

**REBAJA DE HASTA LA MITAD DE LA PENA IMPONIBLE
POR ACEPTACIÓN DE CARGOS (LEY 1765-15 art. 97).**

Es improcedente Por falta de implementación del sistema acusatorio. (PROVIDENCIA CON SALVAMENTO DE VOTO CR. CAMILO ANDRES SUAREZ ALDANA)

"Por ende, en similares circunstancias se encuentra la citada Ley 1765 de 2015 que nos ocupa, porque aunque entró a regir el 23 de julio pasado, en parte la aplicación está condicionado a que se encuentre operando el sistema acusatorio, como lo refiere el mismo Capítulo II de la citada ley, donde se encuentra ubicada la norma petitionada del artículo 97, y en la que palmariamente se refiere que son disposiciones proferidas para garantizar la plena operatividad del Sistema Penal Acusatorio en la Jurisdicción Especializada y cuando nos referimos a operatividad, ello quiere significar que ya se tiene "*capacidad para realizar una función*"¹, es decir que su aplicación es efectiva. Lo que de plano a la fecha no es viable mientras no se actualice o expida el decreto de implementación, a que nos hemos referido anteriormente".

(...)

"De manera que, considera la Sala que la presente actuación procesal cuyo trámite se inició con la Ley 522 de 1999 modificado por la Ley 1058 de 2006, debe someterse a esa normatividad, incluyendo los beneficios

¹ <http://dle.rae.es> Real Academia Española © Todos los derechos reservados

punitivos de ley; y que solo cuando el sistema penal acusatorio castrense, consagrado en la Ley 1407 de 2010 y por ende las norma pertinentes de la Ley 1765 de 2015, que fija disposiciones para el trámite y la garantía de su plena operatividad al sistema penal acusatorio, **esté efectivamente implementado**, será viable cumplir las reglas, presupuestos y beneficios procesales y punitivos en ellas contenidos, especialmente, en lo que se refiere el artículo 97 de la Ley 1765/15.

CONFESIÓN LEY 522/99. Es diferente a la aceptación de cargos consagrada en la ley 1765 de 2015.

Adicionalmente, considera la Sala disidente que cuando el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, se refiere a la aceptación de cargos durante la diligencia de indagatoria, no es viable equipararla con la confesión de la Ley 522 de 1999, pues en el primero caso estamos frente a una confesión simple del imputado que conlleva a una sentencia anticipada, más ya no se trata de un medio probatorio dentro del nuevo sistema, en cambio en la segunda si es un medio probatorio, sometido a la valoración del Juez conforme a la sana critica.

JUECES. Son distintos los creados con la ley 1765 de 2015 a los creados mediante ley 522/99.

...Y cuando se habla del juez de conocimiento, no hay razón jurídica alguna para equipararla con los jueces creados en la Ley 522 de 1999, sino a los creados por la misma Ley 1765 de 2015, ello se desprende del artículo tercero numerales 3° y 4°, artículos octavo y noveno en concordancia con el artículo 94 de dicha ley, en la que se señala que los procesos en lo que no se hubiese iniciado el juicio a la vigencia de la presente ley "se regirán por las nuevas normas de competencia aquí establecidas siempre y cuando se hayan implementado los nuevos juzgados de conocimiento", lo que a la fecha no se ha cumplido; luego no es viable hacer inferencias o interpretaciones que la ley no permite para tratar de dar alcance jurídico a una norma que no es factible aplicar por carencia, reiteramos, de su implementación, es decir, considerar que los jueces de brigada o de división son los mismos jueces de conocimiento que se comentan en el tan citado artículo 97, no es viable, pues ello no se desprende de su contenido".

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. Permite resolver conflictos entre normas coexistentes.

De acuerdo con lo anterior, la favorabilidad como norma rectora de los trámites de legislación penal, rige para resolver los conflictos entre normas coexistentes cuando los medios de interpretación no han permitido

resolverlo; circunstancia que no acontece actualmente con la expedición de la plurimencionada ley, que si bien es cierto se encuentra vigente y aplicable en algunas materias que legisló, pero, no en cuanto a la normatividad que modifica o adiciona la Ley 1407 de 2010, en la medida que mientras el Gobierno Nacional no expida el decreto que la implemente por simple lógica no es viable su aplicación, luego no habría a la fecha discusión o conflicto entre normas que rigen una misma materia, acontecer que si se presenta una vez este implementado el sistema penal acusatorio castrense, sólo en ese instante existiría razón válida para acudir a las reglas del artículo 8° de la Ley 1407 de 2010. En otros términos, si bien la Ley 1765 de 2015 existe, algunas de sus disposiciones, como las que perfilan institutos propios y exclusivos para garantizar la plena operatividad del Sistema Penal Acusatorio en la jurisdicción especializada, requieren de su indispensable implementación para ser aplicadas, y así, regiría coexistencia de leyes, lo que no se opone a la aplicación de favorabilidad.

Dice el inciso tercero del artículo 29 de la Constitución, *"En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable"*; la cuestión es cómo se puede aplicar una norma que a la fecha

no ha sido implementada, más cuando ni siquiera se han nombrado los jueces de conocimiento, funcionarios, que para el caso en concreto son los que gozan de la facultad para aplicar el procedimiento del artículo 97 de la Ley 1765 de 2015...".

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

Sala: Cuarta de Decisión

Magistrado Ponente: CR. (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA

Radicación: 158304-9577-XV-088

Procedencia: Juzgado Quinto Penal Militar de Brigadas

Procesado: Soldado regular RIAÑO CONTRERAS JULIO CESAR

Delitos: Deserción y abandono del puesto

Motivo Alzada: Apelación Sentencia Condenatoria

Decisión: Confirma

Bogotá, D.C., primero (1) de diciembre de dos mil quince (2015)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Conoce la Cuarta Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar de la apelación de la sentencia condenatoria adiada el 14 de agosto de 2015, por medio de la cual el Juez Quinto de Brigadas, condena al soldado regular RIAÑO CONTRERAS JULIO CESAR por los delitos de abandono del puesto y deserción en concurso con abandono del puesto.

II. ACONTECER FÁCTICO

El Juzgado Quinto de Brigadas, mediante auto del 15 de julio de 2015, acumuló dos (2) investigaciones seguidas en contra del acusado soldado regular RIAÑO CONTRERAS JULIO CESAR, el primero por el delito de abandono del puesto y, el segundo por los delitos de abandono del puesto y deserción, según hechos acaecidos el 14 de junio y 4 de julio de 2014, respectivamente.

Los diferentes hechos fueron narrados por el a quo, de la siguiente manera:

(i) "El 14 de Junio de 2014 el SLR. RIAÑO CONTRERAS JULIO CESAR, se ausentó sin permiso de las instalaciones del Batallón, estando nombrado de guardia en la orden del día para el 15 de Junio en el horario de 01:00 a 04:00 horas"

*(ii) "El 4 de Julio de 2014 el SLR. RIAÑO CONTRERAS JULIO CESAR, se ausentó si permiso de las instalaciones del Batallón, estando nombrado de centinela y a fecha del informe 10 de Julio del mismo año, no se había presentado"*².

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con respecto a los hechos del 14 de junio de 2014, el Juzgado 79 de Instrucción Penal Militar con fundamento en el informe suscrito por el teniente JAIMES DELGADO OSCAR GERARDO, Comandante Compañía de Seguridad BITER No. 13, dispone con auto de fecha 16 de julio del mismo año abrir la investigación penal formal por el delito de abandono del puesto en contra del soldado regular RIAÑO CONTRERAS³, siendo vinculado al proceso por medio de indagatoria el 1° de agosto de 2014⁴.

Se resolvió la situación jurídica con auto calendado el 4 de agosto de 2014, imponiéndole medida de aseguramiento el instructor consistente en detención preventiva, negándole el beneficio de libertad provisional⁵.

Posteriormente, le fue otorgada de oficio la libertad provisional por parte del Juez 79 de Instrucción Penal Militar mediante auto del 30 septiembre de 2014⁶ y el 20 de mayo del mismo año, luego de perfeccionada la investigación,

² Folio 166 co2

³ Folio 23 col

⁴ Folio 40 col

⁵ Folio 44 col

⁶ Folio 63 col

la Fiscalía 29 Penal Militar profiere resolución de acusación en contra del soldado implicado como autor del delito militar de abandono del puesto⁷.

En firme la resolución de acusación, se dispone el envío del proceso al Juez Quinto de Instancia ante Brigadas.

En relación con los hechos acaecidos el 4 de julio de 2014, el Juzgado 79 de Instrucción Penal Militar con fundamento en el informe suscrito por el sargento primero GARCIA VARGAS GILBERTO, Comandante Compañía de Seguridad BITER No. 13 (encargado), dispone con auto de fecha 11 de agosto del mismo año abrir la investigación penal formal por el delito de abandono del puesto en concurso con el delito de deserción en contra del mismo soldado regular RIAÑO CONTRERAS⁸, siendo vinculado al proceso por medio de indagatoria el 19 de septiembre de 2014⁹.

Resolviéndose su situación jurídica con auto calendado el 26 de septiembre de 2014, se dispuso por el Juez de Instrucción abstenerse de decretar medida de aseguramiento¹⁰ en su contra.

⁷ Folio 89 co1

⁸ Folio 21 co2

⁹ Folio 24 co2

¹⁰ Folio 58 co2

Después de perfeccionada la investigación la Fiscalía 29 Penal Militar, profirió resolución de acusación en contra del procesado como autor del delito militar de abandono del puesto en concurso con deserción¹¹.

Ejecutoriada la resolución de acusación, se dispuso el envío del proceso al Juez Quinto de Instancia ante Brigadas, quien al momento de estudiar su legalidad, dispone con auto de fecha 15 de julio de 2015, acumular los procesos adelantados en contra del soldado RIAÑO CONTRERAS JULIO CESAR, por los referidos hechos acaecidos el 14 de junio y 4 de julio de 2014, acusado por los delitos de abandono del puesto y abandono del puesto en concurso con deserción, respectivamente; a su vez, y al no advertir causal alguna que invalide la actuación de conformidad con la Ley 1058 del 2006, convocó a las partes para la celebración de audiencia de acusación y aceptación de cargos¹².

Agotadas las etapas procesales del juicio, el 14 de agosto del 2015, se profiere sentencia condenatoria en contra del soldado regular RIAÑO CONTRERAS JULIO CESAR por los delitos de abandono del puesto en concurso con el de abandono del puesto y deserción¹³.

¹¹ Folio 140 co2

¹² Folio 172 co2

¹³ Folio 186 a 201 co2

Inconforme con esta decisión la abogada defensora del procesado, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de condena¹⁴ y es lo que ocupa ahora la atención de esta Sala de Decisión.

IV. DE LA PROVIDENCIA APELADA

El *a quo*, después de relacionar el material probatorio de las dos investigaciones, transcribir la intervención de los sujetos procesales, demostrar la calidad de uniformado y la actividad propia del servicio que cumplía el procesado para la fecha de marras, señaló textualmente:

"El acusado SLR. RIAÑO CONTRERAS fue nombrado de centinela en la orden del día 0164 de la Compañía de Seguridad del BITER-13 para el 15 de Junio de 2014, en tercer turno, puesto 5, en el horario de 01:00 a 4:00 horas; se ausentó sin permiso de la guardia, no recibió el puesto y solo se volvió a saber de él, el 15 de julio (sic) de 2014 a las 13:30 horas, incurriendo en la descripción típica del artículo 12 del Código Penal Militar"

"El acusado SLR. RIAÑO CONTRERAS JULIO CESAR se encontraba legalmente nombrado de CENTINELA en la orden del día No. 184 para el 4 de julio de 2014 (...) en el turno de 19:00 a 22:00 horas (...) no recibió el puesto de CENTINELA para el que fue nombrado, a pesar de que debía permanecer de facción o disponible en el recinto de la guardia, decidió

¹⁴ Folio 205 co2

voluntariamente ausentarse de la unidad sin permiso de sus superiores (...) incurriendo entonces en la descripción típica del artículo 112 del CPM"

"(...) el hoy procesado el 4 de Julio de 2014 se ausentó sin permiso de las instalaciones del Batallón y de sus deberes como soldado bajo banderas, volviéndose a saber de su paradero solo hasta el diecisiete del mismo mes y año cuando voluntariamente hizo presentación de nuevo en la unidad, estuvo ausente sin permiso doce (12) días; luego si el procesado permaneció ausente sin permiso más de cinco (5) días consecutivos que trae la norma penal, su comportamiento encuadra en forma precisa en la descripción típica"¹⁵.

Considera la Juez que al aceptar el procesado, que el incumplimiento de su turno como centinela para el 14 de junio de 2014, se debió al deseo de ir a ver películas -aunque su compañero de filas refiere que inicialmente fueron a la vereda donde estuvieron en una fiesta-, es claro que se apartó sin justificación del recinto de la guardia donde debería permanecer de facción por ser integrante del cuerpo de seguridad de la Unidad Militar, aunado a estar el Batallón en acuartelamiento de primer grado, por lo que le permite señalar sin dubitación alguna que vulneró el bien jurídico protegido sin justa causa.

Respecto de los hechos del 4 de julio, afirma que el acusado edifica su estrategia defensiva

¹⁵ Folio 154 co2

en un posible estado de necesidad, donde supuestamente a su señora madre la iban a sacar de la pieza donde vivía por un mes de arriendo que debía, "estado de necesidad que era fácilmente superable, debido a que su progenitora tiene otros seis hijos que la hubieran ayudado en el supuesto problema; por otra parte se establece según los testimonios obrantes que su mamá debía apenas un mes de arriendo, circunstancia que no daba para que el procesado prefiera incurrir en las conductas que se le imputan para irse a "trabajar", ganarse ciento ochenta mil pesos para dejarle lo del arriendo a su progenitora. (...) la circunstancia no era apremiante y la familia de la mencionada señora tenía otras posibilidades de atender la situación".

En cuanto a la culpabilidad, señala que hay "fehacientes pruebas demostrativas sobre el particular, las cuales guardan plena correspondencia entre si y nos llevan a pregonar que el procesado orientó su voluntad a la comisión de los hechos en las dos ocasiones que aquí se juzgan".

Concluye que no cabe duda que los hechos materia de investigación, corresponden a la definición típica que hacen los artículos 109 y 112 del estatuto penal castrense, encontrándonos ante un concurso real o efectivo de tipos, es decir, al abandonar la Unidad Militar sin permiso por más de cinco días y

ausentarse de la guardia estando de nombrado de centinela, lesiona los tipos penales de deserción y en dos ocasiones el de abandono del puesto.

Después de fijar la pena en 16 meses, correspondiendo 12 meses por el delito de abandono del puesto y aumentado en 4 meses por los delitos de deserción y el segundo de abandono del puesto, señala: *"que no es procedente la aplicación [de] los beneficios del artículo 493 de la Ley 1765 del 23 de julio de 2015, por tratarse de institutos del sistema penal acusatorio en la jurisdicción castrense, el cual no se ha implementado aún en la justicia penal militar"*¹⁶.

En consecuencia, refiere que en el presente caso, ha hecho presencia los elementos estructurales del tipo penal y por lo tanto se cuenta con la certeza frente a la ocurrencia de los hechos punibles y la responsabilidad del procesado, conforme al artículo 396 del Código Penal Militar.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La abogada del procesado RIAÑO CONTRERAS, presenta su desacuerdo parcial con la sentencia condenatoria adiada el 14 de agosto de 2015, en la medida que al *quantum* punitivo que fijó el a

¹⁶ Folio 200 co2

quo no le fueron aplicadas las rebajas establecidas en el artículo 97 de la Ley 1765 de 2014, las que por favorabilidad correspondían a su prohijado.

Después de transcribir apartes de la sentencia C-592 de 2005, señala que a su representado se le está vulnerando el derecho al debido proceso al aplicar una pena más gravosa y al no otórgale las rebajas contempladas en la nueva ley, incurriéndose en una posible vía de hecho judicial.

Expone al amparo de lo estipulado en el artículo 29.3 de la Constitución, que trata sobre la ley permisiva o favorable y su aplicación de manera preferente a la restrictiva o desfavorable aun cuando sea posterior, la posibilidad de darle cabida al artículo 97 de la Ley 1765 de 2015 actualmente vigente, en tanto se adaptaría con las exigencias constitucionales.

Señala que como el principio de favorabilidad es para beneficio del condenado, se aplicaría en los periodos de tránsito legislativo y en la regulación de conflictos entre normas cuya vigencia es simultánea, luego si una nueva ley es *"más favorable al procesado, debe aplicarse en forma retroactiva a hechos cometidos durante la vigencia de una ley anterior desfavorable"*.

Por último, refiere que si bien es cierto la implementación del nuevo sistema se ha visto truncado por factores de índole administrativo y presupuestal, tomándose la determinación poco acertada de hacer una mezcla de legislación vigente con derogada, no considera éste un argumento suficiente para la no aplicación del principio de favorabilidad; en consecuencia solicita se revoque parcialmente la sentencia condenatoria, y se aplique el quantum punitivo del artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, es decir se le conceda a su defendido una rebaja de pena de hasta el 50%.

VI. MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 315 Judicial II Penal, solicita se revoque parcialmente la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Quinto Penal Militar de Brigadas en contra del soldado regular RIAÑO.

Considera que es procedente conceder la rebaja contemplada en el artículo 492 de la Ley 1407 de 2010 y así mismo la rebaja que consagra el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015. Añade que esta última norma está destinada para ser aplicada a los delitos que se rigen por el procedimiento especial de la Ley 1058 de 2006, por lo que no observa impedimento alguno para que dicha disposición que resulta más favorable para el procesado, sea aplicada y se le conceda

la rebaja de la pena de hasta la mitad, más aún cuando la aceptación de cargos se hizo en la indagatoria.

Textualmente afirma lo siguiente: *"aunque es claro que el nuevo sistema penal de talante acusatorio que se instauró mediante las leyes 1407 de 2010 y 1765 de 2015 no se ha implementado aún, tales normas se encuentran vigentes y por tanto deben tener aplicación en sus partes favorables, como ocurre con las rebajas de pena por aceptación de cargos en diferentes momentos procesales"*.

No comparte la dosificación de la pena realizada por el *a quo*, en su lugar señala que al no existir antecedentes o agravantes la pena debe partir del mínimo imponible más grave que oscilaría de uno a tres años, tiempo que habría de rebajarse la mitad por aceptación de cargos en la indagatoria de conformidad con el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, quedando en 6 meses, tiempo al que también debía restársele la mitad por haberse presentado el soldado dentro de los ocho (8) días siguientes, quedando una pena a imponer de tres meses, la cual debe ser aumentada en un tanto por tratarse de concurso, entonces al sumarle los cuatro meses que consideró el juez, la pena sería en definitiva de siete meses de prisión.

Por lo anterior, solicita se revoque el numeral segundo de la sentencia condenatoria para que se modifique la sentencia impuesta.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia. Esta Corporación es competente para conocer de la apelación conforme lo dispone los artículos 238.3 y 583 de la Codificación Castrense, que otorgan la competencia al Superior para resolver el recurso correspondiente en lo referente a la materia del mismo o los asuntos inescindibles al mismo.

Sobre un solo aspecto diferimos quienes hoy suscribimos la presente decisión, respecto de la ponencia (hoy salvamento de voto) que presentara el honorable Magistrado Coronel CAMILO ANDRÉS SUAREZ ALDANA, y es el referido a la posibilidad de dar aplicación a la Ley 1765 de 2015, específicamente en la concesión de una rebaja de pena de hasta de la mitad, conforme se establece en el artículo 97 de la citada normatividad.

Aunque los hechos del presente juzgamiento acontecieron en vigencia de la Ley 1407 de 2010, lo obvio es que este sea el estatuto que regule el asunto, no obstante el proceso tuvo que tramitarse conforme a la ritualidad establecida en la Ley 522 de 1999, en la medida

que para la fecha en que el Juez de Instrucción dispuso la apertura de la investigación formal, no había sido posible el plan de implementación del sistema penal acusatorio castrense, conforme lo dispone el artículo 627 de la Ley 1407 de 2010.

Sobre dicho tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencia AP3976 del presente año, refirió:

En efecto, si bien la Ley 1407 de 2010 entró en vigencia el 17 de agosto de dicho año, su eficacia o efectiva aplicación, en tanto se hable del sistema oral acusatorio que en ella se diseñó también para la Justicia Penal Militar, quedó condicionada, como se hizo con la Ley 906 de 2004 en su momento y lo indicó la Sala en su decisión del 7 de marzo de 2012, Rad. No. 38401, a un proceso de implementación territorial, de modo que ésta sólo resultaba realmente aplicable a partir de ciertas fechas, no obstante regir para hechos cometidos desde el 1° de enero de 2005 y en determinados distritos judiciales, lo cual implicó que a pesar de que los sucesos ocurrieran después del 1° de enero de 2005, el sistema oral acusatorio se aplicara solamente en aquellos territorios donde se hubiere implantado de conformidad con el proceso que al efecto estableció el artículo 530 de dicho ordenamiento.

En la Ley 1407 acontece algo similar, porque aunque entró a regir el 17 de agosto de 2010 la aplicación del sistema oral acusatorio y obviamente de las normas que lo regulan, depende de que en el respectivo territorio se haya implementado; así se previó en su artículo 627: "El Ministerio de Defensa Nacional en coordinación con el Ministerio de

Hacienda y Crédito Público, a más tardar dentro del año siguiente de la promulgación de la presente ley establecerá un plan de implementación del Sistema Acusatorio en la justicia penal militar acorde con el Marco Fiscal de mediano plazo del Sector Defensa y el Marco de Gasto de mediano plazo del mismo sector”.

Es decir, a pesar de que la Ley 1407 de 2010 entró en vigencia el 17 de agosto de ese año, no ha sido viable aplicarla en cuanto hace al sistema penal acusatorio por cuanto simplemente no ha sido posible su implementación, luego los procesos, así se trate de hechos ocurridos con posterioridad al 17 de agosto de 2010, se han tramitado de conformidad con los ritos contenidos en la Ley 522 de 1999, lo cual por demás patentiza este asunto, haciendo de paso evidente que en ese sentido la demanda carece de fundamento al pretender vulnerado el axioma de legalidad.

Efectivamente con la expedición de la Ley 1765 de 2015, se conforma la Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza su cuerpo técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia para el tránsito al sistema Penal acusatorio y garantizar su plena operatividad en la jurisdicción especializada, no obstante el Gobierno Nacional no ha proferido el decreto o actualizado el decreto que establezca las 4 fases territoriales en las que progresivamente y sucesivamente, año a año, se aplicará el sistema penal acusatorio en la Justicia Penal Militar, pues si bien se profirió inicialmente el decreto 2960 de 2011, lo era para que se

aplicara desde el 1° de enero de 2012, lo cual no fue posible porque se dependía de condiciones presupuestales, logísticas de personal, luego se dictó el decreto 4977 de 2011 modificando el anterior para que se iniciara a partir del 1° de enero de 2013 ante una segunda imposibilidad de concretarse su aplicabilidad, se aplazó para el 1° de enero de 2014 con el decreto 2787 de 2012 y finalmente para el 1° de enero de 2015 de conformidad con el decreto 314 de 2014, lo que tampoco fue viable; circunstancias que a la fecha no han variado, pues a pesar que la Ley 1765 reestructuró la justicia Penal Militar y creó la Fiscalía Penal Militar, entre otros temas, reiteramos, no se ha implementado la operatividad y aplicación del sistema penal acusatorio en las fases territoriales en las que progresiva y sucesivamente debió aplicarse el sistema acusatorio en la jurisdicción especializada, aunado a que ni siquiera se ha determinado la fecha en que comenzaría a regir.

Por ende, en similares circunstancias se encuentra la citada Ley 1765 de 2015 que nos ocupa, porque aunque entró a regir el 23 de julio pasado, en parte la aplicación está condicionado a que se encuentre operando el sistema acusatorio, como lo refiere el mismo Capítulo II de la citada ley, donde se encuentra ubicada la norma peticionada del artículo 97, y en la que palmariamente se

refiere que son disposiciones proferidas para garantizar la plena operatividad del Sistema Penal Acusatorio en la Jurisdicción Especializada y cuando nos referimos a operatividad, ello quiere significar que ya se tiene "capacidad para realizar una función"¹⁷, es decir que su aplicación es efectiva. Lo que de plano a la fecha no es viable mientras no se actualice o expida el decreto de implementación, a que nos hemos referido anteriormente.

Para un mayor entendimiento del tema, válido resulta traer a colación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia al respecto:

*"En orden a resolver ese punto, conviene distinguir entre existencia, validez, vigencia e implementación de la ley. Desde ese punto de vista, la ley existe cuando ella se introduce en el orden jurídico luego de cumplir las condiciones y requisitos para su producción; es válida cuando formal y sustancialmente respeta normas superiores que le anteceden o le sobrevienen; está vigente cuando genera o produce efectos jurídicos; y **se implementa** mediante "una serie ordenada de pasos, tanto jurídicos como fácticos, preterminados por la misma norma, encaminados a lograr la materialización, en un determinado periodo de tiempo; de una política pública que la norma refleja"¹⁸. (Negrillas fuera de texto)*

¹⁷ <http://dle.rae.es> Real Academia Española © Todos los derechos reservados

¹⁸ Sentencia C 873 de 2003. En igual sentido, auto del 4 de mayo de 2005, radicado 19094, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

Así, a partir del concepto unitario de Estado (artículo 1 de la Constitución Política), puede afirmarse que las leyes están destinadas, por regla general, a regir en todo el territorio nacional desde que se promulgan (artículo 165 idem), razón por la cual la Ley 906 de 2004 existe. Cuestión diferente es que algunas de sus disposiciones, como las que perfilan institutos propios y exclusivos del nuevo sistema de investigación y juzgamiento, requieran de su indispensable implementación, lo cual es en todo caso distinto a decir que la ley 906 de 2004 no rige ni es válida en aquellas materias relacionadas con el diseño de los principios constitucionales y con instituciones que son comunes con la legislación procesal precedente¹⁹.

Claro que lo aconsejable es que la existencia, vigencia e implementación coincidan, en el marco de la llamada vigencia sincrónica de la ley, pero porque ello no siempre es posible es que el legislador dispone su vigencia sucesiva (gradualidad), dejándole al interprete la tarea de encontrar su cabal aplicación²⁰”²¹. (Subrayado fuera de texto)

De manera que, considera la Sala que la presente actuación procesal cuyo trámite se inició con la Ley 522 de 1999 modificado por la Ley 1058 de 2006, debe someterse a esa normatividad, incluyendo los beneficios

¹⁹ Cfr, en este sentido, por todos, Corte Suprema de Justicia, auto del 4 de mayo de 2005 citado.

²⁰ .” Corte Constitucional, sentencia C 302 de 1999 “Esta última ocurre (la vigencia sincrónica) cuando todas las disposiciones constitutivas de la ley entran en vigencia simultáneamente, mientras que la primera (vigencia sucesiva) se presenta cuando tal vigencia va dándose parcialmente, en el tiempo, a medida que las circunstancias previstas por el legislador lo hacen exigible.”

²¹ C.S.J. Magistrado Ponente MAURO SOLARTE PORTILLA. Proceso No 23880 del 19 de julio de 2005.

punitivos de ley; y que solo cuando el sistema penal acusatorio castrense, consagrado en la Ley 1407 de 2010 y por ende las norma pertinentes de la Ley 1765 de 2015, que fija disposiciones para el trámite y la garantía de su plena operatividad al sistema penal acusatorio, **esté efectivamente implementado**, será viable cumplir las reglas, presupuestos y beneficios procesales y punitivos en ellas contenidos, especialmente, en lo que se refiere el artículo 97 de la Ley 1765/15.

En ese orden de ideas, tenemos que el presente proceso contra el soldado RIAÑO CONTRERAS, se inició el 16 y 17 de julio de 2014, siendo acumulado y decretado el inicio de juicio el 15 de julio de 2015, rigiéndose tanto la investigación formal como el juzgamiento por la Ley 522 de 1999 modificada en cuanto a su procedimiento por la Ley 1058 de 2006, de manera que es esta la normatividad que debe regular toda la actuación y no la Ley 1407 de 2010 ni la Ley 1765 de 2015, pues en esta última se crean nuevas normas de competencia, que están condicionadas a la implementación de los nuevos juzgados de conocimiento, los que a la fecha no se han concretado, además de que se fija para las conductas punibles establecidas en la Ley 1058 de 2006 un procedimiento diferente desde el mismo instante en que es escuchado en indagatoria el procesado, lo cual resulta incompatible con el

procedimiento que permitió la investigación, calificación y juicio.

Adicionalmente, considera la Sala disidente que cuando el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, se refiere a la aceptación de cargos durante la diligencia de indagatoria, no es viable equipararla con la confesión de la Ley 522 de 1999, pues en el primero caso estamos frente a una confesión simple del imputado que conlleva a una sentencia anticipada, más ya no se trata de un medio probatorio dentro del nuevo sistema, en cambio en la segunda sí es un medio probatorio, sometido a la valoración del Juez conforme a la sana crítica. Y cuando se habla del juez de conocimiento, no hay razón jurídica alguna para equipararla con los jueces creados en la Ley 522 de 1999, sino a los creados por la misma Ley 1765 de 2015, ello se desprende del artículo tercero numerales 3° y 4°, artículos octavo y noveno en concordancia con el artículo 94 de dicha ley, en la que se señala que los procesos en lo que no se hubiese iniciado el juicio a la vigencia de la presente ley "se regirán por las nuevas normas de competencia aquí establecidas siempre **y cuando se hayan implementado los nuevos juzgados de conocimiento**", lo que a la fecha no se ha cumplido; luego no es viable hacer inferencias o interpretaciones que la ley no permite para tratar de dar alcance jurídico a una norma que no es factible aplicar por carencia,

reiteramos, de su implementación, es decir, considerar que los jueces de brigada o de división son los mismos jueces de conocimiento que se comentan en el tan citado artículo 97, no es viable, pues ello no se desprende de su contenido.

Y es que, el mismo representante del Ministerio Público, que apoya los argumentos de la defensa de la aplicación del artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, es puntual en señalar que las normas del Sistema Acusatorio Penal no se ha implementado aún, pero que a pesar de ello debe aplicarse por el principio de favorabilidad; lo que contraviene con las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en la que claramente ha establecido *"todas aquellas actuaciones cuyo trámite haya iniciado con la Ley 522 de 1999, deben someterse a ese estatuto (...) y que solo cuando el sistema penal con tendencia acusatoria, consagrado en la Ley 1407 de 2010, esté efectivamente implementado, se tendrá que acatar las reglas y presupuestos procesales en ellas descritos"*²².

De otra parte, la defensa sustenta sus argumentos en el principio de favorabilidad, el que la Sala analizará para el caso en concreto y no de forma general, por cuanto cada asunto tiene sus particularidades²³.

²² Sentencia CSJ. Rad. 46.296 del 5 de agosto de 2015

²³ Sentencia CSJ Rad. 44195 del 3 de septiembre de 2014

Sería del caso definir cuál de las dos normas (Ley 1058 de 2006 que modificó la Ley 522 de 1999 en el procedimiento especial o el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015) le resulta más beneficiosa al condenado, sin que sea viable construir una tercera disposición con partes de cada una, como tomar la confesión de la Ley 522 de 1999, para construir una aceptación de cargos para sentencia anticipada, por cuanto estaríamos suplantando al legislador y por ende desnaturalizando el procedimiento; de no ser porque el artículo 97 de la Ley 1765/15, si bien es cierto está vigente, es inaplicable por falta del decreto que implemente el sistema penal acusatorio, pues dicha disposición precisamente pretende garantizar su plena operatividad, lo cual no es viable si el sistema no tiene efectiva aplicación. De no ser que la citada norma hubiese determinado con claridad la aplicación de dicho procedimiento previa a la implementación del sistema.

El artículo 8° del Código Penal Militar (Ley 1407 de 2010) contempla y desarrolla la norma constitucional de la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior que se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, incluso para los condenados. En palabras del profesor JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA, la favorabilidad es el principio inspirador, pero la norma es en verdad la

prescripción de aplicación retroactiva de la ley penal posterior más benigna.

De acuerdo con lo anterior, la favorabilidad como norma rectora de los trámites de legislación penal, rige para resolver los conflictos entre normas coexistentes cuando los medios de interpretación no han permitido resolverlo; circunstancia que no acontece actualmente con la expedición de la plurimencionada ley, que si bien es cierto se encuentra vigente y aplicable en algunas materias que legisló, pero, no en cuanto a la normatividad que modifica o adiciona la Ley 1407 de 2010, en la medida que mientras que el Gobierno Nacional no expida el decreto que la implemente por simple lógica no es viable su aplicación, luego no habría a la fecha discusión o conflicto entre normas que rigen una misma materia, acontecer que si se presenta una vez este implementado el sistema penal acusatorio castrense, sólo en ese instante existiría razón válida para acudir a las reglas del artículo 8° de la Ley 1407 de 2010. En otros términos, si bien la Ley 1765 de 2015 existe, algunas de sus disposiciones, como las que perfilan institutos propios y exclusivos para garantizar la plena operatividad del Sistema Penal Acusatorio en la jurisdicción especializada, requieren de su indispensable implementación para ser aplicadas, y así, regiría coexistencia de

leyes, lo que no se opone a la aplicación de favorabilidad.

Dice el inciso tercero del artículo 29 de la Constitución, *"En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable"*; la cuestión es cómo se puede aplicar una norma que a la fecha no ha sido implementada, más cuando ni siquiera se han nombrado los jueces de conocimiento, funcionarios, que para el caso en concreto son los que gozan de la facultad para aplicar el procedimiento del artículo 97 de la Ley 1765 de 2015; pues reiteramos, en cuanto a la competencia, los jueces de conocimiento de la Ley 1765 no pueden ser equiparados con los Jueces de Instancia de Brigada o de Inspección o de Dirección a que se refiere el Código Penal Militar (Ley 522 de 1999 modificado por la Ley 1058 de 2006), en similar sentido esta Sala se pronunció en pasada oportunidad señalando lo siguiente:

"(...) menos aún puede invocar la Ley 1765 de 2015 en su Título VIII, Capítulo I, artículo 96 numeral 4 para justificar su argumentación, pues esta es una competencia posterior a la fecha de los hechos, amén de lo anterior no se ha implementado para que se pueda afirmar que en este momento el Juzgado de la Dirección General de la Policía Nacional pueda conocer de los procesos de competencia del juzgado de Inspección General de la Policía Nacional, conforme lo dispone el mismo artículo 94 de dicha

Ley; tema que se desarrollará por la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar a través de los actos administrativos pertinentes una vez se comience a implementar el sistema acusatorio en la Justicia Penal Militar”²⁴.

Ahora, de conformidad con el principio de legalidad, es de pleno conocimiento que para imponer sanciones penales, no es suficiente que la ley detalle la conducta punible sino que es necesario establecer el procedimiento y el juez competente para investigar y sancionar esas conductas (Constitución Nacional artículos 28 y 29), o sea, para que se pueda castigar penalmente a una persona, no basta que la rama legislativa a través de sus congresistas defina los delitos y las penas imponibles sino que debe existir en el ordenamiento un procedimiento aplicable y un juez o tribunal competente claramente establecidos²⁵, y en la Ley 1765 de 2015, aunque se precisó el procedimiento y que es el juez de conocimiento el competente para sancionar las conductas típicas que consagra la Ley 1058 de 2006, como disposición para garantizar la plena operatividad del sistema acusatorio, a la fecha no está en funcionamiento precisamente por la falta de implementación del sistema y cuando el artículo 97 (L.1765/15) refiere al “juez de conocimiento” debemos inferir que es el juez de conocimiento creado por esa misma ley y no otro, lo cual tampoco se ha definido conforme

²⁴ 158339-8017-XIII-336-PONAL treinta (30) de octubre del año dos mil quince (2015). CN (RA) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA

²⁵ Corte constitucional C 444 de 2011

lo ordena el artículo 94 de la citada ley. En resumen a la fecha es imposible aplicar dicha normatividad.

Por último, no es posible obviar la literalidad de la norma estudiada (artículo 97 L.1765/15), pues en principio, ella regula el procedimiento de las conductas punibles establecidas en la Ley 1058 de 2006: equivalencia del acta de aceptación de cargos con la resolución de acusación y supresión de la audiencia o corte marcial para en su lugar proferir de plano la sentencia, circunstancia que permite conceder rebajas o beneficios punitivos instituida por el legislador, específicamente para los procesos tramitados durante su vigencia.

Sin embargo, sin tratar de excluir lo dicho, es evidente que el funcionario judicial no puede limitarse en la elemental lectura exacta de la norma, sino que le corresponde constatar su ámbito específico de práctica aplicación. Para ello, no hay mejor instrumento interpretativo que establecer cuál fue el espíritu del legislador al regular dicho aspecto.

Es en este ejercicio, la Sala puede afirmar sin dubitación alguna y como en su oportunidad lo señalo el Honorable Magistrado Camilo Andrés Suarez Aldana en su ponencia inicial hoy salvamento de voto, que *"se trata de preceptos que contribuyen a descongestionar los procesos*

adelantados con las Leyes 522 de 1999 y 1058 de 2006, cuando en diligencia de indagatoria se aceptan los cargos, NO PARA EL SISTEMA ACUSATORIO”, sin embargo, su filosofía no es la de entrar al nuevo sistema con cero carga laboral, como lo refiere el H. Magistrado, pues ello no se desprende del articulado, sino es el descongestionar la carga laboral en el mismo instante que el sistema penal acusatorio castrense y por ende la multicitada ley 1765 tenga efectiva aplicación, donde allí sí, conjuntamente, el querer del legislador al promulgar dicha norma fue reducir el procedimiento y otorgar disminuciones punitivas por aceptación de cargos, exclusivamente para las conductas punibles reguladas en la Ley 1058 de 2006.

Siendo consecuente con lo anterior, se despachará en forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado RIAÑO CONTRERAS, y se entrará a confirmar la providencia de fecha 14 de agosto de 2015 que condenó al soldado regular RIAÑO CONTRERAS JULIO CESAR, no acogiendo los argumentos expuestos por el representante del Ministerio Público.

En mérito a lo expuesto, la Cuarta Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IX. RESUELVE.

DESPACHAR en forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto por la Doctora NARDA ROCIO GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, en consecuencia confirmar la sentencia de fecha 14 de agosto de 2015, proferida por el Juez Quinto de Brigadas, mediante la cual se condenó a la pena de prisión de 16 meses al soldado RIAÑO CONTRERAS CESAR por los delitos de abandono del puesto en concurso con el de deserción y abandono del puesto, según lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

Coronel (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA
Magistrado Ponente

(SALVAMENTO DE VOTO)
Coronel **CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA**
Magistrado

Capitán de Navío (RA) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA
Magistrado

Abogada **MARTHA LOZANO BERNAL**
Secretaria

Salvamento de voto CR. CAMILO ANDRES SUAREZ ALDANA. Inicialmente el proyecto de providencia le correspondió al citado Magistrado, cuya ponencia fue derrotada, constituyéndose por tanto en Salvamento de voto. Los siguientes fueron los fundamentos del mismo:

" DE LA REBAJA DE PENA, artículo 97 de la ley 1765 de 2015, su vigencia e inmediata aplicación desde el 23 de julio de 2015.

Ahora en cuanto a la rebaja dispuesta en el artículo 97 de la ley 1765 de 2015 se ha de señalar que incurre en craso error el Juez Quinto Penal Militar de Brigada al afirmar que esta norma no es aplicable en este caso pues *"si bien está vigente no es aplicable en este caso pues se diseñó para el sistema acusatorio"*, semejante despropósito contraría la realidad, el ánimo y espíritu de la Ley, su argumento es sorprendentemente infundado, pues como se advierte sin dificultad esta norma fue diseñada específicamente para **"GARANTIZAR LA PLENA OPERATIVIDAD DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN LA JURISIDCCION ESPECIALIZADA"**, se trata de preceptos que contribuyen a descongestionar los procesos adelantados con las Leyes 522 de 1999 y 1058 de 2006, cuando en diligencia de indagatoria se aceptan los cargos, **NO PARA EL SISTEMA ACUSATORIO**, donde no hay injurada y opera otros institutos de rebajas dispuestos en los artejos 491, 491A, 493. La filosofía es descongestionar casos de las legislaciones anteriores y entrar idealmente en el nuevo sistema con cero carga laboral, ello no sólo se

infiere de la claridad del precitado canon 97, sino de la exposición de motivos donde se indica:

"En el Título VII del proyecto, se establecen una serie de medidas para el tránsito al nuevo Sistema Penal Acusatorio en la Justicia Penal Militar y facilitar el proceso de descongestión Judicial, y por ello se prevé que las investigaciones por hechos ocurridos en vigencia de la Ley 522 de 1999, podrán ser asumidas por cualquier Juez de Instrucción Penal Militar, independientemente de la Fuerza a la que pertenezca y del lugar donde ocurran los hechos. Para optimizar este mandato, se otorga al Director Ejecutivo de la Unidad Administrativa Especial de Justicia Penal Militar y Policial, la facultad de redistribuir la carga laboral.

De igual forma y para alcanzar el propósito de un eficaz paso al sistema acusatorio como mecanismo de descongestión y expresión del derecho penal premial, se propone que en aquellos delitos de menor entidad pero de mayor carga laboral, dispuestos en la ley 1058 de 2006²⁶, se tendrá derecho a una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible, cuando en la indagatoria rendida en la investigación, el sindicado aceptare los cargos de forma libre, voluntaria y espontánea, caso en el que el juez de instrucción remitirá lo actuado al Juez de conocimiento, quien tras verificar la aceptación, procederá a aceptarla y seguidamente dictará sentencia".

²⁶ "Por medio de la cual se establece un procedimiento especial en el Código Penal Militar, se adiciona y modifica el Artículo 367 del mismo Código" (Ley 522 de 1.999).

Preocupa, y de manera ostensible, que ha venido haciendo carrera en nuestros funcionarios una impertinente tendencia a ser reticentes a aplicar las nuevas leyes que buscan efectivizar la Justicia Militar y alcanzar la realización de la justicia material oportuna; so pretexto de legalismos infundados y simplistas de que no están vigentes o no son aplicables estas normativas, cuando claro es que entraron en vigencia el 17 de agosto de 2010 -ley 1407- y 25 de julio de 2015 -ley 1765-; ello pasa porque no se inicia un estudio serio, racional y ponderado del espíritu de la Ley y su vigencia en tiempo y espacio. Se rinde tributo a la infundada exegesis taimada sin comprender el verdadero sentido de la normatividad; por ello a veces se nos cuestiona en la comunidad académica, judicial y opinión pública y sólo nos hace ineficaces.

La aplicación de la Ley 1765 de 2015, en lo que no requiere implementación, no necesita un apoyo discursivo y retórico, menos aún acudir a sumisiones irrestrictas sin examen como producto de una mal entendida exegesis, sino de un juicio racional, lógico y ponderado.

No puede olvidarse que **el Juez de Instancia es el Juez de Conocimiento a que hace referencia la Ley 1765 de 2015**, esto es, el Juez dispuesto en la Ley, que inapropiadamente se refería como "de instancia" en las Leyes 522 de 1999 y 1058 de 2006, es objetivamente un

Juez de Conocimiento y al que se hace mención en la Ley 1765 de 2015, y no el juez que se alude en la 1407 de 2010 y artículos 8 y 9 de la 1765 de 2015.

Bajo este entendido y clarificado que el artículo 97 de la Ley 1765 entró a regir desde el 23 de julio de 2015, resulta acertada su invocación, toda vez que es la normativa postrer bajo la teleología de la favorabilidad, pues como lo ha señalado la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, además, desde luego, de la sucesión de leyes en el tiempo más el tránsito o la coexistencia de legislaciones, debe cumplirse básicamente tres condiciones: "*(i) que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones, (ii) que respecto de aquéllas se prediquen similares presupuestos fáctico-procesales, y (iii) que con la aplicación favorable de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable*"²⁷. Aplicados estos criterios al caso bajo examen se tiene que los delitos por los que aquí se procede son de aquellos que consagra la Ley 1058 de 2006 y a los que hace referencia la Ley 1765 de 2015, vale decir, los que se tramitan bajo los cauces del procedimiento especial, lo que nos permite afirmar que los presupuestos fácticos y procesales no se alteran, pues el artículo 97

²⁷ Sala de Casación Penal. Rad. 23.700 del 09 de febrero de 2006. MP. Dr. Alfredo Gómez Quintero

invocado es una norma procesal con contenido sustancial, y sin duda a este momento resulta más benigno aplicar retroactivamente la nueva ordenanza, sin que con ello se altere el procedimiento de la Ley 1058 de 2006, pues lo que hace aquel estatuto es precisamente regular el procedimiento especial, bajo criterios de derecho premial y propendiendo por generar descongestión y beneficios en este esquema adjetivo.

Establecido que el procesado aceptó los cargos en la indagatoria, que ello fue objeto de valoración por el *A quo* y que fijó la pena a imponer en dieciséis (16) meses, se determina que por operar el principio de favorabilidad ésta será de ocho (8) meses de prisión, conforme lo consagrado en el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015".

Coronel **CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA**

Magistrado