

ERRORES DE VALORACIÓN PROBATORIA. Incidencia en la motivación de las decisiones judiciales. Efectos. En materia penal el método de contemplación de las pruebas en nuestro país es el denominado de la persuasión racional o sana crítica, según el cual, aquellas deben ser apreciadas y valoradas primero en forma singular y luego en conjunto, es decir, de forma articulada con los demás elementos probatorios y evidencias allegadas al proceso, esto de conformidad con las reglas de la lógica, de la ciencia, de la experiencia y del sentido común, método que permite asignar a tales elementos de juicio un determinado mérito persuasivo, una específica fuerza demostrativa, franqueando así el arribar a la verdad material aneja a cada caso en particular.

No empecé, una labor tal, que por obvias razones involucra el intelecto y la capacidad de discernimiento de cada dispensador de justicia, no está exenta de fallas o desaciertos, los que de producirse dan lugar a los denominados yerros en la valoración probatoria, mismos que pueden generarse como consecuencia de: (a) una omisión judicial, como sucede cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa o puede ser por la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido; (b) por vía de una acción positiva, que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron

indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución, o por la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto; o (c) por desconocimiento de las reglas de la sana crítica, esto es, de las reglas de la lógica y de la ciencia y de las máximas de la experiencia.

Lo anterior, por razones más que obvias, tiene directa incidencia en la motivación de las decisiones judiciales, dando lugar a la denominada motivación *sofística*, *aparente* o *falsa*, que es aquella que no encuentra respaldo en la verdad probada a través del proceso; vicio *in iudicando* que se explica en tanto el error lo comete el administrador de justicia bien al apreciar las pruebas -al aprehender lo que objetivamente dicen sin atribuirles ningún valor persuasivo-, ora al valorarlas- esto es al asignarles valor probatorio, credibilidad-, pues al suponer o desconocer las mismas, al cercenar o adicionar su contenido demostrativo o al tergiversar lo que objetivamente señalan, se aparta flagrantemente de la verdad probada arribando a una conclusión jurídica diversa de la realmente correcta.

Este vicio de motivación de las decisiones judiciales con claro origen en la errada contemplación probatoria, se itera, tiene como efecto, se habrá de decir, el que se deba revocar la decisión que adolece del mismo y dictar la determinación de reemplazo, a diferencia del efecto propio de los otros vicios que

en materia de argumentación judicial se pueden dar - v.gr. ausencia total de motivación, motivación dilógica o ambivalente o motivación incompleta -, los que de acaecer generan la nulidad de la decisión en que ellos tienen ocurrencia.

PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*. Procedencia e Improcedencia. Sólo cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional debido a la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad penal del acusado, es posible acudir a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del acusado.

Lo anterior no se ha de entender en el sentido que se ha de declarar la existencia de duda con incidencia en el juicio de responsabilidad penal, y por ende viabilizar la operancia del *in dubio pro reo*, ante el primer fracaso por establecer la verdad de lo acontecido - verdad que se obtiene mediante pruebas y refutaciones (*nulla accusatio sine probatione*) -, o ante el no establecimiento de todas las vicisitudes materiales, personales, sociales, modales, sicológicas, etc., que rodearon la conducta humana investigada, pues si bien no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta

frecuente que variados aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, se habrá de analizar en cada caso concreto si aquellos aspectos que no fueron establecidos resultan intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto y de cara a la materialidad y existencia del delito o a la responsabilidad del acusado, o no. En el primer evento se habrá conseguido la certeza racional requerida para proferir fallo de condena, mientras que en el segundo caso se estará ante aspectos sustanciales cuya no demostración, directa o indirecta, imponen constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual a la postre, como se dijo párrafos atrás, se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales.

Una duda de tal naturaleza, precisa la Sala añadir, imposibilita que el poder punitivo del Estado se materialice en una declaratoria de responsabilidad penal y por ende en una condena, por ello las circunstancias que la germinan *i)* han de obedecer a hechos objetivos no susceptibles de sortear con la diligencia que ha de caracterizar la labor judicial; *ii)* no han de ser producto de apreciaciones subjetivas e hipotéticas del operador judicial sin sustento real en la urdimbre procesal y probatoria; *iii)* no han de radicar en la simple contradicción entre dos versiones o entre dos hipótesis; y *iv)* tampoco pueden versar

sobre aspectos ajenos a los señalados en los precedentes párrafos, esto es, a la materialidad del delito o a la responsabilidad penal del acusado, razón esta última por la cual, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, unas circunstancias tales han de tener entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre aquellos aspectos, mismos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles.

INIMPUTABILIDAD EN MATERIA PENAL. Tratamiento en el ordenamiento jurídico colombiano. El régimen penal colombiano, tanto el penal militar como el ordinario, establecen dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal, a saber: i) uno para los imputables, aquellas personas que al momento de realizar el hecho punible pueden actuar culpablemente ya que gozan de la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión, evento en el que procede la imposición de penas, exigiéndose como presupuesto de ello que el comportamiento sea no sólo típico y antijurídico sino además culpable; y ii) un régimen para inimputables, entendiéndose por tales aquellos individuos que al momento del delito, y por factores como inmadurez sicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta y/o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, siéndoles imposible actuar culpablemente, eventos en

los cuales no procede la sujeción a aquellas penas, pues ello violaría el principio básico de un derecho penal culpabilista, sino el sometimiento a medidas de seguridad que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación.

Es por ello que el digesto punitivo no exige que el comportamiento del inimputable sea culpable, ya que precisamente esa persona carece de la capacidad de actuar culpablemente. Basta entonces que su conducta sea típica, antijurídica, y que no se haya presentado una causal de exclusión de la responsabilidad.

INIMPUTABILIDAD. Su determinación corresponde al administrador de justicia. La determinación de si un sujeto pasible de acción penal es inimputable o no, no es asunto pericial, ello compete en forma exclusiva al administrador de justicia, quien al efecto cimentará su determinación bien en la conclusión de un dictamen pericial con sustento en el procedimiento de rigor, ora en la apreciación y valoración conjunta de éste y de otros elementos suasorios al amparo de las reglas del método de persuasión racional; ello, claro está, en aquellos supuestos en que son esas mismas probanzas las que llevan a inferir serios motivos sobre la eventual concurrencia de una circunstancia generadora de situación de inimputabilidad, al punto que se torna imprescindible el decreto y práctica de una prueba de tal naturaleza.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Libertad y Orden

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

Sala : Tercera de Decisión.
Magistrado ponente : CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA.
Radicación : 158421-0034-I-36-EJC.
Procedencia : Juzgado Séptimo Penal Militar de
Brigada del Ejército Nacional.
Procesado : SLR. JUAN FELIPE LEAL GUTIERREZ.
Delito : Deserción.
Motivo de alza : Apelación sentencia absolutoria.
Decisión : Revoca y condena.

Bogotá D.C., agosto veinticinco (25) de dos mil
dieciséis (2016)

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar, a decidir en Derecho en relación con el recurso de apelación impetrado por el Doctor JOSÉ FILADELFO MONROY CARRILLO, Procurador 139 Judicial II Penal, contra la sentencia del 25 de enero de 2016 por medio de la cual el Juzgado Séptimo de Brigada del Ejército Nacional con asiento en la ciudad de Neiva

(Huila), absolvió de toda responsabilidad al SLR. JUAN FELIPE LEAL GUTIÉRREZ dentro de la presente causa penal adelantada por el delito de Deserción.

II. HECHOS

Del devenir procesal se colige que el 08 de octubre de 2013 el SLR. JUAN FELIPE LEAL GUTIÉRREZ, orgánico del Batallón de Infantería No. 18 "CR. Jaime Rooke" del Ejército Nacional acantonado en la ciudad de Ibagué (Tolima), salió de la base de patrulla móvil en la que se encontraba en uso de un permiso que le fuera autorizado por el SS. GENARO ALIAN SOTO, quien además presuntamente le entregó la suma de TRESCIENTOS MIL PESOS M/L (\$300.000) para la compra de víveres, sin embargo aquel no regresó al área de vivac, presentándose en la citada unidad táctica a los cuatro días siguientes en donde le fue cancelado el valor correspondiente a la bonificación de antigüedad, indicándosele que debía presentarse en el pelotón "Damasco 2", sin que así lo hiciera, volviéndose a tener noticia de su paradero hasta el 15 de septiembre de 2014, fecha en la que fue capturado en la ciudad de Ibagué para efectos de indagatoria, según orden librada por el Juzgado 79 de Instrucción Penal Militar.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por razón del marco fáctico antes bosquejado, el 02 de diciembre de 2013¹, el Juzgado 79 de Instrucción Penal Militar ordenó la apertura de investigación formal en contra del SLR. JUAN FELIPE LEAL GUTIÉRREZ por el presunto delito de Deserción, actuación dentro de la cual, con el propósito de obtener su vinculación por vía indagatoria, el 08 de agosto de 2014 se expidió orden de captura en su contra², misma que se hizo efectiva el día 15 de septiembre del mismo año³.

El aludido militar fue oído en diligencia de indagatoria el 18 de septiembre de 2014⁴, siendo definida provisionalmente su situación jurídica el 19 del mismo mes y año⁵, en el sentido de imponerle medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de libertad provisional. Esta medida se hizo efectiva en la misma fecha, siendo privado de la libertad en la sala de detenidos del Batallón de Servicios No. 6 de la ciudad de Ibagué (Tolima).

Mediante auto de 14 de noviembre de 2014⁶ el aludido despacho le concedió al procesado el beneficio de

¹ Folios 01 y 02 ídem.
² Folio 43 ídem.
³ Folios 51 y 52 ídem.
⁴ Folios 55 a 60 ídem.
⁵ Folios 63 a 73 ídem.
⁶ Folios 102 a 104 ídem.

libertad provisional, por haber transcurrido más de sesenta (60) días sin que se hubiese proferido resolución de acusación, ello de conformidad con lo señalado en el numeral 4° del artículo 539 de la Ley 522 de 1999.

Perfeccionada la investigación, esta fue remitida a la Fiscalía 19 Penal Militar⁷, despacho que el 24 de agosto de 2015⁸ cerró el ciclo instructivo, de conformidad con lo establecido en la Ley 1058 de 2006, y posterior a ello, el 07 de septiembre siguiente⁹, calificó el mérito del sumario acusando al procesado por el delito de Deserción previsto en el artículo 109.1 de la Ley 1407 de 2010, norma vigente para la fecha de la comisión del hecho punible objeto de investigación.

Ejecutoriada la resolución de acusación el 23 de septiembre de 2015¹⁰, al día siguiente se remitió el proceso al Juzgado Séptimo de Brigada del Ejército Nacional¹¹, despacho que, en cumplimiento de lo reglado en la Ley 1058 de 2006, el 21 de octubre de la misma anualidad¹² fijó fecha para la iniciación de la audiencia de aceptación de cargos, la cual se realizó el 20 de enero de 2016¹³ en la que el procesado fue

⁷ Folio 113 ídem.

⁸ Folio 122 ídem.

⁹ Folios 131 a 138 ídem.

¹⁰ Folio 149 ídem

¹¹ Folio 150 ídem

¹² Folio 152 ídem.

¹³ Folios 174 y 175 ídem.

declarado persona ausente, llevándose a cabo la corte marcial en los términos de ley.

Mediante sentencia del 25 de enero de 2016¹⁴ el juzgado de primer grado en cita absolvió de toda responsabilidad al SLR. JUAN FELIPE LEAL GUTIÉRREZ por la comisión del reato de Deserción, ello por vía de la aplicación del instituto del *in dubio pro reo*.

Contra la anterior decisión, el 08 de febrero de 2016¹⁵ el Procurador Judicial II Penal 139 interpuso recurso de apelación,alzada cuya resolución en Derecho ocupa la atención de esta Sala de Decisión en esta oportunidad.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

La señora Teniente Coronel PIEDAD CENAIDA GÓMEZ MARTÍNEZ, Juez Séptima Penal Militar de Brigadas del Ejército Nacional, luego de resumir los alegatos de los sujetos procesales en la audiencia de corte marcial, indicó que respecto a los elementos objetivos del tipo penal imputado, estando establecida la calidad de miembro activo del Ejército Nacional que ostentaba el SLR. JUAN FELIPE LEAL GUTIÉRREZ para el momento en que ocurrieron los hechos, hallándose debidamente incorporado al servicio militar obligatorio como Soldado Regular integrante del

¹⁴ Folios 176 a 183 ídem.

¹⁵ Folios 188 a 191 ídem.

séptimo contingente de 2012 del Batallón de Infantería No. 18 "CR. Jaime Rooke".

Destaca que en lo que atañe al no retorno a la unidad dentro de los cinco (5) días siguientes a la terminación de un permiso, de los testimonios rendidos por el SS. GENARO ANTONIO ALIAN SOTO, el CS. WILLIAN ANDRÉS MARÍN LÓPEZ y la señora RUBI TERESA LEAL GUTIÉRREZ, madre del procesado, así como de la indagatoria rendida por el enjuiciado, se desprende que aquel en el mes de octubre de 2013 salió a disfrutar de un permiso al término del cual no retomó sus deberes militares, pues si bien es cierto se acercó a las instalaciones del Batallón de Infantería No. 18 "CR. Jaime Rooke" lo hizo con el único objetivo de cobrar la bonificación de antigüedad pero no asumió las funciones como Soldado Regular. Por otra parte, al ser capturado el 16 de septiembre de 2014 se evidencia que permaneció casi un año ausente de las filas militares, lo que acredita plenamente que el SLR. JUAN FELIPE LEAL GUTIÉRREZ se ausentó por más de cinco (5) días de la prestación del servicio militar.

Subraya que en cuanto a la tipicidad del ilícito de Deserción previsto en el numeral 2° del artículo 109 del Código Penal Militar, el punible se configura cuando quien se encuentra prestando el servicio militar obligatorio no efectúa presentación dentro de los cinco días a la culminación de un permiso.

En lo que respecta al tipo subjetivo indica que el actuar del acusado fue doloso, toda vez que del material probatorio recaudado se extrae que el SLR. LEAL GUTIÉRREZ recibió instrucción sobre Justicia Penal Militar como lo aceptó en su indagatoria y conocía las consecuencias jurídicas de su actuar, además que era consciente del deber constitucional que debía cumplir consistente en prestar el servicio militar obligatorio y pese a ello dirigió su voluntad a incumplir con el mandato legal cuando decidió no retomar sus deberes militares luego de la terminación de su permiso.

En punto a la antijuridicidad aduce que se vio afectado el bien jurídico tutelado del "servicio", no solo de manera formal sino material, toda vez que dicho reato ha sido clasificado como uno de los atentados o infracciones contra el deber de permanencia por parte de quien se encuentra incorporado a las Fuerzas Militares prestando el servicio militar obligatorio.

Descarta la exculpación defensiva aducida por el procesado en su diligencia de inquirir, dado que el hecho de encontrarse aburrido en el Ejército no puede enmarcarse dentro de las causales de justificación consagradas en el Código Penal Militar, además que ello no puede ser considerado como una circunstancia apremiante que le obligara a abandonar los deberes militares, máxime si se tiene en cuenta que nunca retornó a la unidad militar para continuar con la

prestación del servicio y sólo se volvió a saber de él hasta el momento en que fue capturado por la Policía Nacional; razón por la cual objetivamente la conducta del procesado se adecúa al comportamiento descrito en el numeral segundo del artículo 109 Código Penal Militar como una de las formas de comisión del delito de Deserción, sin que se evidencien causales eximentes de responsabilidad.

La A quo, al analizar la culpabilidad, acoge los argumentos incoados por el defensor. Estima para ello, que existe duda frente a la capacidad de autodeterminación del encartado derivada de la no práctica de la valoración sicológica para establecer una presunta inimputabilidad, ante lo cual expone que de la indagatoria¹⁶ se infiere que el procesado presentaba adicción a los juegos de azar, afirmación que fue confirmada por su progenitora en la declaración rendida bajo la gravedad del juramento¹⁷.

Destaca que, en razón de lo anterior, el Juzgado 79 de Instrucción Penal Militar en el auto que definió la situación jurídica ordenó la práctica de la valoración sicológica al SLR. JUAN FELIPE LEAL GUTIÉRREZ para determinar si padecía adicción a los juegos de azar y si ello impidió su libertad de autodeterminación frente a la conducta investigada, sin que fuere posible llevar a cabo la misma dada la falta de profesional en el área de psiquiatría.

¹⁶ Folios 58 y 59 ídem.

¹⁷ Folio 36 ídem.

Estima que dicha prueba técnica era indispensable para establecer las facultades psíquicas del acusado, determinar su posibilidad de auto regulación y demostrar probatoriamente su inimputabilidad y consecuente culpabilidad, ya que planteada su supuesta adicción a los juegos de azar era indispensable descartar una eventual inimputabilidad derivada de las alteraciones psicopatológicas para poder ser declarado culpable. Sin embargo, no se hizo mayor gestión para la valoración al procesado pues solo se acudió al Instituto de Medicina Legal y ante su negativa de la práctica a causa de la falta de personal, no se acudió a un centro asistencial para que pudiera practicar la prueba requerida generándose así una situación insubsanable en lo atinente a la certeza de la culpabilidad del procesado, lo que conlleva indefectiblemente a una sentencia absolutoria.

La juez de primer grado para sustentar su decisión cita pronunciamiento de esta corporación¹⁸, referido a la certeza respecto de la responsabilidad penal del procesado para proferir sentencia condenatoria. Concluye a reglón seguido, que frente a la duda que surge en el caso *sub examine* referida a la no comprobación de la imputabilidad del procesado al abandonar el servicio militar obligatorio, no resulta viable atribuir responsabilidad penal, pues la culpabilidad que se debe predicar en la conducta del

¹⁸ Folio 182 ídem (Radicado 154709. 28 de enero de 2009. MP. CN. CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA).

procesado no se encuentra debidamente probada y no permite asegurar en grado de certeza que el SLR. JUAN FELIPE LEAL GUTIÉRREZ estuviera incurso en el delito de Deserción, razón por la cual profiere sentencia absolutoria en aplicación del principio del *in dubio pro reo* regulado normativamente en el artículo 209 del Código Penal Militar y su incidencia en la certeza que demanda para decisión en contrario el artículo 396 ibídem.

V. SÍNTESIS DE LA IMPUGNACIÓN

El doctor JOSÉ FILADELFO MONROY CARRILLO, Procurador Judicial II Penal 139, depreca la revocatoria de la sentencia absolutoria apelada, argumentando que la juez basó la inimputabilidad del procesado por padecer una ludopatía, la cual derivó de lo expresado por aquel en su injurada omitiendo en la valoración otras manifestaciones de éste referidas a los motivos que lo llevaron a abandonar su deber de permanencia en las filas, al exponer que estaba aburrido y no quería volver más, como también que estaba aburrido por tanto encierro en el área, sin que ninguna de las respuestas por él dadas señalaran que se fue del servicio y no regresó por el impulso irresistible de ir a apostar en los casinos o a jugar en las maquinitas.

Cita que en la misma indagatoria cuando el instructor le da a conocer la imputación de los cargos, el SLR. LEAL GUTIÉRREZ manifestó "*me declaro inocente porque me*

encontré en una situación de desespero, me sentía solo, estaba estresado por el encierro, no sentía apoyo de mis compañeros, de mis superiores, estaba estresado por el lugar donde estaba, mucho monte, me sentí desesperado en el encierro"; siendo ese el momento en que tenía la oportunidad de justificar su conducta y dar las explicaciones necesarias pero no refiere absolutamente nada sobre su adicción al juego o al ánimo compulsivo que lo lleva a jugar, abandonando sus deberes personales y de servicio; que al indagarle respecto al destino del dinero por él recibido este contesto que se lo había gastado en trago, sin que indicara que lo hubiere usado en apuestas, sorteos o rifas.

Destaca que aparte a de lo manifestado por el propio acusado en su indagatoria y de lo dicho tangencialmente por la madre de éste en torno a la propensión que su hijo tiene por los juegos de azar, ningún otro medio de prueba informa sobre esta tendencia personal del acusado; es más, agrega, ninguna prueba de las que obran en el plenario señalan que esa adicción tenía el perfil de enfermedad o de una ludopatía y que esta haya sido determinante para la realización de la conducta de desertión que se le endilga.

Luego de citar los artículos 18 y 34 de la Ley 1407 de 2010, insiste en que no se observa ninguna prueba demostrando que el acusado abandonó el servicio y no regresó porque padeció en ese momento un trastorno mental o por su situación de inmadurez psicológica.

Expone que la doctrina ha enseñado que la imputabilidad no es un concepto medico, sino jurídico, y que no es al perito siquiatra a quien le corresponde determinar si el procesado actuó en cualquiera de los motivos o de las situaciones que la ley establece para reconocer la ausencia de responsabilidad, sino que es el juez en ejercicio de la valoración conjunta de la prueba a quien le corresponde establecer si el acusado era o no imputable para el momento en que ocurrieron los hechos investigados, por lo que la prueba sobre la inimputabilidad del procesado no es única y exclusivamente la de carácter pericial psiquiátrica, ;para apuntalar su dicho cita la decisión de la Corte Suprema de Justicia con radicado 13850 del 22 de agosto de 2001¹⁹.

Considera que el A quo debió determinar de acuerdo a la realidad probatoria que tenía presente, si el SLR. JUAN FELIPE LEAL GUTIÉRREZ tenía o no calidad de inimputable y en ese caso imponerle una medida de seguridad, pero en ningún evento absolverlo.

Para concluir estima que la sentencia absolutoria es contradictoria, ya que de una parte establece la existencia del dolo en el actuar del procesado y de otra indica que existen dudas sobre su culpabilidad. Para sustentar dicha afirmación explica que el dolo, ya sea que se tenga como un elemento subjetivo del

¹⁹Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Radicado 13850. Agosto 22 de 2001. M.P. Dr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

tipo penal y una modalidad de la conducta punible, como lo concibe la escuela finalista, o que se entienda como una forma de culpabilidad, como lo enseñó la escuela clásica, es indiscutible su conexión con el presupuesto de culpabilidad como elemento que estructura el delito.

Expone de la misma manera que en el dolo intervienen las esferas cognoscitivas y volitivas de la personalidad del agente que también integran el universo de la culpabilidad y que por lo tanto no puede afirmarse sin afectar la lógica, que una conducta punible es dolosa y a la vez no culpable. Refiere finalmente, de acuerdo con pronunciamiento de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia, que: *"importa recordar, ab initio, que el dolo, como forma de culpabilidad o modalidad de ejecución del delito, implica el conocimiento y la voluntad del sujeto agente, en cuanto obra con plena conciencia de su ilicitud"*²⁰.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO ANTE ESTA INSTANCIA

El Procurador Judicial 131 Penal II, doctor ARQUÍMEDES SEPÚLVEDA, solicita revocar en su totalidad la providencia apelada, para tal efecto inicialmente destaca que no milita ninguna duda en torno a la materialidad y antijuridicidad del comportamiento

²⁰Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, radicado 30485 del 28 de marzo de 2012, M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán

imputado. Añade que "(...) adentrándonos en el campo en el cual se funda la determinación absolutoria y cuyo análisis de ausencia de demostración constituye el fundamento del disenso hemos de indicar que, ciertamente y del plenario mal puede afirmarse la demostración de situación alguna que permita colegir la existencia de dicha causal o su condición de elemento determinados del reato."

Resalta que para la producción de sus conclusiones el operador judicial no puede apartarse de los elementos probatorios que obren dentro de la actuación, ni dar interpretaciones o alcances diversos a la naturaleza de cada uno de ellos.

Refiere que el procesado al rendir su injurada manifestó que su decisión de sustraerse al cumplimiento legal de sus obligaciones castrenses derivó, simple y llanamente del hecho que se encontraba aburrido en el área, y mal puede pretender el A quo trascender dicho concepto para indicar que ello lo que envuelve es una condición ludopática, pues semejante afirmación trasciende aún lo expresado por el mismo procesado.

Subraya que tras el apoderamiento de los dineros referidos y la sustracción a los deberes castrenses, su actividad no estuvo encaminada a la satisfacción de una supuesta adicción compulsiva e irrefrenable al juego sino al simple hecho del consumo de licor y la diversión, lo cual denota la ausencia o injerencia de ese elemento ludopático que atribuye el operador

judicial como fundamento de su determinación absolutoria, toda vez que la conducta reconocida por el SLR. JUAN FELIPE LEAL GUTIÉRREZ no estuvo determinada por la carencia de capacidad psicológica para resistir el irrefrenable impulso de dedicarse al juego, sino porque en dicho momento se encontraba aburrido, lo cual no puede ser considerado como una causal de exculpación del comportamiento.

Explica el representante del Ministerio Público que para que una condición adictiva ostente la calidad de elemento de inculpabilidad, no solo debe hallarse debidamente acreditada sino que debe ser la condicionante de la ejecución del comportamiento punible y no un simple elemento coexistente; por lo que en ausencia de tales elementos, no puede fundarse un proveído absolutorio, más aún cuando el acervo probatorio denota que tal condición no fue determinante de la ejecución de la conducta.

Finalmente manifiesta que cuando la comisión de una conducta estuvo precedida de una condición de inimputabilidad, la decisión a proferir no es de carácter absolutorio sino que la misma impone la necesidad de determinar la imposición de una medida de seguridad.

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación cuya resolución concita la atención de su Tercera Sala de Decisión en el presente evento, ello de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, normatividad que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada tanto respecto de hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de éste año²¹, como de los ocurridos con posterioridad a la misma - no empee encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010, Ley 1407 de este año, el que resulta aplicable al caso *sub judice* dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial - mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 del *código* de 1999 en el sentido de que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

²¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos Mayo de 2011, radicado 36412; Junio 22 de 2011, radicado 36737, Noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y Marzo 07 de 2012, radicado 38401.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Precisado lo anterior y con miras a dilucidar el tópico que concita la atención de la Sala, se seguirá el siguiente derrotero metodológico a título de carta de navegación: i) Se rememorarán cuáles son los errores de valoración probatoria en que puede incurrir el operador judicial y cuál es su incidencia en la motivación propia de las decisiones judiciales, señalando los efectos que ello genera; ii) se reiterará lo que entrañan los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, rememorando de paso cuáles son los presupuestos exigidos en nuestro ordenamiento jurídico para proferir sentencia condenatoria; iii) se apuntalará qué aparece en materia penal el término "*inimputabilidad*" y cuál es su tratamiento en el ordenamiento jurídico colombiano; iv) se precisará el valor probatorio de los dictámenes periciales para determinar la imputabilidad o inimputabilidad; y v) se adoptará la decisión que en Derecho corresponde respecto del asunto sometido a conocimiento de esta colegiatura.

i) Los errores de valoración probatoria al interior del proceso penal, su incidencia en la motivación propia de las decisiones judiciales y los efectos que ello genera.

Al respecto sea lo primero rememorar que en materia penal el método de contemplación de las pruebas en nuestro país es el denominado de la persuasión racional o sana crítica, según el cual, aquellas deben ser apreciadas y valoradas primero en forma singular y luego en conjunto, es decir, de forma articulada con los demás elementos probatorios y evidencias allegadas al proceso, esto de conformidad con las reglas de la lógica, de la ciencia, de la experiencia y del sentido común, método que permite asignar a tales elementos de juicio un determinado mérito persuasivo, una específica fuerza demostrativa, franqueando así el arribar a la verdad material aneja a cada caso en particular.

Una valoración así efectuada, supone necesariamente, añade la Sala, echar mano de criterios objetivos, racionales, serios y responsables, sin caer en valoraciones arbitrarias, irracionales o caprichosas de los elementos suasorios sometidos al conocimiento del administrador de justicia.

No empee, una labor tal, que por obvias razones involucra el intelecto y la capacidad de discernimiento de cada dispensador de justicia, no está exenta de fallas o desaciertos, los que de producirse dan lugar a los denominados yerros en la valoración probatoria, mismos que pueden generarse como consecuencia de: (a) una omisión judicial, como sucede cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa o puede ser

por la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido; (b) por vía de una acción positiva, que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución, o por la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto; o (c) por desconocimiento de las reglas de la sana crítica, esto es, de las reglas de la lógica y de la ciencia y de las máximas de la experiencia.

Estas insuficiencias probatorias, o errores en la contemplación probatoria como también las denomina la jurisprudencia nacional, son las que dan origen a lo que se ha denominado defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio allegado al proceso, defecto que se traduce en vulneración sustancial del derecho al debido proceso y que tiene lugar cuando el funcionario judicial al momento de valorar la prueba, la niega, la valora arbitraria, irracional o caprichosamente, o pretermite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados²², lo que conlleva a que sin razón valedera dé por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente²³ o *contrario sensu*, agrega esta Sala,

²² Sentencia T-086 de 2007.

²³ Ver Sentencias T-576 de 1993 y T-442 de 1994.

repute probado esta o aquel sin que así lo señale en realidad el elemento probatorio, o el arsenal suasorio, objeto de escrutinio racional.

Lo anterior, por razones más que obvias, tiene directa incidencia en la motivación de las decisiones judiciales, dando lugar a la denominada motivación *sofística*, *aparente* o *falsa*, que es aquella que no encuentra respaldo en la verdad probada a través del proceso; vicio *in iudicando*²⁴ que se explica en tanto el error lo comete el administrador de justicia bien al apreciar las pruebas -al aprehender lo que objetivamente dicen sin atribuirles ningún valor persuasivo-, ora al valorarlas- esto es al asignarles valor probatorio, credibilidad-, pues al suponer o desconocer las mismas, al cercenar o adicionar su contenido demostrativo o al tergiversar lo que objetivamente señalan, se aparta flagrantemente de la verdad probada arribando a una conclusión jurídica diversa de la realmente correcta.

Este vicio de motivación de las decisiones judiciales con claro origen en la errada contemplación probatoria, se itera, tiene como efecto, se habrá de decir, el que se deba revocar la decisión que adolece del mismo y dictar la determinación de reemplazo, a diferencia del efecto propio de los otros vicios que en materia de argumentación judicial se pueden dar - v.gr. ausencia total de motivación, motivación

²⁴ Ver, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias del 12 de diciembre de 2005 y del 7 de febrero de 2007, radicaciones números 24011 y 23331, respectivamente, entre otras.

dilógica o ambivalente o motivación incompleta -, los que de acaecer generan la nulidad de la decisión en que ellos tienen ocurrencia.

Ahora bien, la revocatoria de la decisión afectada del primero de estos vicios y el proferimiento de la que deba reemplazarla, también se habrá de acotar, no se produce *ipso facto* con el sólo señalamiento del defecto, pues quien enarbole el mismo debe correr con la carga procesal de demostrar qué dice la prueba que en su concepto resultó omitida, supuesta o distorsionada, cuál era su real contenido material y cuál fue el que le atribuyó el juzgador y, lo que es más importante, la manera como el defecto incidió en la decisión cuestionada, ello en tanto el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser flagrante, manifiesto, trascendente y con incidencia directa en la decisión, de manera tal que ninguna repercusión tendrán los yerros que no se ajusten a unas características tales.

ii) De los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo.

En torno a esta temática cabe enfatizar que la presunción de inocencia al interior de un modelo político de Estado como el imperante en Colombia - Democrático y Social de Derecho -, ha sido erigida como una garantía constitucional integrante del derecho fundamental del debido proceso, reconocida por

el artículo 29 de la Constitución Política en el entendido que *"toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable"*.

En similares términos es concebida en los tratados internacionales que en materia de derechos humanos han sido ratificados por el Estado colombiano y que se han incorporado a la Carta Política por vía de lo dispuesto por el artículo 93 de la misma, *verbigratia* la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que *"toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad"*²⁵ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumento éste último que en su artículo 14.2 prescribe que *"toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley"*.

Esta garantía supralegal también ha sido desarrollada, como es apenas lógico en el antes citado modelo político de Estado, en normas de derecho positivo de menor categoría. Es así como el artículo 197 de la Ley 522 de 1999, Código Penal Militar de tal año, *códex* que en materia ritual se aplica a la presente causa penal como se señalare *ut supra*, dispone que *"Toda persona se presume inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se produzca una declaración judicial definitiva sobre su responsabilidad penal"*.

²⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 8°.

El principio del *in dubio pro reo* es a su turno regulado en el artículo 209 del código punitivo castrense en cita, ello bajo el siguiente tenor: "Toda duda que surja en el proceso se resolverá a favor del sindicado, cuando no haya modo de eliminarla."

La Ley 1407 de 2010, observando la misma técnica legislativa plasmada en el artículo 7° de la Ley 906 de 2004 y con idéntica teleología, fusiona los institutos en comento, íntimamente relacionadas como se detallará *a posteriori*, consagrando en su artículo 178:

"PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IN DUBIO PRO REO. Todo miembro de la Fuerza Pública se presume inocente y debe ser tratado como tal mientras no quede en firme decisión judicial con fuerza de cosa juzgada sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal militar la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda razonable." (Subrayas fuera de texto)

Ahora bien, dicho de paso que los grados de conocimiento exigidos en la codificación de 2010 para la adopción de las decisiones propias de cada una de las etapas procesales que integran el proceso penal que se surte en la jurisdicción foral, en especial el

necesario para impartir condena, se corresponden *mutatis mutandis* con los demandados al efecto en la Ley 522 de 1999, se habrá de acrisolar que la presunción de inocencia se encuentra intrínsecamente ligada al principio rector del *in dubio pro reo*, como lo ha precisado la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, al señalar:

*"Como queda visto, el proceso penal es un instrumento creado por el Derecho para juzgar, no necesariamente para condenar. También cumple su finalidad constitucional cuando absuelve al sindicado. Es decir, a éste le asiste en todo momento la presunción de inocencia y el derecho de defensa, consecuencia de lo cual se impone el in dubio pro reo, que lleva a que mientras exista una duda razonable sobre la autoría del delito y la responsabilidad del sindicado, éste acorazado con la presunción de inocencia debe ser absuelto."*²⁶

"Ante la evidencia de que contra la persona se inicia un proceso penal que eventualmente puede culminar en una sentencia en su contra, aquélla cuenta con la garantía constitucional que presume su inocencia. Es el Estado el que corre con la carga de la prueba y, en consecuencia, es de su resorte impulsar la actividad procesal orientada a establecer la verdad de los hechos y a desvirtuar, si las pruebas que aporte y que se controvierten a lo largo del proceso se lo permiten, la presunción que favorece al procesado. De allí resulta que éste, quien no está en la posición jurídica activa, se halla exento de la carga de la prueba. No debe demostrar su inocencia. Le es lícito, entonces, hacer o dejar de hacer; decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor. Y en esa actitud, que es justamente la que el debido proceso protege, le

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-782 de 2005, M.P. Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

es permitido callar. Más aún, la Constitución le asegura que no puede ser obligado a hablar si al hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o incriminar a sus allegados"²⁷.

Lo así dicho por la corporación guardiana de la incolumidad de la Carta Política, resulta plenamente acorde con los dictados propios de la axiología que inspira a la misma y que cimenta un Estado de Derecho como el colombiano, pues si el Estado, quien detenta el ejercicio de la acción penal y a quien corresponde verificar fehacientemente si aquel que es señalado de cometer una conducta que reúne las características de un delito, en realidad lo hizo, sin que en ello mediara justificación jurídicamente atendible, no cumple con una carga tal y por ende la presunción de inocencia que acompaña a aquel no es derruida, resulta más que lógico que la causa seguida en su contra se resuelva a su favor.

He ahí el porqué de lo apuntalado en la legislación penal castrense aplicable al presente evento, ello en la medida que demanda como presupuesto para proferir sentencia condenatoria *"la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado"*²⁸, precepto que guarda consonancia, se itera, con lo establecido en el *códex* de 2010²⁹ sobre el mismo punto de Derecho, ello al

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-621 de 1998, M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO. En el mismo sentido sentencia C-289 de 2012.

²⁸ LEY 522 DE 1999. ARTÍCULO 396. PRUEBA PARA CONDENAR. No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obren en el proceso pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado.

²⁹ LEY 1407 DE 2010. ARTÍCULO 178 (...) Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda razonable.

exigir que para impartir sentencia condenatoria es menester contar con el "convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda razonable".

Salta a la vista, así, que trátase de esta o de aquella normatividad, la convicción sobre la responsabilidad del procesado corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional³⁰ (si ocurre A, entonces, necesariamente acontece B) y, por tanto, relativa o aproximativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido.

En consecuencia, sólo cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional debido a la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad penal del acusado, es posible acudir a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del acusado.

Lo anterior no se ha de entender en el sentido que se ha de declarar la existencia de duda con incidencia en el juicio de responsabilidad penal, y por ende viabilizar la operancia del *in dubio pro reo*, ante el primer fracaso por establecer la verdad de lo

³⁰ En este sentido sentencia C-609 del 13 de noviembre de 1999.

acontecido - verdad que se obtiene mediante pruebas y refutaciones (*nulla accusatio sine probatione*) -, o ante el no establecimiento de todas las vicisitudes materiales, personales, sociales, modales, psicológicas, etc., que rodearon la conducta humana investigada, pues si bien no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, se habrá de analizar en cada caso concreto si aquellos aspectos que no fueron establecidos resultan intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto y de cara a la materialidad y existencia del delito o a la responsabilidad del acusado, o no. En el primer evento se habrá conseguido la certeza racional requerida para proferir fallo de condena, mientras que en el segundo caso se estará ante aspectos sustanciales cuya no demostración, directa o indirecta, imponen constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual a la postre, como se dijo párrafos atrás, se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales.

Una duda de tal naturaleza, precisa la Sala añadir, imposibilita que el poder punitivo del Estado se

materialice en una declaratoria de responsabilidad penal y por ende en una condena, por ello las circunstancias que la germinan i) han de obedecer a hechos objetivos no susceptibles de sortear con la diligencia que ha de caracterizar la labor judicial; ii) no han de ser producto de apreciaciones subjetivas e hipotéticas del operador judicial sin sustento real en la urdimbre procesal y probatoria; iii) no han de radicar en la simple contradicción entre dos versiones o entre dos hipótesis; y iv) tampoco pueden versar sobre aspectos ajenos a los señalados en los precedentes párrafos, esto es, a la materialidad del delito o a la responsabilidad penal del acusado, razón esta última por la cual, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia³¹, unas circunstancias tales han de tener entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre aquellos aspectos, mismos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles.

El antes citado órgano colegiado, en torno a la operancia del instituto de *in dubio pro reo* ha indicado:

"Este apotegma es un estadio cognoscitivo en el que en la aprehensión de la realidad objetiva concurren circunstancias que afirman y a la vez niegan la existencia del objeto de conocimiento de que se trate. En esa medida en los supuestos de duda se plantea una relación probatoria de contradicciones en la que

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicado 32863. Sentencia febrero 03 de 2010, M.P. María del Rosario González de Lemus.

concurren pruebas a favor y en contra, de cargo y descargo, de afirmaciones y negaciones las cuales como fenómenos proyectan sus efectos de incertidumbre respecto de alguna o algunas categorías jurídico-sustanciales en discusión dentro del singular proceso penal objeto de examen.

En igual sentido se integran aspectos objetivos y subjetivos desde los cuales se puede inferir que el in dubio pro reo no se materializa por los simples efectos unilaterales de los dilemas relacionados con lo subjetivo o con lo objetivo dados en los fenómenos en contradicción.

Con lo anterior se significa que en orden a la consolidación de este instituto y su correlativa aplicación, la labor fundamental no está dada ni puede quedarse simplemente en identificar las circunstancias de perplejidad, sino que por el contrario se debe proceder a discernir hacia dónde se inclina la balanza de exclusiones, es decir, se deberá formular la pregunta y resolverla determinando si los contenidos probatorios de cargo tienen la capacidad de excluir de manera total o parcial a los descargos o a la inversa, aspectos de los cuales no se ocupó el impugnante, ni desde la prevalencia del derecho sustancial se observan lagunas en orden a su aplicación oficiosa respecto de los delitos objeto de control constitucional y legal.

Resulta pertinente recordar que la Sala ha señalado desde antaño que la impugnación extraordinaria del in dubio pro reo no es un ejercicio libre de exigencias:

Un tal principio corresponde no únicamente a un imperativo constitucional y legal, sino que precisamente, a uno de los postulados máximos que gobiernan la valoración probatoria y en general el proceso penal.

Pero, claro está, que el reconocimiento de un tal principio probatorio, en ninguna forma está significando que para su aplicación sea suficiente su sola afirmación, desconociendo que la contradicción subyacente en el proceso de valoración probatoria se quede en la dinámica primaria de su aducción, ya que, precisamente, su máxima expresión dialéctica se encuentra

es en el juicio que de ellas debe hacer el juzgador, quien como titular de la jurisdicción es el que debe confrontar en su integridad los elementos probatorios allegados legalmente al proceso, para con fundamento y límite en la sana crítica, excepción hecha en aquellos casos en los que eventualmente la ley les reconozca tarifa legal, colija cuáles ameritan probar un hecho y cuáles no, labor intelectual ésta que le impone una apreciación, inicialmente individual, pero acto seguido, como en todo proceso analítico, confrontativa con el universo probatorio válidamente aportado al proceso, única forma de establecer la verdad procesal, pues el grado de certeza no puede ser abstracto sino referido a un objeto determinado, esto es, que el juicio probatorio imprescindiblemente debe fundamentarse en los medios de prueba dinamizados en la correspondiente actividad procesal, resultando **intrascendente la sola afirmación de certeza o duda**, según el caso, pues lo que importa es su demostración.

Este procedimiento, impone, entonces, la elaboración de un juicio probatorio, que de suyo, conlleva un raciocinio, una conclusión, que en el campo valorativo viene a significar la convicción que se tenga sobre la existencia de un hecho o su negación, con el ítem de que **en punto de la actividad probatoria procesal, su apreciación no puede partir de hipótesis, sino de hechos probados**, los que contradictoriamente valorados, permitan o que todos los medios obtenidos para su demostración, conduzcan a una sola verdad o que, por el contrario, su conjunto haga que, de la misma forma, con base en la lógica, la ciencia y la experiencia común, unos de ellos sucumban frente al objeto por demostrar, o que quedando los dos extremos en igual grado de credibilidad, imposibiliten llegar a la certeza sobre la existencia de una determinada conducta, de un hecho o de un preciso fenómeno, pudiendo, entonces, llegarse a uno de los dos extremos viables, o la certeza o la duda de su inexistencia.

En todo caso, sea que el sujeto cognoscente llegue a uno y otro grado de credibilidad, lo que no puede ser jurídicamente admisible es que, a priori, se pueda privilegiar el valor de una determinada prueba, dejando de lado la imprescindible confrontación que se impone concretar con la integridad de su conjunto, ya que cada una de ellas puede contener una verdad, o mas precisamente dar origen a un criterio de verdad, que como tal debe estar predispuesto a ser confrontado con los demás, para que en su universo, integrados todos, sea dable deslindar los que puedan calificarse de lógicos, no contrarios a la ciencia ni a la experiencia y descartar aquellos que se escapan a éstos cánones exigidos por la ley para efectos de la

apreciación probatoria y así de ellos, sí inferir la conclusión que irá a producir una determinada relevancia jurídica, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, por haberse llegado a la certeza sobre el objeto que se pretende demostrar, o por el contrario, a la duda sobre el mismo³².”³³

(Negrillas y subrayado fuera de texto)

iii) La inimputabilidad en materia penal y su tratamiento en el ordenamiento jurídico colombiano.

Para abordar éste tópico resulta procedente evocar, como primera medida, que el ordenamiento jurídico nacional proscribe toda clase de responsabilidad objetiva en materia penal, habiéndose constitucionalizado un derecho penal culpabilista, en el que la exigencia de culpabilidad limita el poder punitivo del Estado, de manera tal que sólo es posible sancionar penalmente a quien haya actuado culpablemente.

Quiere decir esto, que para que pueda imponerse una pena a una persona es necesario que se le pueda realizar el correspondiente juicio de reproche, de índole normativo, por no haber cumplido con la norma penal cuando las necesidades de prevención general le imponían el deber de comportarse de conformidad con el ordenamiento y con las particulares circunstancias en que se encontraba. En otras palabras, resulta dable sancionar a un coasociado que, contrario a lo que le imponía la norma penal, se ha comportado *contra legem*

³² Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de única instancia del 4 de septiembre de 2002, Radicado 15884 y sentencia de casación del 26 de enero de 2005, Radicado 15834.

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Radicado 34372 del 15 de septiembre de 2010, M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

pudiendo y debiendo obrar ajustado a Derecho, con mayor razón cuando el reproche procede al defraudar las expectativas normativa y social, deviniendo aquella sanción como el medio idóneo para restablecer el orden social quebrantado.

Consecuencia de lo anterior, el régimen penal colombiano, tanto el penal militar como el ordinario, establecen dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal, a saber: i) uno para los imputables, aquellas personas que al momento de realizar el hecho punible pueden actuar culpablemente ya que gozan de la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión, evento en el que procede la imposición de penas, exigiéndose como presupuesto de ello que el comportamiento sea no sólo típico y antijurídico sino además culpable; y ii) un régimen para inimputables, entendiéndose por tales aquellos individuos que al momento del delito, y por factores como inmadurez sicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta y/o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, siéndoles imposible actuar culpablemente, eventos en los cuales no procede la sujeción a aquellas penas, pues ello violaría el principio básico de un derecho penal culpabilista, sino el sometimiento a medidas de seguridad que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación.

Es por ello que el dígito punitivo no exige que el comportamiento del inimputable sea culpable³⁴, ya que precisamente esa persona carece de la capacidad de actuar culpablemente. Basta entonces que su conducta sea típica, antijurídica, y que no se haya presentado una causal de exclusión de la responsabilidad³⁵.

El concepto de inimputabilidad fue definido en el artículo 36 de la ley 522 de 1999, al señalar que "Se considera inimputable a quien en el momento de ejecutar el delito no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión por inmadurez psicológica o trastorno mental".

A su turno la Ley 1407 de 2010, Código Penal Militar de éste año, ha descrito dicha condición bajo el siguiente tenor:

"ARTÍCULO 34. INIMPUTABILIDAD. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta **típica y antijurídica** no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental." (Negritillas y subrayado de la Sala)

³⁴ "Artículo 15. Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad".

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-297 de 2002, M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

La Corte Suprema de Justicia al referirse al tema objeto de estudio ha señalado que *"La inimputabilidad implica la ausencia de capacidad del individuo para conocer o comprender la ilicitud de su conducta o, aún conociéndola y comprendiéndola, para autodeterminarse, por factores como la inmadurez psicológica, el trastorno mental, la diversidad sociocultural o estados similares."*³⁶

En punto al contenido conceptual que aparejan las capacidades para comprender la ilicitud de un actuar y para autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión, resulta más que pertinente evocar los conceptos plasmados en la Guía para la Realización de Pericias Psiquiátricas Forenses sobre Capacidad de Comprensión y Autodeterminación³⁷, ello en estos términos:

"• Capacidad de comprensión: la comprensión es un proceso de las funciones mentales superiores que consiste en aislar, identificar y entender datos externos e integrarlos de forma coherente con la información de la cual la persona dispone, para aplicarlos con flexibilidad ante una situación determinada y tiene carácter emocional volitivo. La capacidad de comprensión en el marco de este tipo de pericia en psiquiatría forense se entiende como la facultad para entender, conocer y diferenciar si un comportamiento es lícito o ilícito.

• Capacidad de autodeterminación: se refiere a la autosuficiencia y autodirección individual, a la motivación, voluntariedad y capacidad de autorregulación, es la habilidad para desempeñar una conducta con libertad, autonomía, conocimiento y

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, radicado 25056 del 11 de julio de 2007, M.P. Dr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

³⁷ Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, versión 01, Bogotá, D.C., 2009.

comprensión. Matizada por el afecto, incluye la volición y la conación, posibilidad de escoger, tomar decisiones y actuar.

(...)

A. Inmadurez psicológica: corresponde a la falta de maduración global, severa y perfectamente instaurada, que cubija una o varias áreas de la personalidad del sujeto y que explícitamente impidió, en el momento de cometer su acción, obrar con pleno conocimiento de causa y con libre capacidad de autodeterminación³⁸. Incluye algunos trastornos como el Retardo Mental, Trastornos del Desarrollo y déficit del proceso global de aprehensión de la realidad sociocultural como el caso de los disminuidos sensoriales con severa de privación de información, que puede ocurrir en la sordomudez o marginalidad social extrema.

B. Trastorno mental: es una disfunción o anomalía mental lo suficientemente severa como para impedir a la persona, comprender la ilicitud de su conducta o autodeterminarse con base en dicho conocimiento; generalmente se sustenta en un diagnóstico clínico de acuerdo a los parámetros y criterios de clasificaciones internacionales vigentes como la CIE³⁹ o el DSM⁴⁰. Puede ser:

- **Trastorno mental permanente:** se refiere a aquellas afectaciones mentales graves, perfectamente instauradas, de evolución crónica y difícil recuperación, que al momento de los hechos investigados alteran de manera significativa las capacidades cognoscitivas y volitivas. Requieren tratamiento médico especializado, de manera inicial en un centro hospitalario. Por definición son incurables pero con tratamiento se

³⁸ Jiménez Rojas, Iván. "El diagnóstico psiquiátrico forense en Inimputabilidad". En "Revista Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses", Vol. 18 No. 1, 2004; pp. 3-8.

³⁹ Organización Mundial de la Salud. "Guía de Bolsillo de la Clasificación CIE-10. Clasificación de los Trastornos Mentales y del Comportamiento". Madrid: Panamericana; 2000.

⁴⁰ American Psychiatric Association. "DSM-IV. Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales". Madrid: Masson; 1995.

puede lograr una remisión de la sintomatología aguda que le permita a la persona reintegrarse a la sociedad.

• **Trastorno mental transitorio con base patológica:** alteración mental severa que se genera en una disfunción biológica o de personalidad, de presentación aguda o crónica episódica (como en los casos de patología dual), que recidiva si no se somete a tratamiento y que durante la ocurrencia de los hechos investigados, altera de manera significativa las capacidades cognoscitivas y volitivas. Requiere tratamiento psiquiátrico que de acuerdo al caso, puede ser hospitalario o ambulatorio.

• **Trastorno mental transitorio sin base patológica:** alteración mental de muy corta duración, que se presenta al momento de los hechos investigados, de tan alta intensidad, que vulnera las funciones intelecto cognitivas y volitivas. Cede fácilmente con tratamiento e incluso puede autolimitarse y remite sin dejar huellas en el psiquismo del imputado o sindicado."

Lo hasta aquí apuntalado, de cara a lo considerado por la señora Juez Séptima Penal Militar de Brigadas del Ejército Nacional en su decisión, al estimar que la duda por ella colegida era sobre la "eventual" inimputabilidad del acusado al presentar una presunta adicción a los juegos de azar, se ha de precisar que la ludopatía, nombre científico que recibe dicha adicción, al igual que acontece con la cleptomanía, la piromanía, la tricotilomanía y el trastorno explosivo intermitente, es considerada por la psiquiatría como un trastorno del control de los impulsos, el cual se caracteriza por presentar una limitación o merma en la capacidad de reprimir o controlar los mismos, ciertas

motivaciones o tentaciones de llevar a cabo un acto perjudicial para él o para terceras personas, pudiendo llevar incluso en ocasiones a realizar conductas en contra de su propia voluntad. Los afectados sufren una tensión o activación interior irresistible que les lleva a realizar determinados actos, lo que produce una importante merma en su voluntad a pesar de tener conocimiento de lo que hacen⁴¹.

El juego patológico o ludopatía ha sido codificado por la Organización Mundial de la Salud en la CIE 10 y la Asociación Americana de Psiquiatría en el DSM-IV. Consiste en la presencia de frecuentes y reiterados episodios de juegos de apuestas, los cuales dominan la vida del enfermo en forma progresiva y crónica y comportan un deterioro individual, familiar y social, en aquellos eventos el juego deja de ser un entretenimiento para convertirse en una necesidad.

La Asociación Americana de Psiquiatría en su Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (D. S. M. III-R) incluye para la ludopatía los siguientes criterios diagnósticos: *i)* El individuo se va haciendo crónica y progresivamente incapaz de resistir los impulsos de jugar; *ii)* El juego lo pone en serios aprietos, altera o lesiona los objetivos familiares, personales y vocacionales; y *iii)* El juego no es debido a un trastorno antisocial de la personalidad. Sin embargo, cuando las fuentes de

⁴¹HOMS SANZ DE LA GARZA, J.: Avances en medicina legal: ingeniería genética, alteraciones psíquicas y drogas, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

obtención de dinero son escasas, es frecuente la aparición de una conducta antisocial para obtenerlo.

En la última revisión del precitado manual se efectuó una ampliación de los criterios diagnósticos precisando la sintomatología de este trastorno, debiéndose cumplir mínimo cuatro de los síntomas que allí se concretan, entre los que se encuentran: i) preocupación frecuente por jugar o por obtener dinero para jugar; ii) con frecuencia se juega más cantidad de dinero o durante más tiempo del que se había planeado; iii) existe la necesidad de aumentar la magnitud o la frecuencia de las apuestas para conseguir la excitación deseada; iv) intranquilidad o irritabilidad cuando no se puede jugar; v) pérdidas repetidas de dinero en el juego y vuelta al día siguiente para intentar recuperar; vi) esfuerzos repetidos para reducir o parar el juego; vii) con frecuencia, el juego tiene lugar cuando se espera del sujeto que esté cumpliendo sus obligaciones sociales o profesionales; viii) sacrificio de alguna actividad social, profesional o recreativa importante para poder jugar; y ix) se continúa jugando a pesar de la incapacidad para pagar las deudas crecientes, o a pesar de otros problemas significativos, sociales, profesionales o legales que el sujeto sabe que se exacerban con el juego.

iv) Valor probatorio de los dictámenes periciales para determinar la imputabilidad o inimputabilidad.

En torno a este tópico se habrá de precisar inicialmente que en materia probatoria el dictamen pericial es, de una parte, un instrumento para que el juez pueda comprender aspectos fácticos del asunto sometido a su consideración, que tienen carácter técnico, científico o artístico, y requieren ser interpretados a través del dictamen de un experto sobre la materia de que se trate. Por otra parte, es un medio de prueba en sí mismo considerado, puesto que permite comprobar, a través de valoraciones técnicas o científicas, hechos materia de debate en un proceso, es decir, es un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen pericial no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez.

Sobre su relación con la determinación de la condición de inimputable de una determinada persona, es necesario aquilatar que la experticia pericial psiquiátrica no es el único medio de prueba del que se ha de valer el operador judicial para establecer ello, pues ante su inexistencia o imposibilidad de practicarlo, aquel ha de apreciar las distintas probanzas aupadas a una determinada causa penal, valorándolas de manera conjunta en aplicación de las reglas de la sana crítica, aserto que haya sustento, entre otros, en lo acrisolado por la Corte Suprema de

Justicia al respecto, *verbigratia* en la siguiente decisión:

*"Si se argumenta que la única manera de demostrar la imputabilidad o inimputabilidad del autor de un hecho es la incorporación al expediente de un concepto médico, con seguridad se retorna al ya lejano sistema valorativo de la prueba legal o de la tarifa legal, desaparecido hace bastante años y suplido, a hoy, por el de la sana crítica racional, ampliamente compuesto por varios elementos, entre ellos la libertad probatoria (artículo 237 del Código de Procedimiento Penal), la razonabilidad (artículo 238-2 ibídem), el análisis conjunto de las evidencias (artículo 238 Id), la utilización de variedad de medios demostrativos (artículo 233 id), la legalidad, la pertinencia, la conducencia y la necesidad de la prueba (artículos 232 y 235 id), así como por el carácter imperativo de la motivación del estudio probatorio, todo ello siempre íntimamente relacionado con las leyes científicas, los principios lógicos y las reglas de la experiencia."*⁴²

Pero la situación va más allá, pues la determinación de si un sujeto pasible de acción penal es inimputable o no, no es asunto pericial, ello compete en forma exclusiva al administrador de justicia, quien al efecto cimentará su determinación bien en la conclusión de un dictamen pericial con sustento en el procedimiento de rigor, ora en la apreciación y

⁴²Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 13850 del 22 de agosto de 2001, M.P. Dr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

valoración conjunta de éste y de otros elementos suasorios al amparo de las reglas del método de persuasión racional; ello, claro está, en aquellos supuestos en que son esas mismas probanzas las que llevan a inferir serios motivos sobre la eventual concurrencia de una circunstancia generadora de situación de inimputabilidad, al punto que se torna imprescindible el decreto y práctica de una prueba de tal naturaleza. La Corte Suprema de Justicia al respecto, ha precisado:

*"Acorde con lo transcrito, es claro que la sola manifestación del perito no constituye elemento suficiente para fundar la determinación de inimputabilidad, no solo porque esta es una categoría jurídica que corresponde declarar exclusivamente al funcionario judicial, sino en atención a que lo expresado por el experto debe verificarse en su contenido a fin de determinar que las conclusiones efectivamente obedecen a una adecuada aplicación de la lex artis."*⁴³

"4. Surge por ello como una exigencia derivada de la propia circunstancia inmersa en el hecho de obedecer nuestro sistema al régimen dualista, que en el plano de las consecuencias de la conducta punible determina a la persona que no está en capacidad de comprender la entidad típica de su proceder o de actuar conforme con ese entendimiento para que se le deban imponer medidas de seguridad en lugar de sanciones punitivas, la

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, revisión 39565 del 10 de diciembre de 2013, M.P. Dr. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

necesidad de que el funcionario judicial ausculte a partir de su sano y racional criterio, si en cada caso concreto existe una mínima base de probable verdad que conduzca a considerar seriamente que el procesado ha podido actuar como inimputable.”⁴⁴

“En cuanto se relaciona con la no práctica de una pericia siquiátrica para establecer la supuesta condición de inimputable del procesado, la Corte debe reiterar la precisión hecha en múltiples pronunciamientos, en el sentido de que una prueba de ésta naturaleza solo resulta necesaria cuando en el trámite de la actuación surgen elementos de juicio que indiquen razonablemente que al momento de los hechos el procesado padecía un trastorno mental de tal magnitud que le impedía conocer la ilicitud del hecho o determinarse de acuerdo con esa comprensión, mas no cuando como en éste caso la posibilidad del problema síquico resulta ser una especulación recursiva, fundada apenas en un alegación insular y por ende carente de respaldo probatorio”⁴⁵ (Las subrayas son propias)

v) Del asunto sometido a conocimiento de esta colegiatura.

Atinente a éste aspecto inserto en el derrotero metodológico que la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar anunciara, de agraz habrá de

⁴⁴Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 10727 del 18 de julio de 2002, M.P. Dr. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE.

⁴⁵Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, radicado 13704 del 23 de mayo de 2001, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego

decirse que la sentencia del 25 de enero de 2016 a través de la cual el Juzgado Séptimo Militar de Brigadas del Ejército Nacional absolvió de toda responsabilidad al SLR. JUAN FELIPE LEAL GUTIERREZ en aplicación del principio de *in dubio pro reo* y por las consideraciones insertas en la misma, será revocada de forma concordante con lo deprecado por el respetado agente del Ministerio Público recurrente y por su homólogo ante esta instancia, para en su lugar proferir sentencia condenatoria en contra del encartado por el reato de Deserción, ello por las potísimas razones que se indicarán acto seguido.

El estudio de la presente causa penal y el análisis crítico racional del entramado probatorio anejo a la misma, de cara a lo decantado con antelación, lleva a esta Sala de Decisión a la ineluctable conclusión de la existencia de errores en la valoración probatoria llevada a cabo por la titular del referido despacho, ello en la medida que apreció y valoró las pruebas recaudadas en el devenir investigativo de manera equivocada y derivó de las mismas un contenido diverso y distorsionado de aquel que objetivamente señalan, infiriendo inexplicablemente la eventual concurrencia de una circunstancia generadora de inimputabilidad concurrente con la comisión de la conducta punible, dislate que la condujo a aplicar, como consecuencia de ello, el axioma del *in dubio pro reo* ante un evento en el que no procedía, en tanto era palmar que la causa determinante de tal comisión ni fue la adicción al juego del empapelado, ni esta incidió en sus esferas

congnitiva y volitiva en punto al delito investigado, razón por la cual resultaba, en últimas, abiertamente intrascendente la práctica o no de una experticia sobre aquella condición, máxime que aún en el evento de haberse cometido el delito de ausencia por razón de tal patología, la determinación de dicha condición, esto es, de inimputable, no pendía de la realización de una prueba de ciencia sobre la misma como quedó acrisolado con suficiencia en líneas precedentes.

Pertinente resulta recordar que para inferir que el procesado presentaba adicción al juego, así como para derivar de ello una eventual inimputabilidad, la *Iudex A quo* únicamente se basó en algunos apartes de la diligencia de inquirir del mismo, específicamente de aquellos en que sostuvo "*Si es cierto, esa plata me la gasté en un casino ... Si es cierto, yo juego cada mes 200.000 yo pago mis obligaciones y el resto lo juego, yo creo que es una adicción porque cuando tengo plata eso me llama, juego póker, las máquinas de billete, yo voy a varios casinos, juego desde los 18 años ... si, sin embargo quiero agregar que mi adicción por los casinos es muy fuerte, por lo cual cuando recibe la plata en el Ejército me sentí atraído a jugar en los casino y eso era una adicción y sensación constante estando en el área...*"; de lo manifestado por su progenitora en punto a que "... cuando llegó a la casa le pregunte por la plata pero él me dijo que se la había gastado pero no me dijo en que yo supongo que en las máquinas porque a él le gusta eso y los bingos..."; y de la no practica de la experticia

psiquiátrica forense sobre la capacidad de comprensión y autodeterminación.

Empero, resulta palmar, la operadora judicial en comento pretermitió lo expuesto por el encausado respecto de las verdaderas razones por las cuales se ausentó del servicio y, consecuentemente, obvió las pertinentes apreciación y valoración de una prueba tal en la integralidad que el juicio de responsabilidad penal demanda, falencias que explican, si así se puede considerar, el por qué arribó erradamente a la inferencia de una "eventual inimputabilidad".

Al efecto, recuérdese que el SLR. JUAN FELIPE LEAL GUTIERREZ sobre la razón para no regresar a continuar con la prestación de su servicio militar al término el permiso que le fuere concedido expuso en su injurada que *"La razón fue porque no quería estar más en el ejército, estaba aburrido, no quería volver más"*⁴⁶. Al ser interrogado por si en ello había incidido algún inconveniente de tipo familiar, de salud, económico o en la fila contestó que *"No solo estaba aburrido por tanto encierro en el área, el monte. (...) Me declaro inocente porque me encontré en una situación de desespero, me sentía muy solo, estaba estresado por el encierro, no sentía apoyo de mis compañeros, de mis superiores, estaba estresado por el lugar donde estaba mucho monte me sentía desesperado del encierro"*⁴⁷ y al indagársele sobre su ubicación y actividades desde el 08 de octubre de 2013

⁴⁶ Folio 56 ídem.

⁴⁷ Ibídem.

respondió "Yo duré unos meses viviendo con mi mamá, después de unos seis meses me Salí a vivir sólo en el barrio Las Delicias, me dedicaba a laborar en una empresa que se llama YESO COLOMBIA que queda en Buenos Aires, trabajaba en Construcción, me fui a vivir solo porque sabía que me iba a dar orden de captura y no quería que fueran a mi casa..."⁴⁸.

Similar falencia se patentiza en relación con el dicho de la señora RUBY TERESA LEAL GUTIERREZ, progenitora del encartado, quien refiriera la judicatura, en punto a las razones por las cuales su hijo abandonó el servicio militar obligatorio, que "Él me decía que eso era muy duro, que estaba muy aburrido."⁴⁹.

De lo así trasuntado era más que evidente concluir, como acertadamente lo hicieron en su momento el agente del Ministerio Público recurrente y el distinguido colaborador de dicho ente de control ante esta instancia, que la ausencia del servicio protagonizada por el SLR. JUAN FELIPE LEAL GUTIERREZ y la apostasía hacia el deber constitucional que le era exigible, no tuvieron génesis en lo que erradamente infirió la falladora de primer grado - un deseo irresistible por los juegos de azar -, sino en un evento disímil que ni siquiera tocó tangencialmente, mucho menos anuló, sus facultades cognitiva y/o volitiva, cual fue el encontrarse "aburrido por tanto encierro en el área, el monte", razón por la cual era evidente la inexistencia de duda al respecto, ello independientemente que aquel

⁴⁸ Folio 56 y 57 ídem.

⁴⁹ Folio 36 ídem.

padeciere, o no, la prenombrada patología y de que pericialmente se hubiere o no se hubiere emitido una conclusión científica sobre la afectación de las prenombradas esferas; sin que la determinación de la condición de inimputable, se itera, dependiera de la experticia de psiquiatría forense que la señora juez de instancia echa de menos en su providencia, en tanto era a ella a quien le correspondía pronunciarse en un sentido tal y su relación con el injusto penal endilgado al procesado. Al respecto valga la pena recordar que la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

"(...) De manera general, una eventual alteración mental que adolezca el procesado con incidencia en sus capacidades de comprensión y determinación no implica indefectiblemente tenerlo como inimputable, porque es menester además de analizar la entidad de la anomalía, establecer su conexidad y coetaneidad con el hecho realizado, piénsese por ejemplo en un pirómano que comete un ataque sexual o el mitómano que realiza la acción de matar, eventos en los cuales no media algún nexo de la afectación mental con el comportamiento desplegado. (...)"⁵⁰ (Subrayas de esta sala).

Resulta incontrovertible, así, que en el evento *sub judice* no se patentiza ni i) conexidad - entendida como la relación existente entre la causa de inimputabilidad y la conducta punible ejecutada-, ni ii) coetaneidad - que dicha conducta punible concorra con la inimputabilidad determinada por una de esas

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, radicado 23417 del 02 de diciembre de 2008, M.P. DR. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

causas -, entre la ludopatía que al parecer afectaba al procesado y la comisión del reato de Deserción que le fuere endilgado, pues del acervo probatorio que milita en el *dossier* emerge prístino que la determinación delictual no fue consecuencia de la presunta adicción a los juegos de azar del procesado, ni éste se ausentó del servicio por más de cinco días por razón de aquella. Dicho en otras palabras, resultaba, y resulta, palmar que no hay relación alguna entre la supuesta adicción al juego y la responsabilidad penal del SLR. JUAN FELIPE LEAL GUTIERREZ de manera tal que aquella no podría repercutir en el hecho imputado a éste, incapacitándolo para comprender la ilicitud de su comportamiento y/o para determinarse de acuerdo con tal comprensión, resultando un desatino reputarlo inimputable y con mayor razón absolverlo por duda sobre la condición de tal ante la pluricitada ausencia de pericia, cuando, como se dijo, es al administrador de justicia al que corresponde exclusivamente declarar la existencia de una categoría jurídica tal, debiéndose acotar, por otra parte, que aún en el evento de haberse establecido fehacientemente el estado ludopático del prenombrado uniformado, resultaba diamantino, a juicio de esta Sala, que el mismo no tuvo la potencialidad de afectación de la conciencia valorativa y/o de la voluntad del plurinombrado desertor.

El órgano de cierre de la jurisdicción foral, sobre la materia, igualmente ha aclarado que:

"Para tener la condición de inimputable, no basta con que el agente sufra alguna anomalía psíquica o psicológica en cuanto es menester acreditar que la incapacidad de comprensión sobre la ilicitud del comportamiento, o la imposibilidad de determinación conforme a dicho entendimiento, tuvo lugar en el preciso instante en que se cometió el punible"⁵¹

(Subrayas fuera de texto).

Así las cosas, concordando con uno de los apartes iniciales de la decisión proferida por la falladora primaria, se habrá de considerar que el comportamiento desplegado por el SLR. JUAN FELIPE LEAL GUTIÉRREZ indubitativamente se enmarca de manera objetiva en el tipo penal de Deserción consagrado en el numeral 1° del artículo 109 de la Ley 1407 de 2010, normatividad vigente para la época de los hechos, pues resulta innegable su calidad de miembro activo de la Fuerza Pública derivada de su previa y regular incorporación a las filas del Ejército Nacional como Soldado Regular orgánico del Batallón de Infantería N° 18 Cr. "Jaime Rooke" ubicado en la ciudad de Ibagué (Tolima), que para el día 08 de octubre de 2013 le fue autorizado permiso para ir a reclamar unos giros y comprar víveres, y que permaneció ausente del servicio y del cumplimiento de su deber constitucional por más de los cinco (05) días consecutivos regulados en el referido artículo.

⁵¹Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, radicado 38039 del 14 de marzo de 2012, M.P. Dra. María del Rosario González Muñoz

Conducta de ausencia que el SLR. JUAN FELIPE LEAL VARGAS desplegó no obstante ser sabedor que con su actuar agotaba la acción constitutiva del reato típicamente militar de Deserción y se hacía acreedor a las consecuencias que de ello derivaban, al punto que en su injurada aseveró "*(...) me fui a vivir solo porque sabía que me iba a dar orden de captura y no quería que fueran a mi casa (...)*"⁵², conocimiento que no le impidió obrar *contra legem* habida cuenta del aburrimiento que sentía "*en el área, en el monte*" y de hallarse "*estresado por el encierro*" como afirmara en sede indagatorial.

Incuestionable también se patentiza que con su actuar el SLR. JUAN FELIPE LEAL GUTIÉRREZ vulneró efectivamente el bien jurídico tutelado por el legislador de "*el servicio*", tanto en su aspecto formal como en el material, como en su momento concluyere la señora juez de conocimiento, sin que se evidencie que haya actuado al amparo de alguna causal de ausencia de responsabilidad que trocara en justificado aquel proceder.

Por otra parte, en lo que atañe a la culpabilidad, entendida esta como "*el juicio de exigibilidad en virtud del que se le imputa al agente la realización de un injusto penal*"⁵³, resulta innegable que el SLR. JUAN

⁵² Folio 57 ídem.

⁵³ Manual de Derecho Penal, Fernando Velásquez Velásquez, Sexta edición, Año 2014, Bogotá, Editorial "Ediciones Jurídicas Andrés Morales", Página 526.

FELIPE LEAL GUTIERREZ, agente de la conducta típica y antijurídica, tenía capacidad para comprender, para discernir, sobre la ilicitud de la misma y para autodeterminarse de acuerdo a esa comprensión; podía y debía encausar su actuar dentro de la legalidad como le era exigible en su calidad de incorporado al servicio militar obligatorio; y le era vedado comportarse de manera contraria a ello, no obstante lo cual, optó por obrar en contravía a ello, aparejando lo anterior una doble valoración negativa, el desvalor sobre el hecho o injusto y el desvalor sobre el autor o culpabilidad ante la lesión injustificada del bien jurídico (desvalor del resultado) y por razón de la trasgresión de los valores ético sociales en tanto aquella afectación resulta contraria a lo que le era exigible (desvalor de la acción); conjunción que torna su conducta en acreedora de una pena en tanto pudiendo y debiendo actuar conforme a Derecho, actuó en sentido contrario.

Así las cosas, proferirá esta Corporación sentencia condenatoria en contra del SLR. JUAN FELIPE LEAL GUTIÉRREZ por la comisión del delito de Deserción contemplado en el numeral 1° del artículo 109 de la Ley 1407 de 2010, al emerger con certeza la existencia del hecho punible a él imputado, así como su compromiso penal en ello, de conformidad con lo señalado en el artículo 396 de la Ley 522 de 1999.

En cuanto a la pena imponible se ha de tener en cuenta que para el punible de Deserción el artículo 109 de la

Ley 1407 de 2010 contempla la privativa de la libertad consistente en prisión de ocho (8) meses a dos (2) años, por lo que atendiendo a las reglas de dosimetría punitiva reguladas en el artículo 60 de la misma normativa, canon de plena aplicabilidad al rito al que actualmente se sujetan los procesos penales militares que se surten en esta jurisdicción, como pacífica y uniformemente ha señalado esta Corporación, para el presente reato se establecen los siguientes cuartos de movilidad:

Cuarto mínimo	Primer cuarto medio	Segundo cuarto medio	Cuarto máximo
08 meses a 12 meses	12 meses y 01 día a 16 meses	16 meses y 01 día a 20 meses	20 meses y 01 día a 24 meses

Ahora bien, atendiendo a que no obran circunstancias de mayor punibilidad la tasación de la pena se hará dentro del cuarto mínimo de movilidad, esto es, de ocho (08) a doce (12) meses, por lo que atendiendo a los criterios plasmados en el artículo 61 *ídem*, es decir, la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo concurrente y la necesidad de la pena como proceso comunicacional del mantenimiento de la vigencia de la norma quebrantada, se le impondrá al SLR. JUAN FELIPE LEAL GUTIERREZ una pena equivalente a nueve (09) meses de prisión.

Al anterior guarismo y en razón a que el aludido uniformado fue vinculado a la presente investigación por medio de indagatoria, en la que aceptó llanamente la comisión del delito, y que lo dicho por aquel fue determinante en la decisión a tomar, se le concederá una rebaja de pena de una sexta parte (1/6) por confesión de conformidad con lo contemplado en el artículo 446 de la Ley 522 de 1999, quedando la pena imponible en siete (07) meses y quince (15) días de prisión.

No se concederá el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por estricta prohibición legal contenida en el artículo 63 de la referida codificación penal castrense, ello al tratarse de un delito que atenta contra el servicio.

Adicionalmente, en caso de que no se interponga ningún recurso en contra de la presente decisión, se habrá de efectuar la devolución del presente sumario al Juzgado Séptimo de Brigada del Ejército Nacional con asiento en la ciudad de Neiva (Huila), para que una vez aprehendido allí nuevamente su conocimiento, se proceda de conformidad con lo dispuesto adoptando las acciones tendientes a su materialización.

Finalmente, atendiendo a que del material probatorio allegado se observa la supuesta apropiación por parte del SLR. JUAN FELIPE LEAL GUTIERREZ de TRESCIENTOS MIL PESOS M/L (\$300.000) destinados a la compra de los víveres frescos del pelotón "Damasco 2" del Batallón

de Infantería No. 18 "CR. Jaime Rooke", se compulsarán copias de la presente actuación con destino al Juzgado 79 de Instrucción Penal Militar a fin de que adelante la pesquisa que corresponda contra dicho militar por la presunta comisión del reato de Abuso de Confianza Calificado.

En mérito de lo expuesto, la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de ley,

IX. RESUELVE

PRIMERO: ATENDER los argumentos del apelante y, en consecuencia, **REVOCAR** la sentencia del 25 de enero de 2016, a través de la cual la Juez Séptima de Brigada del Ejército Nacional absolvió de toda responsabilidad al SLR. JUAN FELIPE LEAL GUTIÉRREZ, para en su lugar condenarlo a la pena principal de siete (07) meses y quince (15) días de prisión al hallarlo responsable de la comisión del delito de Deserción; ello de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión judicial.

SEGUNDO: NO CONDECER al condenado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, conforme se indicará en la presente providencia.

TERCERO: CONTRA la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación, de conformidad con lo previsto en la legislación penal militar.

CUARTO: COMPULSAR copias de la presente actuación al Juzgado 79 de Instrucción Penal Militar a fin de que el investigue a dicho militar por la presunta comisión del reato de Abuso de Confianza Calificado por parte del ahora condenado, de conformidad con lo previsto en la presente decisión judicial.

QUINTO: ORDENAR, en caso de que no se interponga ningún recurso, la devolución del presente sumario al Juzgado Séptimo de Brigada del Ejército Nacional con asiento en la ciudad de Neiva (Huila), para que una vez aprehendido allí nuevamente su conocimiento, se proceda de conformidad con lo dispuesto en la presente decisión, adoptándose las acciones tendientes a su materialización.

CÓPIESE, RADIQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Capitán de Navío JULIÁN ORDUZ PERALTA
Magistrado Ponente

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Magistrado

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Magistrado

Abogada MARTHA LOZANO BERNAL
Secretaria