al momento de calificar endilgó la conducta de abandono del puesto al procesado, avizorándose el cumplimiento de los presupuestos exigidos para la comisión del injusto del centinela, soportado en una expectativa de responsabilidad de acuerdo con los indicios de responsabilidad exigidos por la ley y derivados de la prueba hasta ese momento recolectada por el funcionario instructor.

Sin embargo, ha de precisarse que el servicio que prestaba para el día de los acontecimientos el SLR. CORRALES HOYOS LUIS ENRIQUE está cubierto en su tutela por el bien jurídico del Servicio, por conducto del tipo penal Del Centinela, tipificado en el artículo 112 del Código Penal Militar -Ley 1407 de 2010-, que normativamente establece: *"El centinela que se duerma, se embriague o se ponga bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, o falte a las consignas especiales que haya recibido, o se separe de su puesto, o se deje relevar por quien no esté legítimamente autorizado, incurrirá en arresto de uno (1) a tres (3) años"* (subrayas de la Sala), y que, inequívocamente está cobijado por la protección que le imprime el corresponder al bien jurídico del Servicio, pues de no ser así resquebrajaría unos de los pilares fundamentales que sostienen la Institución Cástrense.

Se entiende entonces por "centinela"¹⁹ al militar o policial a quien se le encomienda la guarda de un puesto determinado que hace parte de un sistema de seguridad, con un área de responsabilidad y por un tiempo determinado. La misión del centinela no es únicamente permanecer en su lugar y atender las medidas de seguridad, debe obedecer las consignas que se le han impartido, las cuales constituyen órdenes expresas, específicas, adicionales a las generales e inherentes a la función, y que en caso de no cumplirse, rompen y atentan contra el esquema de seguridad diseñado, dirigido y controlado por el mando superior; por tal razón el "centinela" constituye una pieza de engranaje de seguridad, es un instrumento para garantizar el éxito en la operación de mantener la integridad tanto de las instalaciones y equipos, como de la tropa que allí permanece, de allí la importancia de ausentarse de su puesto, pues deja un flanco por el cual puede penetrar el enemigo y hacer vulnerable la unidad, riesgo en el que se incurre cuando el centinela incurre en la comisión de alguno de los verbos rectores que estructuran el tipo.

Es menester por tanto aclarar a los funcionarios judiciales intervinientes en la presente causa, que al haberse vinculado de manera equivocada al procesado por el delito de abandono del puesto, era ineludible corregir tal yerro en la etapa de la calificación, circunstancia que no ocurrió así, pues fue acusado por este injusto penal y al

¹⁹ Ver Peña Velásquez Edgar. "Comentarios al Nuevo Código Penal Militar", ediciones Librería del Profesional, primera edición, 2001.

momento de realizarse el control de legalidad en la etapa del juicio, no se advirtió la irregularidad y se continuó con el trámite procesal hasta la sentencia, debiendo el Juez de conocimiento decretar la correspondiente nulidad y retrotraer la actuación para subsanar tal irregularidad, pues del teatro de los acontecimientos se infiere que se debió vincular al procesado por el delito del centinela, ya que el reato de abandono del puesto, es endilgable solamente a quien se halle de facción o de servicio, en el entendido que "servicio", tal como emerge de la previsión contenida en la codificación Castrense, se refiere a los específicos deberes que atañen a los miembros activos de la Fuerza Pública; de ahí que las faltas contra el Servicio sólo son atribuibles al militar o al policial en Servicio activo a quien a través de trámites formales previamente establecidos se le haya asignado una función, tarea o cargo específico²⁰.

Pues bien, confrontado el episodio fáctico con la prueba obrante, resulta equivocado y contrario a la estructura del delito, concebir que un comportamiento como el asumido por el procesado se ajuste a los presupuestos del reato de abandono del puesto, pues aunado a lo anteriormente dicho, la diferencia entre estos dos tipos penales radica en el sujeto activo de la conducta puesto que el delito del centinela exige que quien cometa la conducta ostente la calidad de centinela, es decir,

²⁰ Ver CSJ, Casación Penal, providencia del 23 de mayo de 2001, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, expediente 12878

que se trate de un individuo armado de la guardia, que colocado en un sitio o lugar determinado, tiene una misión definida de vigilancia y seguridad²¹. De acuerdo con el Reglamento de Servicios de Guarnición para las Fuerzas Militares, todo cuerpo o unidad de tropa debe establecer por medio de la Orden del Día, su guardia respectiva, dentro de la que deben estar debidamente nombrados todos los servicios, incluyendo los centinelas que prestaran turnos por periodos de 24 horas.

En el caso concreto se observa que los hechos ocurrieron en la ciudad de Barrancabermeja (Norte de Santander) al interior del Batallón de Artillería de Defensa Aérea (A.D.A) No. 02 "Nueva Granada", cuya guardia estaba conformada por la Batería de Seguridad, cuyo comando expidió con las formalidades de ley, la Orden del Día No. 104²², en donde de manera clara se nombra al SLR. CORRALES HOYOS LUIS ENRIQUE como CENTINELA en el turno de guardia principal desde las 01:00 a las 04:00 horas del día 12 de abril del año inmediatamente anterior, en el puesto No. 12, lapso de tiempo en que precisamente se suscitaron los hechos objeto de juzgamiento.

Encuentra la Sala por ello, que hay un error en la calificación jurídica contenida en la resolución de acusación, circunstancia frente a la cual no existe fórmula procesal que permita enmendar el error o

²¹ Reglamento de Servicio de Guarnición, Disposición No. 010 de 1982, Comando General de las Fuerzas Militares.

²² Folio 63 ídem

variar dicha calificación jurídica, sin afectar el principio de congruencia y por ende, el debido proceso, al igual que los derechos de defensa y contradicción, pues frente a una nueva calificación el acusado no tendría la oportunidad de ejercerlos.

Así las cosas, la irregularidad adquiere la naturaleza de sustancial y por tanto no puede superarse por vía diferente a la aplicación del artículo 388, numeral 2° del Código Penal Militar de 1999, que impone invalidar la actuación procesal.

Además, la nulidad resulta en este caso concreto un imperativo, a efectos de garantizar los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal, pero también, como el único el único remedio para lograr un mayor acercamiento a la verdad que permita una justa administración de Justicia Penal Militar, con total apego a la ley. Bien es cierto que se trata de conductas muy similares (abandono del puesto y centinela), que protegen el mismo bien jurídico e incluso la pena en sus extremos mínimos y máximos es igual. Pero no por ello se podría ahora proferir una condena por el delito del centinela, porque ello sería ir en contravía del principio de congruencia, teniendo en cuenta que en la resolución de acusación se calificó la conducta dentro del delito de abandono del puesto, como tampoco se podría ignorar la calidad especial que ostentaba el procesado al momento de los hechos, como para ahora tomar una posición respecto del

abandono del puesto. Lo correcto entonces es invalidar la actuación para dar realidad al principio de legalidad de los delitos y las penas y ajustar la calificación a la realidad procesal que lleve a un juicio verdaderamente justo. Con mayor razón cuando los dos delitos ahora enfrentados, se encuentran en diferente capítulo dentro de la estructura del Código.

Bajo estas premisas, es comprensible para la Sala que si se acusa por abandono del puesto, correspondiendo al hecho realmente la tipicidad bajo la denominación del delito del centinela, se está calificando mal la conducta y, por tanto, incurriendo en causal de nulidad por ofensa al debido proceso. Ciertamente es que corresponde al fiscal penal militar al momento de calificar el mérito del sumario, realizar una adecuada y precisa tipificación del comportamiento, de acuerdo con los elementos probatorios de que disponga. Si incurre en un error cambiando la denominación jurídica, emerge claro que se está atentando contra el debido proceso, pues no se ajustan los hechos al derecho, recordando que en nuestro sistema procesal de la justicia penal militar no es posible corregir o variar la calificación jurídica frente a cuyo evento el único camino posible es la declaratoria de nulidad para encausar la calificación, de tal manera que el procesado responda sólo por la violación jurídica causada con su conducta.

Acorde con lo razonado en precedencia, y como quiera que los elementos de juicio condensados en esta providencia proyectan su valor hacia la demostración de una errada calificación jurídica, lo que determina la variación de la misma, la Sala invalidará la actuación procesal, a partir de la resolución de acusación, quedando comprendida la sentencia, sin que ello signifique una trasgresión al principio de *non reformatio in pejus*, pues este supone la validez del proceso.

Es por todo lo anterior que la Sala no comparte la posición de la Fiscalía 10 Penal Militar apelante, pues los defectos advertidos saltan de bulto, en la forma en que ha quedado analizado, desestimándose por ello sus planteamientos.

Finalizando, resulta procedente transcribir algunos apartes contenidos en una decisión de la Corte Suprema de Justicia, que frente a una irregularidad similar, estimó lo siguiente:

"En efecto, es también determinación de la Sala, decirle al recurrente que, además, el cargo por él formulado, carece de fundamento, porque es preciso ahora reiterar que la declaratoria de nulidad, en este caso realizada por el Tribunal Nacional, por indebida calificación de la conducta punible, no conduce de manera inmediata y fatal a la vulneración del principio de la no reformatio in pejus, no obstante, en virtud de la nueva calificación el procesado deba defenderse de una acusación más grave. La Sala ha sostenido de manera constante y hasta ahora pacífica, que cuando existe en un proceso un error de calificación que afecte el debido proceso, este no puede corregirse sino

anulando la actuación, dado que la errada calificación afecta el principio de legalidad, repercutiendo en el derecho de defensa e impidiendo un fallo coherente con la acusación, violando, además, los principios de tipicidad, igualdad y sujeción a la ley. Ahora bien, decretada la nulidad, es claro que las decisiones cobijadas, pierden toda validez. No existen jurídicamente. Elaborada una nueva calificación, comienza una actuación válida, como si fuera la primera, se inicia un contradictorio apropiado y adecuado a la imputación en vigor y, por consiguiente, se originan unas consecuencias propias de las condiciones creadas con la fase que se reconstruyó en la actuación. A partir de entonces, surgen intactas y vivas todas las prerrogativas y garantías para contestar y ejercer la defensa ante el nuevo cargo, con diversas eventualidades, incluyendo una absolucón. No es que la convalidación conduzca ineluctablemente a una condena o a una pena mayor. El Tribunal Nacional, no hizo otra cosa que aplicar lo dispuesto en el artículo 305 del código anterior (307 del actual) conforme al cual "Cuando el funcionario advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo anterior (de nulidad), decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal, y ordenará que se reponga la actuación que dependa del acto declarado nulo para que se subsane el defecto". De esta manera, lo acaba de reiterar la Sala, "mientras subsistan en el ordenamiento jurídico con vigor y presunción de constitucionalidad disposiciones como la acaba de mencionar, las cuales ordenan declarar las nulidades que se adviertan en el trámite del proceso penal, las mismas tendrán que cumplirse, por supuesto mientras se observen los principios que orientan la declaración de las nulidades y su convalidación" Por esta razón, la Sala mayoritariamente, en evento semejante al que aquí se analiza, concluyó que no es admisible que se haya quebrantado la prohibición de no reformar peyorativamente, porque al declararse la nulidad, no se incrementó la

sanción, porque, por el contrario, toda la actuación perdió su validez.”²³

Lo anterior para significar que resulta totalmente equivocada la postura que adoptó el Juzgado de Primera Instancia para fundamentar el fallo de inocencia, cuando afirmó que no compulsaba copias para investigar el delito de centinela para no violentar la prohibición de la doble incriminación, cuando la solución no estaba en absolver, sino en decretar la nulidad de la actuación, una vez que advirtió que se había incurrido en un error en la calificación jurídica de la conducta, nulidad que bajo ningún punto de vista puede considerarse, como se advirtió atrás, violatoria de ninguna garantía procesal.

Sin mayores consideraciones, el Tribunal Superior Militar, por medio de la primera Sala de Decisión,

RESUELVE:

PRIMERO: DESPACHAR EN FORMA FAVORABLE el recurso de apelación incoado por la Representante del Ministerio Público, y en consecuencia **DECRETAR** la nulidad de lo actuado a partir de la Resolución de acusación dentro de la presente actuación

²³ C.S.J., Sala Penal, providencia del 31 de julio de 2003, M.P. Dr. Herman Galán Castellanos, expediente 15063. En igual sentido pueden consultarse las siguientes decisiones: sentencias de mayo 16 de 2002, M.P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll, Exp. 11923; febrero 24 de 2000, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, Exp. 10809; febrero 13 de 2002, M.P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll, Exp. 13733; marzo 20 de 2003, M.P. Dr. Herman Galán Castellanos, Exp. 19960; febrero 04 de 1999, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, 10918, julio 10 de 2003, Exp. 14807; sentencia de segunda instancia, M.P. Dra. Marina Pulido de Barón, Exp. 18684; autos de febrero 07 de 1996, M.P. Dr. Juan Manuel Torres, Exp. 10218; octubre 23 de 1995, M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar, Exp. 10253

adelantada en contra del entonces Soldado Regular CORRALES HOYOS LUIS ENRIQUE, por la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Por virtud de lo anterior, se despacha en forma desfavorable el recurso de apelación de la Fiscalía 10 Penal Militar.

TERCERO: DEVUELVA el expediente al juzgado de origen, para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.-

Coronel ISMAEL ENRIQUE LÓPEZ CRIOLLO

Magistrado Ponente

Teniente Coronel NORIS TOLÓZA GONZÁLEZ

Magistrada

Capitán de Navío (R) JORGE IVÁN OVIEDO PÉREZ

Magistrado

Abogada MARTHA LOZANO BERNAL

Secretaria T.S.M.