

Casación 61691

Diego Andrés Gómez Tamayo

C.U.I. 11001224600020145923701

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

Magistrado Ponente

SP519-2023

Radicación N° 61691

Aprobado Acta No 238

Bogotá, D. C., seis (6) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

VISTOS

La Corte decide sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de Diego Andrés Gómez Tamayo contra la sentencia dictada el 15 de febrero de 2022. Mediante ella, el Tribunal Superior Militar y Policial de Bogotá confirmó la proferida el 16 de septiembre de 2019 por el Juzgado Cuarto de Brigada de Apiay (Meta), que condenó al nombrado como autor de lesiones personales culposas (arts. 111, 113 y 120 del Código Penal).

HECHOS

1. Según la sentencia impugnada, el 1° de febrero de 2014, a las 10:00 a.m., en el

Batallón de Instrucción Entrenamiento y Reentrenamiento No. 7° del municipio de Cubarral (Meta), se llevó a cabo por parte del C.T. Diego Andrés Gómez Tamayo una “prueba de resistencia” a un grupo de militares trasladados de la Agrupación de Fuerzas Especiales Urbanas No. 10.

2. Para tal efecto, el comandante ordenó realizar marcha con armamento, arme y desarme de fusil, flexiones de brazos, abdominales y trote que finalizaba en una zanja de arrastre con activación de granadas lacrimógenas.

3. En el desarrollo de la prueba, Gómez Tamayo aplicó el polvo químico -que contienen las granadas- directamente sobre el camuflado y la piel de sus alumnos, entre los cuales se encontraban los siguientes integrantes de la mencionada agrupación:

C.T. Tito Hurtado Tapias, a quien le fue dictaminada incapacidad médico legal definitiva de 20 días, con secuelas consistentes en deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente¹.

S.L.P. Norbey Plazas Payán, a quien le fue dictaminada incapacidad médico legal definitiva de 30 días, con secuelas consistentes en deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente².

S.L.P. Jair Pérez Petro, a quien le fue dictaminada incapacidad médico legal definitiva de 25 días, sin secuelas medico legales³.

ANTECEDENTES PROCESALES

4. De conformidad con los referidos hechos, la Oficina de Asuntos Disciplinarios de la Séptima Brigada de Villavicencio del Ejército Nacional compulsó copias por medio del oficio No. 05563 y el Juzgado 15 de Instrucción Penal Militar de esa misma ciudad, el 3 de julio de 2014, dispuso la apertura de investigación preliminar en contra del C.T. Diego Andrés Gómez Tamayo⁴.

5. El 26 de noviembre de 2014, se ordenó abrir investigación formal en contra del comandante por el punible de lesiones personales⁵.

6. El 5 de mayo de 2015, Gómez Tamayo rindió diligencia de indagatoria⁶, siendo resuelta su situación jurídica de manera provisional el 15 de junio de 2015⁷, sin imposición de medida de aseguramiento.

7. Por citación del Juzgado 15 de Instrucción Penal Militar de Apiay, el 68 y 159 de octubre de 2015 se desarrolló audiencia de conciliación entre C.T. Diego Gómez Tamayo y S.L.P. Jair Pérez Petro, resultando en un acuerdo conciliatorio por la suma de \$5.000.000.

8. El 7 de septiembre de 2018, se declaró cerrada la etapa investigativa por la Fiscalía 22 Penal Militar ante los Juzgados de Brigada¹⁰.

9. El 22 de enero de 2019, la Fiscalía profirió resolución de acusación en contra del capitán Diego Gómez Tamayo como presunto autor responsable de lesiones personales, cometidas con dolo¹¹, la cual cobró ejecutoria el 18 de marzo de la misma anualidad¹².

10. Tras verificar la no concurrencia de nulidades, ni la vulneración de derechos y garantías procesales, el Juzgado 4º de Brigada de Apiay decretó la iniciación del juicio el 6 de mayo de 2019¹³. Ese auto cobró ejecutoria el 15 de julio del mismo año¹⁴.

11. El 5 de septiembre de 2019¹⁵ se llevó a cabo la audiencia de corte marcial.

12. Finalmente, mediante sentencia del 16 de septiembre de la misma anualidad, el Juzgado 4º de Brigada de Apiay condenó al C. T. Diego Andrés Gómez Tamayo a la pena principal de 1 año, 7 meses y 6 días de prisión y multa de 20.8 SMLMV, así como a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal, como autor del punible de lesiones personales culposas en concurso homogéneo y sucesivo¹⁶.

13. De la misma manera, se dispuso que el procesado era acreedor del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la sanción penal, por un tiempo igual al

de la pena de prisión, previa suscripción de acta de caución juratoria.

14. La defensa técnica del procesado apeló dicha decisión, la cual fue confirmada en su totalidad por el Tribunal Superior Militar y Policial el 15 de febrero de 2022¹⁷.

15. Contra esa determinación, la defensa de Gómez Tamayo interpuso recurso extraordinario de casación, allegando la respectiva demanda dentro del término legal y sobre cuya admisibilidad se pronuncia ahora la Sala¹⁸.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA DE CASACIÓN

16. Luego de identificar las partes intervinientes en el decurso procesal, resumir los hechos materia de juzgamiento, realizar una sinopsis de lo actuado y de la sentencia impugnada, el censor procedió a sustentar un cargo principal y dos subsidiarios.

17. En el primero de ellos se apoya en la causal tercera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, para acusar la sentencia proferida por el Tribunal de “nulidad absoluta” por falta del requisito de procesabilidad, vulnerando el debido proceso en su estructura, toda vez que las víctimas no presentaron querella.

18. En ese sentido, alega, los juzgadores de instancia incurrieron en un error in procedendo, pues dejaron de aplicar los artículos 29 y 288 de la [Constitución Política](#), 20, 23, 24, 31, 32, 34 y 39 de la Ley 600 de 2000, 74 de la Ley 906 de 2004, 40 de la Ley 153 de 1887, Ley 1142 de 2007, Ley 1453 de 2011, así como la Ley 1826 de 2017 y, como consecuencia de ello, se aplicaron indebidamente los artículos 23 y 120 del Código Penal.

19. Refiere el censor que para la fecha de los hechos el artículo 4° de la Ley 1142 de 2007 modificó la lista de delitos querellables consagrada en el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, que a su vez reformó el precepto 35 de la Ley 600 de 2000, normas favorables al procesado, toda vez que introdujo en su contenido las lesiones personales culposas que no superen 30 días de incapacidad para trabajar o por enfermedad.

20. Expone que la Ley 1142 de 2007 contempló el requisito de procesabilidad de querrella para las lesiones personales que “produjeran incapacidad para trabajar o enfermedad que supere treinta días, excluyendo así las que ocasionen ese resultado por un término inferior u otras secuelas, transitorias o permanentes, como son la deformidad, la perturbación funcional, la perturbación psíquica o la pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro”.

21. De acuerdo con lo anterior, concluye, las variaciones introducidas al artículo 74 de la Ley 906 de 2004 señalan que “la querrella quedó como regla general de procesamiento, exceptuada solo en casos de captura en flagrancia”. Por lo

anterior, conforme al principio de favorabilidad, no se podía proseguir de oficio como ocurrió en el caso bajo estudio.

22. Para fundamentar su afirmación, el censor acude a fragmentos de las declaraciones realizadas en juicio por Tito Alfonso Hurtado Tapias, Norbey Plaza Payán y Yair Manuel Pérez Petro.

23. Reiteradamente manifiesta que la trascendencia de la nulidad reprochada tiene fundamento en la variación de la calificación del punible de lesiones personales dolosas a culposas por parte del juez de primera instancia, incurriendo en error al condenar sin agotar el requisito de procedibilidad, “con lo cual ya operó el fenómeno de la caducidad”.

24. Por lo anterior, solicita decretar la nulidad “de las sentencias de instancia”, por carencia del requisito de procedibilidad y, consecuentemente, se declare la caducidad de la querella y la cesación del proceso en favor de su prohijado.

25. Como cargo subsidiario, el censor acude a la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000 para acusar el fallo emitido por el Tribunal de ser violatorio de la ley sustancial de forma directa, por aplicación indebida de los artículos 23 y 120 de la Ley 599 de 2000 y falta de aplicación de del artículo 7° de la Ley 600 de 2000.

26. Manifiesta que el acusado aplicó el componente de una granada lacrimógena

en el camuflado y piel de los estudiantes del curso de “Boina” de las Fuerzas Especiales, tal como se lo enseñaron, pues él mismo se había sometido a idéntico procedimiento; por lo cual, desconocía que el polvo podía causar lesiones personales, existiendo ausencia de responsabilidad en su conducta. Esto, debido a que incurrió en un “error invencible de que no concurría en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica de lesiones personales culposas”.

27. Además, afirma, el mismo día de los hechos varias personas participaron en la prueba realizada sin resultar lesionados, tal como lo declaró Héctor Mauricio Chavarriaga Colorado.

28. A su modo de ver, “es claro que su actuar no es razonable al tratarse de un componente químico de una granada lacrimógena, pero no existe ilicitud...”, para lo cual nuevamente cita apartes de las declaraciones de Tito Alfonso Hurtado Tapias, Norbey Plazas Payán, Yair Manuel Pérez Petro y Héctor Mauricio Chavarriaga Colorado.

29. Como segundo cargo subsidiario, con apoyo de la causal segunda del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, acusa el fallo del Tribunal de violación indirecta de la ley sustancial por falso raciocinio, al presentarse la “irracional apreciación” de las declaraciones de Tito Alfonso Hurtado Tapias, Norbey Plazas Payán, Yair Manuel Pérez Petro y Héctor Mauricio Chavarriaga Colorado y su defendido, las cuales demuestran que Gómez Tamayo actuó con consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, de acuerdo con el artículo 32

de la Ley 599 de 2000.

30. En ese sentido, alega, el Tribunal quebrantó el principio lógico de no contradicción, toda vez que, “según las pruebas surtidas”, su prohijado actuó bajo una causal de ausencia de responsabilidad, por lo cual, no puede afirmar que “se tenía consentimiento de la víctima y se declara culpable, lo cual es una irracionalidad”, incurriendo de esa manera en un error de hecho “por falso razonamiento”.

31. Las víctimas, afirma, podían negarse a participar en el ejercicio. Sin embargo, de manera voluntaria decidieron someterse a la prueba, que implica un “riesgo extremo al que están expuestas las Fuerzas Especiales y se trata de una tradición militar”.

32. Por lo anterior, solicita casar la sentencia recurrida, para en su lugar, absolver al acusado de los cargos endilgados.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I. De la procedencia del recurso

33. Los hechos bajo estudio ocurrieron el 1° de febrero de 2014, fecha para la cual se encontraba vigente la Ley 1407 de 2010 (Código Penal y Procesal para la Justicia Penal Militar). De acuerdo con lo consagrado en el artículo 628 ídem y la sentencia C-444 de 2011 de la Corte Constitucional, aquella sería la normatividad que gobierna este trámite, pues rige para los sucesos acaecidos a partir del 17 de agosto de 2010.

34. Pese a lo anterior, para la época señalada el Gobierno Nacional aún no había implementado en el Departamento del Meta -lugar donde se desarrollaron los hechos objeto de investigación- el sistema procesal que dicha norma consagra, pues según se desprende del Decreto 1768 de 2020, esa región hace parte de la fase IV de implementación, teniendo como inicio el 1° de julio de 2025.

35. Bajo ese derrotero, el procedimiento que resulta aplicable al presente asunto es el señalado en la Ley 522 de 1999, la cual en el numeral 1° del artículo 368 establece como regla general que la impugnación extraordinaria procede contra la sentencia de segunda instancia por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de 6 años¹⁹.

36. Como se evidencia, Diego Andrés Gómez Tamayo fue procesado por el punible de lesiones personales culposas (arts. 111-113.2-120 Código Penal), el cual comporta una pena máxima de 31 meses y 15 días de prisión.

37. En ese sentido, para acceder al recurso de casación, el censor debió optar por la vía excepcional, con arreglo a lo señalado en el último párrafo del artículo 205 de la Ley 600 (inciso 3 del artículo 368 de la Ley 522) lo cual le impone la obligación de evidenciar a la Corte la necesidad de admitir la demanda y revisar la legalidad del fallo atacado a fin de i) desarrollar la jurisprudencia o ii) pretender la garantía de derechos fundamentales.

38. Por gracia de la primera exigencia compete al casacionista señalar si lo que pretende con es que la Sala intervenga para referirse a un tema jurídico en particular, unificar posturas conceptuales o actualizar doctrina, con el deber de precisar la manera cómo además de brindarle solución al caso en concreto, su estudio puede servir de guía a la actividad judicial.

39. En virtud de la segunda, el censor tiene la carga de demostrar en forma clara y precisa la transgresión de una garantía por quebrantamiento de la estructura básica del proceso o los derechos fundamentales de su prohijado, en atención a las normas constitucionales y legales llamadas a protegerlos, además de exponer la manera cómo el fallo las incumple²⁰.

40. Además, los cargos formulados contra el fallo demandado, tanto en su postulación, como en su desarrollo deben ser armónicos con aquellos cometidos que hacen procedente la vía excepcional de la casación.

II. Sobre el recurso extraordinario de casación

42. A menos que la Corte advierta una violación trascendente de derechos fundamentales en el proceso surtido, la demanda de casación debe satisfacer las exigencias establecidas en el artículo 212 de la Ley 600 de 2000²¹, de lo contrario la consecuencia ha de ser la inadmisión del libelo.

43. Es así, pues la naturaleza del recurso se muestra extraordinaria, característica que veda su utilización para continuar con el debate fáctico, probatorio y jurídico que se agotó en las instancias. En ese sentido, no resultan admisibles cuestionamientos propuestos a manera como se plantean de ordinario ante los sentenciadores.

44. Por tal razón, es carga del libelista identificar el error ostensible que pretende denunciar, elegir la causal bajo la cual lo encaminará, para finalmente desarrollar las censuras con impecable observancia de los principios que rigen el presente recurso, como los de trascendencia, taxatividad, no contradicción, claridad y precisión, corrección material, unidad temática, así como proponiendo un cargo jurídicamente completo.

45. Analizada la demanda presentada a la luz de los anteriores criterios se

advierte que será inadmitida, pues el demandante no sustenta algún error susceptible de estudiarse en esta sede, tampoco se vislumbra algún vicio dentro del proceso surtido. Además, no cumple con los postulados de una debida, clara y precisa fundamentación, tal como se pasa a explicar.

46. El primer reclamo del censor, en apoyo de la causal tercera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000 consiste en acusar la sentencia emitida por el Tribunal de “nulidad absoluta” por falta del requisito de procedibilidad, pues considera que se vulneró el debido proceso en su estructura -error in procedendo-, ya que las víctimas no presentaron querella.

47. Pues bien, en primer lugar, el demandante pasa por alto que la declaración de nulidad, tal como la pretende, se encuentra atada a la comprobación cierta de yerros de garantía o de estructura insuperables que hacen la actuación recurrida pierda toda validez formal y material, por lo que, conforme al principio de taxatividad, el censor debió determinar la forma en que se rompió la estructura del proceso o se lesionaron las garantías de Gómez Tamayo, además de la fase en la cual se produjo.

48. Por igual, al considerarse un remedio procesal extremo, a fin de resultar procedente, el demandante debe evidenciar que el yerro alegado: i) afectó garantías fundamentales o las bases del proceso (trascendencia), ii) incumplió su finalidad o ésta se obtuvo con indefensión (instrumentalidad), iii) no fue coadyuvado por quien pretende favorecerse, salvo que se trate de falta de

defensa (protección); iv) no fue ratificado por el perjudicado (convalidación),
v) no puede ser reparado por otro mecanismo (subsidiariedad) y por último, vi)
la anomalía debe estar definida en la ley como causal de nulidad (taxatividad)²².

49. Bajo esa óptica, salta a la vista que el censor incumple el presupuesto más
básico para reclamar la anulación de la actuación, pues no acredita error de
procedimiento alguno que trastoque la estructura del debido proceso o afecte las
garantías del procesado, como tampoco pone en evidencia la trascendencia del
reclamo.

50. Aunque es cierto que el instituto jurídico de la querella se encuentra regulado
actualmente por el numeral 2° del artículo 74 del Código de Procedimiento Penal,
modificado por el artículo 5° de la Ley 1826 de 2017, también lo es que la misma
figura procesal fue reglada mediante la Ley 1058 de 2006, que en su artículo 1°
modificó los artículos 578 y 579 de la Ley 522 de 1999, estableciendo concretamente
que se investigarán, calificarán y fallarán por el procedimiento especial las
“lesiones personales cuya incapacidad no supere los treinta (30) días sin
secuelas”. (subrayado por fuera del texto original)

52. Ahora bien, basta con remitirse al acontecer procesal para evidenciar que el
Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses determinó respecto a las
víctimas las siguientes lesiones y consecuencias:

* C.T. Tito Hurtado Tapias: incapacidad médico legal definitiva de 20 días, con secuelas consistentes en deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente²⁴.

* S.L.P. Norbey Plazas Payán: incapacidad médico legal definitiva de 30 días, con secuelas de deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente²⁵.

* S.L.P. Jair Pérez Petro: le fue dictaminada incapacidad médico legal definitiva de 25 días, sin secuelas medicas legales²⁶.

53. Es decir, si bien encuentra razón el censor al afirmar que el instituto jurídico de la querrella debió surtir, pues la incapacidad médico legal otorgada a las víctimas no superó los 30 días, lo cierto es que Plazas Payán y Hurtado Tapias también sufrieron secuelas manifestadas en deformidad física que afectaron su cuerpo permanentemente, a raíz de la conducta desplegada por Gómez Tamayo.

54. Al percatarse de ello, el juez de primera instancia convocó audiencia de conciliación, a fin de agotar el requisito de procesabilidad respecto al trámite surtido entre el comandante imputado y Pérez Petro, quien a diferencia de sus compañeros no sufrió secuelas medicolegales.

55. Como obra en el expediente, la respectiva audiencia se desarrolló los días 627 y 1528 de octubre de 2015, en la cual la víctima desistió de continuar con la acción penal tras el pago de \$5.000.000 entregados por Gómez Tamayo.

56. De ninguna manera dicha transacción puede entenderse extensiva a la totalidad de víctimas, pues, como se detalla en el transcurrir procesal, aquellas no fueron convocadas ni asistieron a la audiencia de conciliación presidida por el juez de primera instancia, toda vez que las secuelas que sufrieron consistieron en deformidad física de carácter permanente, por lo cual no debía agotarse respecto de ellas el requisito de procesabilidad antes referido.

57. El demandante insiste en que, de acuerdo con la Ley 1142 de 2007, el requisito “de procedibilidad de querella” debió agotarse, pues las lesiones personales no superaron 30 días de incapacidad.

58. Además de acudir a una norma que no encuentra aplicación al caso en concreto, él mismo expone en su escrito que serán excluidas aquellas lesiones “que ocasionen ese resultado por un término inferior u otras secuelas, transitorias o permanentes, como son la deformidad, la perturbación funcional, la perturbación psíquica o la pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro.”

59. Por otra parte, la Ley 522 de 1999 que gobierna el caso bajo estudio, regula taxativamente el instituto jurídico de la querella y, como se estableció en líneas anteriores, reglamenta explícitamente los punibles para los cuales se requiere agotar la misma como requisito de procedibilidad para darle continuidad al proceso penal.

60. Situación que imposibilita integrar a la actuación penal castrense las disposiciones que regulan la querella, establecidas en el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, pues dicho instituto se encuentra plenamente reglado, impidiendo la aplicación del principio de favorabilidad en favor de Gómez Tamayo, como erróneamente lo pretende el censor.

61. Al respecto, esta Corporación ha manifestado que cada proceso debe sujetarse, en principio, a las normas del sistema que lo regula, con lo cual la aplicación favorable de un determinado instituto regulado de manera diversa en los dos códigos sólo es posible si con ello no se desconoce la estructura conceptual del sistema llamado a regir la respectiva actuación²⁹.

62. Así, no es permitido acudir a la confección de institutos híbridos, tomando de cada normatividad lo más beneficioso y desechando lo inconveniente de la mano del principio de favorabilidad, toda vez que al operador jurídico no le es atribuible el papel de legislador³⁰.

63. Con ese panorama, una interpretación contraria a la establecida por los

juzgadores, como la sugerida por el casacionista, va en contravía de lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 29 de la [Constitución Política](#), pues estaría encaminada a aplicar una norma que no estaba vigente al momento de ocurrencia de los hechos³¹.

64. Por todo lo anterior, resultan suficientes los argumentos para rechazar el cargo propuesto por el censor.

65. Como primer cargo subsidiario, el demandante acude a la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000 para acusar el fallo emitido por el Tribunal por violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 23 y 120 de la Ley 599 de 2000 y falta de aplicación del artículo 7° de la Ley 600 de 2000. Empero, como se verá (num. 64), ello lo hace cuestionando y trastocando las premisas fáctico-probatorias fijadas en las sentencias de instancia, lo cual, de entrada, comporta la inadmisibilidad del cargo por violación directa, en vista del quebranto de la unidad lógica del reproche.

66. Además, la censura también infringe las exigencias mínimas para admitir un estudio de fondo, pues el censor no delimita ni desarrolla la configuración de alguna modalidad de infracción directa de la ley sustancial, faltando al principio de claridad y precisión exigido ante esta sede.

67. En el recurso, simplemente “solicita” el reconocimiento de la causal de

exclusión de responsabilidad basada en un error de tipo invencible, sin acreditar cabalmente el desafuero intelectual de los juzgadores³² al descartar tal hipótesis de ausencia de responsabilidad.

68. En ese sentido, cita apartes de las declaraciones referidas, a fin de demostrar que su defendido tenía una representación equivocada de la realidad respecto del hecho constitutivo de una conducta punible. Sin embargo, no derruye las conclusiones judiciales que, con base en los mismos testimonios, determinaron la responsabilidad penal de Gómez Tamayo del delito de lesiones personales culposas, apartándose de la realidad procesal.

69. Además, con su postura transgrede el principio de unidad temática que cobija el recurso casacional, toda vez que observado el recuento procesal, la materia del cargo propuesto no fue alegada en las instancias y, en tales circunstancias, resulta imposible proponer en sede de casación la existencia de la infracción directa de la ley sustancial, pues el ad quem no tuvo posibilidad de pronunciarse acerca del error que ahora se le atribuye.

70. Finalmente, el censor postula un segundo cargo subsidiario, en apoyo de la causal segunda del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, acusando el fallo del Tribunal por violación indirecta de la ley sustancial por falso raciocinio, ante la “la irracional apreciación” que realizó sobre las declaraciones de Tito Alfonso Hurtado Tapias, Norbey Plazas Payán, Yair Manuel Pérez Petro, Héctor Mauricio Chavarriaga Colorado y Gómez Tamayo, demostrando que su defendido

actuó con consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en consonancia con el numeral 2° del artículo 32 de la Ley 599 de 2000.

71. Pues bien, el error alegado por el recurrente -falso raciocinio- se presenta cuando a una prueba legalmente incorporada al proceso y valorada en su integridad, el juzgador le asigna un mérito o fuerza de convicción con transgresión de los postulados de la sana crítica, esto es, las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o las leyes de la ciencia.

72. Para su postulación, se requiere que el demandante cumpla con la carga de indicar el medio de conocimiento sobre el cual recae el error, exponiendo su contenido objetivo y el mérito demostrativo asignado por el Tribunal en el fallo demandado. Además, debe relacionar las reglas de lógica, máximas de la experiencia o leyes de la ciencia desconocidas por el fallador al momento de valorar la prueba, así como también la manera correcta de aplicación de las mismas en el caso en concreto, demostrando su trascendencia de cara a la decisión demandada, de tal manera que, ante la inexistencia del error, la emisión del fallo habría sido sustancialmente opuesto³³.

73. Pese a lo anterior, en la censura objeto de análisis, el censor se aleja de la naturaleza del error que propone, pues ni siquiera de manera enunciativa delimita las reglas de la lógica, máximas de la experiencia o leyes de la ciencia para exponer su inconformismo, mucho menos demuestra su trascendencia, ni la correcta manera de enmendar el error.

74. De manera parcializada, propone un ejercicio de apreciación probatoria con desconocimiento de la aplicada por los juzgadores de instancia, citado fragmentos de los testimonios de Tito Alfonso Hurtado Tapias, Norbey Plazas Payán, Yair Manuel Pérez Petro, Héctor Mauricio Chavarriaga Colorado y Gómez Tamayo, para “demostrar” que su defendido actuó con consentimiento válidamente emitido por las víctimas.

75. Una afirmación en tal sentido transgrede el principio de corrección material, toda vez que, del contenido objetivo de los mismos testimonios citados por el censor, se consolidó la responsabilidad penal de su prohijado, de la siguiente manera:

“Siendo así y descendiendo al caso bajo estudio, aunque la intervención del acusado y de las víctimas en la prueba de la boina implicó la creación de riesgos inherentes a la práctica de tal tipo de entrenamiento militar, es claro que estos riesgos fueron conocidos de manera parcial por los hoy lesionados, esto por razón que nunca se les advirtió que en desarrollo de la prueba se les iba a aplicar un polvo químico directamente en el camuflado o en el cuerpo para “animarlos”, por ende el nivel de peligro asumido por las víctimas era el que estaban en capacidad de soportar de acuerdo con la información que se brindó por parte de los instructores previamente a la realización del ejercicio.

Subráyese que, en este sentido, del testimonio de S.V. CASTAÑEDA CAMACHO (instructor) y de las declaraciones de los testigos directos TE CHAVARRIAGA COLORADO y SLP CORDERO ZAPATA (alumnos), se colige que el CT. GÓMEZ TAMAYO antecedente a la realización de la prueba de la boina reunió al personal y les instruyó sobre los ejercicios que se iban a ejecutar y el nivel de exigencia física de la misma, empero nunca informó sobre la utilización de elementos que podían llegar a poner en riesgo su vida e integridad personal, dado que el procesado tampoco tenía conocimiento sobre ello, habida cuenta que el uso de

estas sustancias químicas hacia parte de la tradición militar en las Unidades de Fuerzas Especiales a las que había pertenecido.

En estos términos y con miras a establecer el nivel de peligro y la capacidad de discernimiento que según el togado tuvieron las víctimas para asumir el riesgo, conviene rememorar lo narrado por el procesado en indagatoria, ya que en dicha diligencia corrobora que lo planeado inicialmente en la prueba de la boina era un incremento físico y prueba de resistencia para el personal recién trasladado a la unidad, consistente en realizar “unas marchas de 5 km con armamento, 3 km con armamento, máscara antigas y equipo, arme y desarme del fusil y la pistola, flexiones de brazos, barras y abdominales, un trote de 5 km en camuflado con tenis, finalizando en una zanja de arrastre y allí se les activa granadas lacrimógenas para que aprendan a resistir el gas.”

Sin lugar a dudas para esta Sala de Decisión, los elementos suasorios obrantes señalan que la causa cierta y determinante del resultado lesivo no fue la autopuesta en peligro emanada de la propia conducta de los uniformados que aparecen en las fojas como sujetos pasivos de la acción, puesto que estos militares no ejecutaron, ni aceptaron la acción peligrosa para sus propios intereses, sino que los medios de convicción convergen en que se trató de una conducta imprudente llevada a cabo por el condenado.

Bajo tales condiciones no resulta posible la exclusión de la imputación jurídica al procesado y trasladar el ámbito de la responsabilidad del resultado, como lo pretende el defensor, a quienes sufrieron las lesiones por el solo hecho que aceptaron participar de manera voluntaria en una prueba física, tradición de las Fuerzas Especiales del Ejército Nacional.

Hilvanando las ideas expuestas, debe concluir la Judicatura que: i) las víctimas no tenían el poder de decidir si asumía el riesgo y el resultado que implicaba para su salud la utilización del polvo químico de las granadas, aplicado directamente sobre la piel o sus camuflados por el acusado, pues nunca les fue informado que ello representaba un riesgo para su integridad

personal en tanto fue un aspecto también desconocido para el enjuiciado y ii) tampoco tenían la capacidad de comprender sobre el alcance del riesgo, en tanto no conocían de esa parte de la prueba en que el procesado decidió motu proprio elevar el nivel de exigencia del ejercicio a través de la utilización de un polvo químico.

Las circunstancias descritas impiden a la Sala dar cabida a la tesis del defensor sobre la configuración de una acción a propio riesgo, dado que, como viene de verse, en esta figura se exige de la asunción conjunta del peligro a través de una actividad común, en la cual la víctima organiza con la intervención del tercero el peligro para sus propios bienes jurídicos, manteniendo el control sobre el alcance de la acción generadora de peligro. Dicha situación no es la que se presentó en el contexto de la prueba física militar de bienvenida para el grupo de integrantes de las Fuerzas Especiales, en la que, lejos de apreciarse una organización conjunta entre los intervinientes, se ofrece un acto de subordinación entre ellos y la determinación de cada uno por cumplir con un rol destacado propio del ámbito castrense, bien sea como instructor de comandos, ora como alumno aspirante al honor de portar el tan anhelado derecho a la boina.

Es evidente que las motivaciones que llevaban los perjudicados -dentro del presente proceso- cuando decidieron presentar la prueba no tienen relación directa con la asunción conjunta de un peligro, sino contrariamente, se trataba de cumplir una orden militar con el fin de tener el honor de pertenecer a un grupo élite del Ejército, así puede colegirse cuando se lee con detenimiento lo dicho por el SV. CASTAÑEDA CAMACHO, quien en su condición de instructor de la prueba de la boina explicó que “El nombre de la prueba se debe al honor de portar la boina, en estas unidades se puede observar la cultura física y la mística, porque la boina es la distinción entre las unidades regulares normales y las unidades de fuerzas especiales”

En armonía con lo depuesto por el testigo CASTAÑEDA, el suboficial HURTADO TAPIAS narró las razones por las cuales decidió participar del ejercicio, indicando que “esta prueba no

está en ningún reglamento de ejército, esta prueba es una tradición que tienen las agrupaciones de Fuerzas Especiales, lo que anteriormente se llamaba bautizo”, agregando que se trataba de una orden del capitán GÓMEZ sin la cual no se podían colocar la boina, elemento insigne del uniforme de las agrupaciones de Fuerzas Especiales.

Vistas así las cosas nos encontramos frente a un riesgo jurídicamente desaprobado que solo asumió y administró de manera personal el enjuiciado, el cual no desaparece por el solo hecho que quienes resultaran lesionados aceptaran voluntariamente presentar una prueba, de la cual si bien tenían capacidad de discernir sobre el nivel de exigencia física que ella suponía, no así el poder de decidir si asumían un riesgo para su salud, ello conteste con lo dicho por el SLP NORBEY PLAZA al manifestar que una vez llegó trasladado a la unidad escuchó sobre la prueba y decidió allanarse a dichas tradiciones, pero nunca “imaginaba lo que iba a pasar, porque me imaginaba prueba física y arme y desarme de fusil y armamento, pruebas de resistencia, pero jamás me iba a imaginar que me iba a pasar eso, me hubiera negado.”³⁴ (Subrayado por fuera del texto original)

76. Estas precisiones muestran que la censura no refuta las razones por las cuales los juzgadores declararon la responsabilidad del acusado, pues el supuesto consentimiento otorgado por las víctimas, de entrada, se muestra huérfano de respaldo demostrativo.

77. El demandante pasa por alto que en sede de casación, la estructura probatoria construida en las instancias se encuentra cobijada por una doble presunción de acierto y legalidad. Entonces, si su pretensión se encamina a validar sus proposiciones en punto a la valoración probatoria realizada por los juzgadores, se encuentra en el deber de acreditar, con cumplimiento de las exigencias propias de la

causal y yerro invocado, que existió un error que comporta la violación indirecta de la ley sustancial. Con nada de ello cumplió el censor 35.

78. Por lo anterior, sin presentarse los estándares mínimos reclamados para su estudio de fondo, no se encuentra conclusión diferente a la inadmisión de la demanda.

79. Sin embargo, la Sala encuentra que debe pronunciarse oficiosamente frente a la manera en que se realizó la dosificación punitiva en el presente caso, por cuanto se advierte la vulneración de garantías fundamentales del procesado en razón de la pena impuesta, en concreto por afectar el principio de legalidad de la pena.

80. Diego Andrés Gómez Tamayo fue condenado como autor del delito de lesiones personales culposas tomándose como base de su dosimetría el artículo 113 del Código Penal en su versión original, el cual lo sancionaba con pena de 2 a 7 años de prisión y multa de 26 a 36 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

81. En este punto cabe señalar que equivocadamente el juzgador de primera instancia aplicó el Código Penal en su versión original, y no lo hizo con la reforma de la Ley 1639 de 2013, que regía el caso, por cuanto los hechos ocurrieron el 1º de febrero de 2014. Con tal enmienda, la pena para el delito de lesiones con deformidad permanente es de prisión de 32 a 126 meses y multa de 34.66 a 54 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Con todo, sobre este particular ninguna corrección puede introducirse dada la calidad de recurrente único del procesado.

82. En concreto, se tiene que la primera instancia realizó el ejercicio dosimétrico aplicando el artículo 120 de la legislación penal, la cual indica que cuando se tratare de lesiones culposas “incurrirá en la respectiva pena disminuida de las cuatro quintas a las tres cuartas partes”. Sin embargo, no irrogó los efectos de esa deducción como lo impone el artículo 60.5 de la Ley 599, en cuya virtud la pena para el delito de lesiones culposas con deformidad permanente (artículos 111, 113 inciso 2º y 120 ibídem) conforme a los límites originales, oscila entre 4 meses y 24 días (24 meses menos 4/5 partes) y 21 meses (84 meses reducidos en ¾ partes). La pena de multa, disminuida en las mismas proporciones, queda entre 5.2 y 9 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

83. Al momento de mensurar la sanción, sin mayores consideraciones, el juez de conocimiento no redujo 4/5 partes al mínimo de 24 meses, sino que le restó 1/5 solamente, dejándolo en 1 año, 7 meses y 6 días, que fue la que impuso, la de prisión, y 20.8 salarios mínimos legales mensuales vigentes la de multa.

84. Entonces, con el propósito de restablecer las garantías conculcadas, en consideración, además, de que ninguna circunstancia agravante fue cargada a Gómez Tamayo, se casará de oficio la sentencia de segunda instancia.

85. De esa manera, como autor responsable del delito de lesiones con deformidad permanente, en modalidad culposa, se le impondrá la pena de 4 meses y 24 días de

prisión y multa por 5.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Como ya se le había concedido el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la sanción penal, se mantiene dicha consideración.

86. Como consecuencia de lo anterior, se dispondrá la INADMISIÓN del libelo.

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

RESUELVE:

1º. NO ADMITIR la demanda de casación interpuesta por la defensa de Diego Andrés Gómez Tamayo, por las razones expuestas en precedencia.

2º. CASAR PARCIALMENTE DE MANERA OFICIOSA, únicamente a fin de imponer la pena correspondiente a Diego Andrés Gómez Tamayo en 4 meses y 24 días de prisión y multa por 5.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En los demás aspectos el fallo queda incólume.

Contra esta determinación no proceden recursos.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

HUGO QUINTERO BERNATE

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEON BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1	Cuaderno	Original, Primera Instancia No. 3, Fls.	226-227.
2	Cuaderno	Original, Primera Instancia No. 2, Fls.	32-31.
3	Cuaderno	Original, Primera Instancia No. 2. Fls.	33-34.
4	Cuaderno	Original, Primera Instancia No. 1. Fls.	131-132.
5	Cuaderno	Original, Primera Instancia No. 1. Fls.	215-216.
6	Cuaderno	Original, Primera Instancia No. 2. Fls.	56-63.
7	Cuaderno	Original, Primera Instancia No. 2. Fls.	64-75.
8	Cuaderno	Original, Primera Instancia No. 2. Fl.	85.
9	Cuaderno	Original, Primera Instancia No. 2. Fl.	88.
10	Cuaderno	Original, Primera Instancia No. 2. Fl.	191.
11	Cuaderno	Original, Primera Instancia No. 3. Fls.	5-30.
12	Cuaderno	Original, Primera Instancia No. 3. Fl.	43.

- 13 Cuaderno Original, Primera Instancia No. 3. Fl. 46.
- 14 Cuaderno Original, Primera Instancia No. 3. Fl. 55.
- 15 Cuaderno Original, Primera Instancia No. 3. Fls. 67-83.
- 16 Cuaderno Original, Primera Instancia No. 3. Fls. 67-139.
- 17 Cuaderno Original, Segunda Instancia No. 1. Fls. 12-58.
- 18 Demanda presentada el 28 de marzo de 2022. Cuaderno Original Segunda Instancia No. 2. Fls. 19-46.
- 19 Cfr. CSJ-AP419-2021, 17 feb, radicado 58.442 y CSJ-AP2515-2020, 20 sep, radicado 56.052.
- 20 Cfr. CSJ-AP, 27 feb. 2012, rad. 38.100; entre otros.
- 21 La Ley 522 de 1999, en su artículo 372, remite integralmente al trámite y causales consagradas en la Ley 600 de 2000.
- 22 Cfr. CSJ-AP4155, 26 sep. 2018, radicado 51.266, CSJ-AP2512, 26 jun. 2019, radicado 54761, CSJ-SP594, 02 mar, 2022, radicado 60.370 y CSJ-AP5291, 11 nov. 2022, radicado 59156 y Cfr. CSJ-AP668-2023, 08 mar, radicado 59.683.
- 23 Cfr. CSJ-AP761-2021, 03 mar, radicado 59.010.
- 24 Cuaderno Original, Primera Instancia No. 3, Fls. 226-227.
- 25 Cuaderno Original, Primera Instancia No. 2, Fls. 32-31.
- 26 Cuaderno Original, Primera Instancia No. 2. Fls. 33-34.

- 27 Cuaderno Original, Primera Instancia No. 2. Fl. 85.
- 28 Cuaderno Original, Primera Instancia No. 2. Fl. 88.
- 30 Cfr. CSJ-AP5599-2018, radicado 53.899, CSJ-AP2510-2019, radicado 54305, CSJ-AP853-2021, radicado 58865 y CSJ-AP1829-2023, 28 jun, radicado 62772.
- 31 Cfr. CSJ-SP025-2023, 08 feb, radicado 56218.
- 32 Cfr. CSJ-AP552-2021, 24 feb, radicado 53662.
- 33 Cfr. CSJ-AP2170-2022, 1 may. 2022, radicado 52354.
- 34 Cuaderno Original Segunda Instancia No. 1. Fls. 37-41.
- 35 Cfr. CSJ-AP529-2021, 17 feb, radicado 53962.