

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado Ponente

AP2185-2015

Radicación n° 45429

(Aprobado Acta No. 148)

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015).

V I S T O S

Decide la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado José Fabián Flórez López, sargento segundo del Ejército Nacional, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior Militar, por cuyo medio se confirmó parcialmente la proferida por el Juzgado Noveno Penal Militar de Brigada que lo condenó como autor del delito de desobediencia, aunque le redujo la pena privativa de la libertad impuesta.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Los primeros fueron sintetizados por el ad quem de la siguiente manera:

El teniente coronel comandante del Batallón de Ingenieros de Construcción número 2, ERNESTO MACÍAS DÍAZ, emitió a las 17:00 horas en el programa operacional del 7 de febrero de 2010, al sargento segundo FLÓREZ LÓPEZ JOSÉ [FABIÁN], la orden directa de

montar un retén sobre la vía [San Juan de Arama-Mesetas (Meta)] y revisar un camión rojo que iba a pasar con una caleta de armas y él, personalmente, debía estar pendiente del mismo; pero el suboficial hizo caso omiso de la misma, [pues] montó el retén y se dirigió a la zona urbana [de San Juan de Arama] y estuvo ajeno a sus deberes de comandante desde las 22:00 horas del 7 de febrero de 2010 hasta las 20:00 [horas] del 8 del mismo mes y año.

2. Con fundamento en los anteriores hechos, el 26 de marzo de 2010¹, el Juzgado 52 de Instrucción Penal Militar dispuso la apertura de investigación formal en contra del sargento segundo del Ejército Nacional José Fabián Flórez López, a quien una vez vinculado mediante indagatoria por los delitos de desobediencia -art. 115 Código Penal Militar-, abandono del comando -art. 121 ibídem- y abandono de comandos especiales -art. 123 ejusdem-, resolvió su situación jurídica el 21 de junio de la misma anualidad imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación², decisión que, a instancia de la defensa, modificó mediante proveído del 20 de septiembre siguiente, donde le concedió la libertad provisional³.

3. Clausurado el ciclo instructivo, el 13 de junio de 2013 la Fiscalía 18 Penal Militar calificó el mérito del sumario profiriendo acusación en contra del procesado por el delito de desobediencia, en tanto que cesó el procedimiento por atipicidad respecto de las conductas de abandono de comando⁴; decisión que cobró ejecutoria el día 27 del mismo mes y año⁵.

4. Remitida la actuación al Juzgado Noveno Penal Militar de Brigada, y cumplida la audiencia de acusación y aceptación de cargos donde el procesado Flórez López se declaró inocente, se dio inicio a la corte marcial. Concluido el debate procesal, el 20 de noviembre de 2013 se profirió sentencia en la que se condenó al mencionado a la pena principal de 2 años de prisión como autor del delito de desobediencia, asimismo se

dispuso la suspensión de funciones y atribuciones del sentenciado como miembro del Ejército Nacional, se le negó el mecanismo sustitutivo de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y nada se dijo sobre las penas accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas⁶.

5. Apelado el fallo por el defensor del inculcado, en sentencia aditada 7 de octubre de 2014, el Tribunal Superior Militar lo confirmó parcialmente, en tanto redujo a 1 año la pena de prisión que le fuera impuesta⁷.

6. Contra la anterior decisión, el abogado que representa los intereses del acusado José Fabián Flórez López interpuso recurso de casación.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

El demandante señala que en el caso concreto al recurso de casación se accede por vía excepcional, al cual dice acudir a fin de proteger las garantías de su defendido al debido proceso, legalidad, tipicidad, «concordancia» y presunción de inocencia que considera conculcadas con el fallo impugnado, amén que, agrega, resulta necesario «precisar jurisprudencialmente» los elementos que tipifican el delito de desobediencia, máxime cuando en la actualidad es común que se adelanten procesos por los denominados «falsos positivos».

Con fundamento en las causales tercera y primera, cuerpo segundo, previstas en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, el demandante formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal Militar, los cuales se sintetizan de la siguiente manera:

Primer cargo. Manifiesta el censor que la sentencia confutada se profirió en un juicio viciado de nulidad, por cuanto a José Fabián Flórez López se le acusó por el delito de desobediencia previsto en el artículo 115 del Código Penal Militar, en la modalidad de modificar la orden del superior, y por esa misma conducta se lo declaró penalmente

responsable en el fallo de primer grado, no obstante el ad quem al confirmar dicha decisión cambió el verbo rector por el de incumplir.

Anota que en la sentencia de segunda instancia el Tribunal precisó que el procesado Flórez López no modificó la orden que le fue impartida, sino que incumplió la misma, porque una vez establecido el retén dispuesto por el comandante del Batallón de Ingenieros de Construcción No. 2, del cual era orgánico, abandonó temporalmente al personal militar bajo su mando directo, comprometiendo de esa manera la disciplina militar y el éxito de la misión encomendada.

Señala que por tal razón el juicio de tipicidad que se realizó en la sentencia de segunda instancia fue «inadecuado», dado que se consideró que el verbo rector del ilícito de desobediencia en el cual encajaba la conducta del acusado, era en la modalidad de «incumplir», que no «modificar», la orden emitida por el superior, con lo cual estima se quebrantaron los principios del debido proceso, legalidad y congruencia.

Acerca del último principio en mención, el recurrente se refiere a su contenido y alcance, y luego de citar jurisprudencia de esta Corporación –CSJ SP, 5 jun. 2003, rad. 13180–, concluye que el Tribunal Penal Militar lo quebrantó al variar el verbo rector inicialmente deducido en la acusación y acogido en la sentencia de primer nivel.

Luego de enunciar los elementos constitutivos del delito de desobediencia y de citar los argumentos del ad quem que lo llevaron a considerar que aquellos concurrían en la conducta del inculcado Flórez López, critica que el juzgador de segundo grado hubiera concluido que el mencionado incumplió la orden impartida por el superior, pues si ésta consistía en establecer con el personal militar bajo su mando directo, un retén sobre la carretera que de San Juan de Arama conduce a Mesetas (Meta),

con el objetivo de interceptar un camión de color rojo que presuntamente transportaba armas y dinero de la guerrilla, y en efecto el dispositivo de control se instaló en el lugar indicado y allí permaneció hasta el día siguiente cuando fue levantado, porque ya no era necesario para el propósito que lo originó, es claro que la orden sí se cumplió.

Situación distinta, añade, es que su prohijado se hubiera ausentado temporalmente del sitio de facción o de servicio, pues ello podría constituir otra clase de delito militar o falta disciplinaria, de donde concluye la errada calificación jurídica que se le dio al hecho juzgado, puesto que la «prueba documental y testimonial» permite inferir que el procesado «cumplió la orden superior que le fue impartida, puede que con irregularidades, pero la cumplió y, por tanto, no se puede afirmar válidamente que no la hubiera cumplido o que la modificó», vicio que estima constituye un atentado al debido proceso, por lo que solicita a la Corte casar la sentencia confutada y, en consecuencia, declarar la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de calificación del mérito sumarial, inclusive, para que se corrija dicha equivocación.

Segundo cargo (subsidiario). Expone el libelista que el ad quem incurrió en la violación indirecta de la ley, concretamente del artículo 29 de la Carta y de normas de contenido sustancial del Código Penal Militar que se encarga de citar.

Anota que el Tribunal tuvo en cuenta el testimonio del teniente coronel Ernesto Macías Díaz, comandante del batallón del cual era orgánico el acusado Flórez López, así como las exposiciones del cabo tercero Rodrigo Ortiz Bonilla y del soldado regular Jorge Eliecer Jiménez Castaño, quienes hacían parte de la unidad militar a su cargo, de cuyo contenido, que transcribe, considera que se establece: (i) la existencia de la orden directa impartida por el superior de su defendido, consistente en instalar un retén en la vía San Juan de Arama-Mesetas (Meta); (ii) que el dispositivo de control fue establecido por el procesado con personal militar bajo su mando directo; (iii) que su representado se

ausentó del sitio de facción, pero en un horario diferente al indicado por los testigos Ortiz Bonilla y Jiménez Castaño, porque debía cumplir una cita odontológica en el municipio de San Juan de Arama; (iv) que el cabo Rodrigo Ortiz Bonilla apareció lesionado el 8 de febrero de 2010 a consecuencia de un accidente y, en cambio, el implicado Flórez López no presentaba ningún tipo de lesión; y, (v) que el retén militar se mantuvo entre el 7 de febrero de 2010, cuando fue instalado, y el día siguiente que se levantó porque ya no era necesario.

Manifiesta que la versión de su prohijado, según quien durante la noche del 7 y la madrugada del 8 de febrero de 2010 no se retiró del retén militar, es corroborada por los testimonios de los soldados regulares David Morales Berrio, Jorge Eliecer Jiménez Castaño, Jhon Jaiber Gómez Paz, Elkin Fernández Hernández, Cristian Jair León Albornoz, Ernesto Armengol Angulo Sandoval, Yonathan Alejandro Melo Córdoba y Andrés Felipe Gutiérrez Montes, cuyo contenido, afirma, desmiente la declaración del cabo Rodrigo Ortiz Bonilla.

Considera que de la prueba allegada al proceso se infiere que la orden del comandante del batallón del cual era orgánico su representado, consistente en establecer el dispositivo de control, se cumplió, como quiera que éste operó entre el 7 y el 8 de febrero de 2010; asimismo, tales elementos de convicción no evidencian que Flórez López se hubiera sustraído a las obligaciones militares y reglamentarias relacionadas con la implementación y vigilancia del retén, luego no incurrió en la conducta de desobediencia por la que se le condenó.

Concluye que «de una u otra manera, en la valoración probatoria que se hizo... en la sentencia de segunda instancia, se violaron, cuando menos, los principios del debido proceso, de legalidad, de tipicidad, de presunción de inocencia y del in dubio pro reo», por lo cual solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y, en su lugar, absolver al acusado del delito de desobediencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Procedibilidad del recurso.

En el caso concreto el hecho juzgado tuvo ocurrencia el 7 de febrero de 2010, fecha en la que estaba vigente la Ley 522 de 1999 que, por tanto, es la norma procesal llamada a regular el presente trámite, puesto que la Ley 1407 de 2010 rige únicamente para los sucesos acaecidos a partir del 17 de agosto de la mencionada anualidad, tal como se señala en su artículo 628 y según lo determinó la sentencia C-444 de 2011 de la Corte Constitucional.

En esa medida, la procedencia del recurso de casación para el presente asunto corresponde ser analizada acorde con lo normado en los artículos 368 y siguientes de la primera de las normativas citadas.

El precepto en cuestión indica que la impugnación extraordinaria procede contra sentencias de segunda instancia, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de 6 años.

El delito de desobediencia por el que se acusó y condenó al procesado, descrito en el artículo 115 de la Ley 599 de 2000, prevé como pena máxima privativa de la libertad 3 años de prisión, luego en el asunto de la especie, para acceder al recurso de casación, debe optarse por la vía excepcional, por lo que el demandante tiene la carga de evidenciar a la Corte la necesidad de que admita la demanda y revise la legalidad del fallo atacado, bien porque se requiere desarrollar la jurisprudencia, ora porque lo que se pretende es la garantía de derechos fundamentales.

El criterio de autoridad de la Sala⁸ tiene dicho que cuando se invoca el primero de tales aspectos, esto es, el desarrollo de la jurisprudencia, compete al recurrente señalar si lo que busca con la impugnación del fallo de segundo grado es que la Corte intervenga

ya sea para referirse a un tema jurídico en particular, bien para unificar posturas conceptuales o actualizar la doctrina, con el deber de precisar de qué manera la decisión solicitada tiene la doble utilidad de brindar solución al asunto concreto y simultáneamente servir de guía a la actividad judicial.

Y en cuanto al amparo de los derechos fundamentales, el casacionista tiene la carga de demostrar en forma clara y precisa la violación de una garantía por quebrantamiento de la estructura básica del proceso o por trasgresión de un derecho fundamental, con indicación de las normas constitucionales o legales que protegen el derecho invocado y cómo el fallo lo conculca.

Asimismo, las razones aducidas por el impugnante en orden a revelar a la Corte la necesidad de admitir discrecionalmente la demanda, deben guardar perfecta armonía con los reproches que formule contra el fallo, lo que significa que el fundamento de la casación excepcional debe avenirse con los cargos, tanto en su postulación, como en su desarrollo.

1.1 En el asunto que ocupa la atención de la Sala, el actor no satisface las anteriores exigencias, puesto que, de una parte, se limita a mencionar que acude a la casación excepcional a fin de proteger las garantías de su defendido al debido proceso, legalidad, tipicidad, congruencia y presunción de inocencia, pero nada más dice al respecto, y aun cuando al desarrollar el primer cargo por nulidad hace alusión al hecho de que el ad quem, al confirmar la condena, precisó que el verbo rector que actualizó el acusado Flórez López fue el de «incumplir» la orden impartida por su superior, y no el de «modificar» la misma, según se había señalado en el pliego de cargos, no expuso de qué manera ello afectó las garantías que dice conculcadas, ni cómo dicha circunstancia trascendió en el fallo rebatido, determinando la condena proferida en contra del supranombrado.

En cuanto a la necesidad de que esta Corporación admita la demanda de manera excepcional por considerarlo importante para el desarrollo de la jurisprudencia, el censor solo atina a expresar que se requiere precisar con criterio de autoridad los elementos que tipifican el delito de desobediencia, pero no explica, ni el desarrollo de los reproches propuestos lo revela, cómo el abordar el tema propuesto cumpliría la doble función de dar solución al caso particular y orientar a la actividad judicial en ese puntual aspecto.

Falencias que, por sí solas, bastan para inadmitir el libelo, por cuanto no se muestra, ni la Corte advierte, la necesidad de que se le admita de manera discrecional en orden a intervenir como Tribunal de casación.

2. Del recurso extraordinario de casación.

Conviene recordar que dado el carácter extraordinario del recurso de casación, al recurrente compete elaborar la demanda bajo los estrictos parámetros contemplados en la ley y decantados por la jurisprudencia de la Corte.

Por tanto, no basta con afirmar que se cometió un error in iudicando o in procedendo, pues debe demostrarse la existencia del vicio y su trascendencia frente al contenido del fallo.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, es bien sabido que el recurso de casación constituye el medio por el cual se revisa la legalidad de la sentencia. De ahí que el libelo deba cumplir las formalidades estatuidas en el artículo 212 de la Ley 600 de 2000, normativa que resulta aplicable a los procesos tramitados ante la Justicia Penal Militar por expresa remisión del respectivo código, principalmente enunciar la causal y formular el cargo con el cual se pretende la infirmación del fallo, señalando de manera clara y

precisa sus fundamentos y las normas infringidas, igualmente, evidenciando cómo el vicio in iudicando o in procedendo conduce a resquebrajar la providencia.

Ahora bien, sin desconocer la facultad legal de la Corte para casar la sentencia cuando sea ostensible que la misma transgrede las garantías fundamentales de las partes -art. 216 Ley 600 de 2000-, la impugnación extraordinaria no es un mecanismo carente de rigor.

Por ende, el recurso de casación no puede entenderse como una instancia adicional para debatir aspectos que ya fueron materia de controversia, o como facultad ilimitada para revisar el proceso, ni la demanda puede elaborarse utilizando un discurso de libre composición; por el contrario, dado el carácter extraordinario y rogado del recurso, está ligado a causales taxativas que tienen contenidos propios, referidas a vicios sustanciales o procesales.

Además, en el desarrollo de cada uno de los reparos formulados se deben cumplir unos requisitos mínimos de lógica y adecuada fundamentación, cuyo desconocimiento conlleva a la inadmisión de la demanda, como lo establece el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

Así, no resulta atinado solo denunciar la presencia del error que se invoca, sino que al libelista incumbe demostrar su existencia y cómo el mismo tiene la trascendencia suficiente para romper la doble presunción que cobija a la sentencia de segundo grado y, por lo mismo, la necesidad de que la Corte intervenga como Tribunal de Casación en procura de hacer efectivo el derecho material y las garantías debidas a quienes intervienen en la actuación penal, reparar los agravios ocasionados a las partes con la decisión confutada o unificar la jurisprudencia.

3. De la nulidad.

Importa mencionar que si bien la Sala ha dicho que la nulidad es menos exigente en su demostración que las otras causales de casación, lo cierto es que impone al demandante proceder con precisión y claridad a identificar la clase de irregularidad sustancial que determina la invalidación; señalar si se trata de un vicio de estructura o garantía; plantear sus fundamentos fácticos; indicar los preceptos que considera conculcados; expresar la razón de su quebranto; y, especificar el momento de la actuación a partir de la cual se produjo el vicio.

Asimismo, compete al libelista informar la cobertura de la invalidez, evidenciar que procesalmente no existe manera diversa de restablecer el derecho afectado y, lo más importante, comprobar que la anomalía denunciada tuvo injerencia perjudicial y decisiva en la declaración de justicia contenida en el fallo impugnado -principio de trascendencia-, dado que el recurso extraordinario no puede fundarse en especulaciones, conjeturas, afirmaciones carentes de demostración o en situaciones ausentes de quebranto.

Además, exige tener en cuenta los principios que rigen esa materia, por lo cual debe quedar claro que: i) se trate de uno de los motivos expresamente contemplados en la ley -taxatividad-; ii) afecte de manera real y cierta las garantías fundamentales o altere las bases esenciales de la actuación -trascendencia-; iii) el acto tachado de irregular no haya cumplido su propósito -instrumentalidad-; iv) quien la solicite no haya dado lugar al motivo de invalidación -protección-; v) la irregularidad no haya sido convalidada expresa o tácitamente por el perjudicado, siempre que no vulnere sus garantías fundamentales -convalidación-; y, vi) no haya otra manera de enmendar el agravio -residualidad-.

3.1 El impugnante sustenta el reparo por nulidad en la supuesta irregularidad originada en la errada calificación jurídica impartida a la conducta realizada por el acusado José Fabián Flórez López, que estima se configura por cuanto si bien a éste se le

acusó y condenó en las instancias por el delito de desobediencia -art. 115 de la Ley 522 de 1999-, en el pliego de cargos y en la sentencia de primer grado se consideró que el mencionado actualizó el verbo rector relativo a modificar la orden que le fue impartida por su superior, mientras que el ad quem, aun cuando confirmó la declaratoria de responsabilidad penal, precisó que dicho comportamiento fue cometido por el procesado al incumplir el mandato, lo cual, afirma, es violatorio del debido proceso y de los principios de legalidad y congruencia.

No obstante la impropiedad de postular dentro del mismo cargo irregularidades sustanciales que se soportan en supuestos distintos y contrapuestos, como lo es aducir un error en la calificación jurídica de la conducta y a la vez alegar el quebranto del principio de congruencia, desconociendo con ello los postulados de autonomía y no contradicción que gobiernan el recurso extraordinario de casación, del contexto de la demanda se extrae que el vicio denunciado se concreta en la segunda hipótesis por razón del cambio, en la sentencia de segundo grado, del verbo rector que al acusado se le endilgó en la acusación, valga reiterar, de modificar a incumplir.

Y si bien no ofrece dificultad a la Corte advertir que la situación denunciada se presentó, puesto que en la resolución acusatoria se concluyó que el suboficial Flórez López incurrió en el delito de desobediencia a consecuencia de modificar la orden que le impartió su superior, y en los mismos términos se le condenó en la sentencia de primer grado, mientras que el ad quem, al conocer la impugnación formulada por la defensa, consideró que estaba demostrada la responsabilidad penal en el mentado ilícito pero por incumplir la orden, el libelista no dice, ni la Sala encuentra, cómo se quebrantó el principio de congruencia y se lesionó el derecho al debido proceso del supranombrado.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, en la Ley 600 de 2000 la resolución acusatoria concreta los aspectos personal, fáctico y jurídico en que se

desarrollará el juicio, por tanto el juez está obligado a dictar el fallo en consonancia con los cargos definidos en la acusación, sin que pueda condenar por fuera de esos precisos límites, salvo que una determinación de tal naturaleza, en punto de la especie delictiva, resulte favorable a los intereses del procesado y no desconozca el marco fáctico señalado en la providencia calificatoria, pues a éste no se le puede sorprender en la sentencia con hechos o delitos frente a los cuales no tuvo oportunidad de defenderse⁹.

El quebranto del principio de congruencia en la sistemática procesal en comento puede presentarse cuando (i) se incluyen en el fallo nuevas conductas punibles; (ii) se adicionan circunstancias específicas o genéricas de agravación; (iii) se desconocen circunstancias de atenuación reconocidas en la resolución acusatoria; y, (iv) se modifican desfavorablemente las modalidades de la conducta punible (dolosa, culposa o preterintencional) o la forma de participación en el delito (de cómplice a autor).

En el caso concreto ninguna de las anteriores hipótesis se presentó, pues por el ilícito de desobediencia fue acusado Flórez López, y por el mismo se le condenó en las instancias.

El Tribunal, en el asunto particular, se limitó a precisar, sin mutar la realidad fáctica consignada en el pliego de cargos, que la conducta del suboficial del Ejército Nacional inculcado, consistente en no supervisar directa y personalmente, como se lo había ordenado el comandante del Batallón de Ingenieros No. 2 del cual era orgánico, el retén instalado en la vía San Juan de Arama-Mesetas (Meta), ausentándose del lugar donde el mismo fue instalado, configuraba el delito de desobediencia pero en la modalidad de incumplir la orden del superior, y no en la de modificarla, como lo habían sostenido la fiscalía y el a quo, alteración que en punto de la pena ningún efecto desfavorable conlleva para el acusado, ni conculca su derecho de defensa como quiera que se trata de la misma situación fáctica que, valga destacar, tuvo oportunidad de refutar a lo largo del

proceso.

En un caso similar, donde al acusado se le endilgó el ilícito de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, en la modalidad de «almacenar», y los juzgadores lo condenaron por la de «conservar», al cargo de nulidad sustentado en la presunta afectación del derecho de defensa y el debido proceso, respondió la Corte:

En el evento del rubro, el juez de conocimiento optó por modificar en la sentencia, el verbo rector inicialmente deducido, lo cual no implicó, como lo acotó el Tribunal al avalar esa determinación, una variación del núcleo básico de la conducta, ni tampoco tornó más gravosa la situación del procesado, pues, la penalidad es exactamente la misma, como quiera que ambas descripciones -almacenar y conservar- hacen parte de las conductas alternativas que contempla el artículo 366 de la Ley 599 de 2000 para tipificar el ilícito de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas.

En esa medida, no... hay lugar a aceptar la causal de nulidad alegada.

Y si bien no es lo mismo conservar y almacenar, como lo asevera la libelista, emerge intrascendente la discusión cuando está claro que el procesado fue condenado por guardar material bélico de uso privativo de las fuerzas armadas en el inmueble allanado. Es decir, la imputación fáctica ha permanecido incólume, independientemente de que para adecuarla al precepto sancionador, se hayan utilizado dos verbos diferentes en el curso del proceso.

De todos modos, en punto del tipo de crítica abordado por la actora, es necesario enfatizar en la necesidad de demostrar fehacientemente que esa modificación afectó de forma trascendente el debido proceso y, en particular, el derecho de defensa del acusado, al punto tal que no fue precisado en concreto el tipo de conducta o actuación que se le

atribuye, o no se determinó adecuadamente el delito endilgado y, en consecuencia, resultó imposible o difícil conocer en particular de qué se le acusaba, limitando u obstaculizándose la posibilidad de argumentar o presentar elementos de juicio de contraste. (CSJ AP, 4 may. 2011, rad. 35977)

La situación descrita en la jurisprudencia citada es, salvo la especie delictiva allí juzgada, la misma que acontece en el sub judice, toda vez que el problema jurídico que en ambos casos se ofrece dilucidar es si el hecho de condenar por un verbo rector de la conducta punible, cuando ésta consagra varios de manera alternativa, distinto al que fue deducido en el pliego de cargos, trasgrede el principio de congruencia y, por contera, afecta el derecho de defensa y el debido proceso.

Como quedó visto, la afectación a las garantías enunciadas solo se produce en aquellos eventos en que se modifica el núcleo de la imputación fáctica o se agrava la situación del procesado, situaciones que en el asunto particular no se verifican.

En efecto, en cuanto al primer aspecto, cabe anotar que los hechos por los cuales se acusó y condenó al inculcado Flórez López se contraen a haber desobedecido la orden de su superior de instalar un retén en la vía y, personalmente, comandar la interceptación de un vehículo que iba a pasar por allí transportando armas y dinero de una agrupación subversiva, toda vez que después de implementar el dispositivo en cuestión, el suboficial implicado se retiró del lugar dejando a cargo del mismo a algunos soldados regulares.

Dicha situación fáctica de ninguna manera fue alterada por el ad quem cuando realizó el juicio de tipicidad del hecho juzgado frente al delito de desobediencia, puesto que la única consideración que al respecto hizo fue señalar que el verbo rector al que se adecuaba la conducta ejecutada por el acusado era «incumplir», que no «modificar», porque la orden que le fue impartida por su superior -instalar un retén y

supervisar personalmente la interceptación de un vehículo-, entendida integralmente, no podía ser fraccionada, luego no era razonable concluir que como el militar implicado estableció el dispositivo de control, pero no lo supervisó directamente, sino que se ausentó y dejó esa labor en cabeza de sus subalternos, simplemente modificó el mandato, pues tal conducta implica, en últimas, incumplirlo.

En esa medida, no obstante que las referidas expresiones tienen sentidos distintos, pues en su acepción natural y obvia la primera significa «no llevar a efecto, dejar de cumplir»¹⁰, mientras que la segunda supone «transformar o cambiar una cosa mudando alguno de sus accidentes»¹¹, lo que importa en el caso concreto es que están relacionadas con un mismo supuesto de hecho, esto es, el desobedecimiento por parte de un subordinado de una orden legítima emitida por un superior con las formalidades legales, consistente en implementar un retén y dirigirlo personalmente, de donde se sigue que tal diferenciación resulta irrelevante.

Con todo, en punto de la trascendencia de la nulidad denunciada, el casacionista incumplió con la carga de evidenciar de qué manera la mencionada modificación del verbo rector impidió, dificultó o limitó el derecho de defensa del procesado, al extremo de privársele de conocer la conducta por la que se le acusa y condena o la calificación jurídica del punible endilgado, irregularidad que la Corte tampoco avizora configurada, puesto que durante toda la actuación procesal, en particular en la resolución acusatoria y en las sentencias de instancia, se fijó con claridad la imputación fáctica y jurídica que el acusado Flórez López tuvo oportunidad de controvertir.

Así las cosas, se inadmitirá el reproche.

4. De la violación indirecta de la ley sustancial.

En relación con el segundo reproche que el impugnante encamina por la senda de la violación indirecta de la ley sustancial, cabe reiterar que a ella se llega como

consecuencia del error en la apreciación de los medios probatorios, vicio que puede ser de hecho, cuando se deriva de los falsos juicios de existencia, identidad o raciocinio; o de derecho, si surge de los falsos juicios de legalidad o convicción; cualquiera de los cuales determinan la falta de aplicación o aplicación indebida de normas sustanciales llamadas a regular el caso.

En ese orden, corresponde al recurrente indicar en qué consistió el yerro, es decir, si fue de hecho o de derecho en razón de la valoración de la prueba, y concretarlo en alguna de las categorías de falso juicio indicadas, para luego proceder a evidenciar su trascendencia en la violación de la ley sustancial.

4.1 En el caso particular surge patente para la Sala que ninguna de las anteriores exigencias cumple el libelista, pues aun cuando tacha de ilegal el fallo demandado e incluso enuncia la causal de casación a la cual acude y el reproche que formula en su contra, no señala cuál es el sentido de la violación, vale decir, no precisa el error denunciado en una de las categorías de hecho o de derecho, ni especifica el falso juicio que lo determinó, todo lo cual muestra la confusión del impugnante, así como su falta de claridad y precisión en la argumentación que esgrime a fin de evidenciar la glosa ensayada.

Por el contrario, a manera de un alegato de instancia, su discurso se enmarca en expresar lo que en su particular y parcializado criterio debieron inferir los jueces de instancia de la prueba testimonial, en particular de las declaraciones del teniente coronel Ernesto Macías Díaz, comandante del Batallón de Ingenieros No. 2 del cuál era orgánico el acusado Flórez López, así como del cabo tercero Rodrigo Ortiz Bonilla y del soldado regular Jorge Eliecer Jiménez Castaño, quienes integraban la unidad militar a cargo del prenombrado, de donde el impugnante concluye que su defendido sí se ausentó del lugar de facción, pero en un horario distinto al que los dos últimos declarantes señalan, valga decir, en horas de la tarde, para cumplir una cita odontológica en el

municipio de San Juan de Arama, luego su versión de que durante la noche del 7 y la madrugada del 8 de febrero de 2010 estuvo comandando personalmente el retén militar que se le había ordenado instalar en la vía que de la mencionada localidad conduce a Mesetas, es digna de crédito.

Sin embargo, el casacionista resigna señalar cuál fue el error de apreciación probatoria en que incurrió el Tribunal Militar al valorar dichos medios de convicción, que lo llevaron a colegir precisamente lo contrario, esto es, que el procesado incumplió la orden de su superior, ya que en vez de asumir directamente la labor de coordinación y supervisión del mentado dispositivo de control, la noche del 7 de febrero de 2010 se desplazó a la localidad de San Juan de Arama, acompañado del cabo tercero Rodrigo Ortiz Bonilla, donde se dedicó al consumo de bebidas embriagantes, regresando hasta la madrugada del día siguiente.

Por tanto, la pretensión de entronizar su personal apreciación de la prueba, anteponiéndola a la estimación que de la misma realizaron los falladores de primero y segundo grado, resulta inane y conduce al fracaso del reparo propuesto, pues como lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala, si los jueces de instancia no quebrantan los postulados de la sana crítica en la labor de fijar el mérito demostrativo de los medios de convicción, la simple disparidad de criterios no configura vicio demandable en casación.

Al margen de las anotadas falencias en la postulación y desarrollo del cargo, tampoco le asiste razón al actor, pues de los testimonios de los militares que conformaban la unidad castrense al mando del inculcado Flórez López, no es posible arribar a las conclusiones que se refieren en la demanda.

En efecto, en su declaración el cabo tercero Rodrigo Ortiz Bonilla fue enfático en señalar que la noche del 7 de febrero de 2010, su superior inmediato, el sargento

segundo José Fabián Flórez López, le ordenó que lo acompañara hasta el municipio de San Juan de Arama para que le prestara seguridad, a donde se dirigieron en una motocicleta que había conseguido este último. Por indicaciones del mencionado, lo dejó en una discoteca y esperó afuera hasta que salió a las 2:30 a.m., llevándolo posteriormente hasta el lugar donde se había establecido la tropa, trayecto en el que sufrieron un percance al caer de la motocicleta, que le dejó algunas lesiones a Ortiz Bonilla.

Dicho relato, en cuanto a la ausencia del procesado del lugar donde se estableció el retén, es corroborado por el soldado regular Jorge Eliecer Jiménez Castaño, quien señaló «arrancamos a hacer el dispositivo con mi sargento [Flórez López] sobre la carretera... eso fue a las 19:00 horas aproximadamente, y él no había entregado la moto, él le dijo a mi cabo Ortiz [Bonilla] que lo acompañara, le dijo cabiche (sic) cámbiese... de una él se fue y se cambió de civil y mi sargento nos dijo que él no se demoraba que iba a entregar la moto... cuando Melo el radio operador me llamó a las 04:00 horas, le dije que (sic) había pasado, y me dijo que el sargento no había llegado»

En el mismo sentido el soldado regular Jhon Jaiber Gómez Paz indicó que «llegó una información del coronel Ernesto Macías Díaz que por la carretera iba a pasar un camión rojo el cual llevaba armamento y plata para la guerrilla, la orden fue que se saliera con un equipo de combate se organizara un retén para estar pendiente del camión, después de eso nosotros quedamos solos, al mando de nadie... yo no sé a qué horas el sargento Flórez se fue, pero sí sé que ese día salió, él se fue acompañado de mi cabo Ortiz... mi turno de centinela era de desde las 12 de la media noche a las 2 de la mañana, y mi sargento no había llegado».

Y los demás militares al mando del acusado, entre ellos los soldados regulares Elkin Fernández Hernández, Cristian Jair León Albornoz y Yonathan Alejandro Melo Córdoba, son contestes en señalar que Flórez López no estuvo presente en el retén

dispuesto por el comandante del Batallón de Ingenieros No. 2, sino que se limitó a ordenar a sus subalternos que implementaran el dispositivo y luego se fue del lugar.

Surge patente entonces, que la prueba testimonial apunta a demostrar sin ambages que el inculcado incumplió la orden emitida por su superior, toda vez que dejó en manos de sus subalternos el retén y no estuvo presente para comandar directamente la eventual interceptación del vehículo que en últimas fue la razón para la instalación de dicho dispositivo.

Así lo concluyó el ad quem, que luego de citar algunos apartes relevantes de las declaraciones de los militares que conformaban la unidad castrense al mando del acusado, señaló:

El dicho de los testigos no fue desvirtuado, ni se avizora ánimo de perjudicar al procesado o favorecerlo, por lo que al ser analizado en conjunto y encontrar su coherencia, espontaneidad y logicidad, permiten arribar a la conclusión que llegó el a quo cuando arguye que no existe duda que el procesado ss. Flórez López José [Fabián], no cumplió una orden que le fue impartida... pues lo que dispuso el comandante era que Flórez [López] montara un retén, lo comandara durante el tiempo determinado y detuviera el vehículo objeto de información; lo que hace el suboficial Flórez [López] al ausentarse del retén no es cambiar o variar alguna característica esencial de la orden, sino incumplirla, pues era su obligación permanecer allí ejerciendo el mando y controlando el retén para evitar una actividad delictiva que acontecía; pero al dejarlo de hacer comprometió en su integridad la orden emitida

Así las cosas, la Corte advierte que, de una parte, los elementos de juicio allegados al proceso sustentan el compromiso de responsabilidad del inculcado José Fabián Flórez López en el delito desobediencia por el cual fue acusado y condenado en las instancias, y, de otro lado, los razonamientos del Tribunal Militar en punto de la valoración probatoria

no se ofrecen caprichosos, arbitrario o infundados como lo afirma, sin demostrarlo, el censor.

En tales condiciones, se impone el rechazo del cargo.

5. Evidenciadas las graves falencias de lógica y adecuada fundamentación en que incurre el impugnante al desarrollar las censuras ensayadas, ninguna de las cuales tiene la capacidad de derruir la dual presunción de legalidad y acierto que cobija la sentencia confutada, se inadmitirá la demanda de casación.

6. Si bien la Corte advierte que el juzgador de primer grado no se pronunció en relación con las penas accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública -art. 54 C.P.M.- e interdicción de derechos y funciones públicas -art. 56 ibídem-, que según lo normado por el artículo 60 ejusdem implica la pena de prisión impuesta al sentenciado Flórez López, el yerro no puede enmendado en sede del recurso extraordinario de casación, so pena de quebrantar el principio que prohíbe la reforma en peor cuando de apelante único se trata, como ocurre en el asunto de la especie con el procesado en mención.

Por lo demás, no se vislumbra vulneración de garantías que imponga superar los defectos de la demanda, en orden a intervenir oficiosamente para asegurar su protección, conforme lo prevé el artículo 216 de la Ley 600 de 2000.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del sargento segundo José Fabián Flórez López, miembro del Ejército Nacional.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Devuélvase al Tribunal de origen.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folio 5 C.O. 1

2 Folio 94 ídem.

3 Folio 184 ídem.

4 Folio 97 C.O. 2

5 Folio 110 ídem.

6 Folio 153 ídem.

7 Folio 231 C.O. 3

8 CSJ AP, 18 abr. 2007, rad. 26916 y CSJ AP, 27 feb. 2012, rad. 38100; entre otros.

9 CSJ SP, 13 sep. 2006, rad. 21596; CSJ AP, 14 feb. 2002, rad. 18457; CSJ SP, 4 ago. 2004, rad. 21287 y CSJ SP, 22 jun. 2006, rad. 24824; entre otras.

10 Real Academia Española. 1992. Diccionario de la lengua española (21.ª ed.). Madrid, España.

11 Ídem.