

MINISTERIO PÚBLICO. La discrepancia en criterios frente al tema de apelación entre el procurador de primera y segunda instancia.

"Lo anterior nos permite inferir que la discrepancia en criterios frente al tema de apelación entre el procurador de primera y segunda instancia no se contraponen desde la perspectiva formal para que el Tribunal se ocupe del recurso, pues cada uno actúa en su ámbito de legitimidad ad procesum e in causa, así exista desde la perspectiva material la diferencia de criterios. En últimas, ambos preponderan, uno que materializa la doble instancia y otro que forma parte de esa segunda instancia como parte que emite concepto, pero donde saldrá avante el que ofrezca la mayor línea argumentativa para confirmar o modificar la decisión objeto de apelación."

REAFIRMACIÓN DE LA LIBERTAD. Cuando la medida de aseguramiento no se muestra necesaria, adecuada o proporcional, lo procedente es abstenerse de imponerla, más no otorgar libertad provisional.

"Esto para señalar que prevalece la reafirmación de la libertad, cuando se establece bajo argumentación suficiente que cuando la medida de aseguramiento de detención preventiva no se muestra necesaria, no es adecuada o proporcional, lo que procede es no decretarla, abstenerse de hacerlo. Pues fijarla y otorgar el beneficio de libertad provisional por no hallarla necesaria, en primera medida es un total contrasentido, pues al proferir la medida contra la libertad ya la está comprometiendo, así se otorgue un subrogado que es temporal y soportado en el

eventual cumplimiento de compromisos, lo que riñe con el espíritu de la improcedencia de la medida. En segundo lugar, porque tal causal no está prevista en la Ley 522/99 ni 1407/10 como presupuesto de la libertad provisional. Reiterando que la razón fundamental, como lo ha señalado esta Corporación, es que ante la no justificación de los fines de la medida lo que procede es no decretarla, comprometerla de cualquier modo, riñe contra la filosofía que inspira no sólo el test de proporcionalidad, sino la vigencia del orden justo, del marco del debido proceso, las formas propias de cada juicio, y consecuentemente el principio rector de reafirmación de la libertad."

DESERCIÓN. No es un delito de conducta permanente.

"Ahora bien, el delito de deserción es un tipo penal de mera conducta, de peligro, de suyo no admite la tentativa, debiéndose entender que el término de cinco días de ausencia es, apenas, un ingrediente normativo del tipo, pero que por su naturaleza normativa delimita el momento de consumación y agotamiento del injusto. Razón por la cual se ha de afirmar y precisar que este delito es de mera conducta o de mera actividad, y no de conducta permanente. Es de esta forma como debe concebirse nuestra postura sentada desde 2008 pero desarrollada en posteriores pronunciamientos donde precisábamos que la propuesta del Profesor Giuseppe Maggiore ha de comprenderse en el marco de su visión meramente objetiva de la acción naturalística, propia del esquema causal, pero hoy superada y por demás revaluada, pues debe tenerse en cuenta que la Obra del maestro Maggiore fue escrita en las postrimerías del positivismo, a los que critica por simplistas, peligrosistas y deterministas, y el desarrollo del causalismo, donde se planteó incluso problemas entre derecho vigente y derecho justo, entre el concepto formal y material del delito, y donde la dogmática no sólo resuelve problemas actuales sino futuros del derecho; con lo cual la hipótesis de los delitos de mera conducta y de conducta permanente distan en su estructuración y ha de corresponder su análisis a lo

formal, material y visto desde la superación del positivismo al funcionalismo. Lo que se hace palmario en la evolución de la estructura del delito de deserción desde el Decreto 250 de 1958, de tamiz peligrosista, a la Ley 1407 de 2010, de contenido normativo funcionalista moderado¹, y máxime cuando se debe tener en cuenta que hemos venido señalando, que si bien desde esa visión ontologicistas el delito de deserción pareciera reputarse de conducta permanente, ello resulta equivocado cuando hoy los criterios de adecuación y de imputación son normativos; por lo cual, el Legislador al fijar un límite en el tiempo para la estructuración del delito, "cinco días de ausencia", éste se entiende consumado y perfecto al superar dicho lapso, para las causales 1 y 2 del artículo 109; además, dentro de los criterios de libertad de configuración legislativa se dispuso un término diferente y excepcional al fenómeno de prescripción de la acción para este injusto, con lo cual normativamente también su estructura se modifica y en consecuencia se debe afirmar, precisar y reiterar que nuestra postura se orienta es a concebir el delito de deserción como de mera conducta y no de conducta permanente. Es así como debe entenderse, y cualquier expresión que conlleve a razonar de forma diferente queda recogida."

¹ **ROXIN** toma sus criterios desde una perspectiva **valorativista, neokantiana y de un sistema abierto**, trata de modificar las estructuras del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) retomando cada estructura para que vaya orientada hacia los nuevos desafíos del Derecho Penal; hacia una política de Estado coherente a las necesidades del presente. Por cierto ese Estado que mencionaba **ROXIN** debe ser un Estado de derecho, basado en principios constitucionales (de allí su limitación). De aquí surge la idea del **FUNCIONALISMO MODERADO**, en que toda estructura del delito debe ir encaminado hacia un propósito, en el que no puede separarse de la política criminal el Estado con la Constitución y el bloque de constitucionalidad que ella integra y en tal caso ningún principio debería ir en contra de esta.

Surge posteriormente el concepto del bien jurídico tutelado concepto ligado a la política criminal y a la Constitución, que como hemos dicho, ese bien jurídico tutelado **ROXIN** lo asemeja a los derechos fundamentales creados en la Constitución, por eso podemos decir que nuestro Código Penal del 2000, está relacionado con las ideas proferidas por **ROXIN**.

Otra de las ideas preconizadas por **ROXIN** es el concepto de la imputación *objetiva*, que originó una gran discusión en torno a los conceptos de causalidad e imputación en el Derecho Penal. La estructura planteada por **ROXIN** complementa de cierta forma el tipo objetivo; otra idea que organiza este y que de cierta medida también será idea de **JAKOBS** es el binomio *culpabilidad-prevención*.

La culpabilidad como máxima exigencia del estado ciudadano que solo se puede desarrollar como se dijo anteriormente desde la óptica política criminal basada en la *función* preventiva de la pena.

De este modo la responsabilidad o culpabilidad lleva consigo la necesidad preventiva de la pena general y especial, que es indispensable para imponer la pena no como fundamento sino como límite de ahí el FUNCIONALISMO LIMITADOR, que se puede dar la no exigibilidad de otra conducta (excluya); ahora, lo importante no es actuar de otro modo, sino la **necesidad preventiva** de pena que es lo más importante en el esquema de **ROXIN**, que es necesario imponerse al procesado. Así que responsabilidad (necesidad de pena) y culpabilidad debe ser tomado en sentido material y no solamente la culpabilidad que se deduce de la Ley. (Funcionalismo U. Externado de Colombia)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

Sala: Cuarta de Decisión
Magistrado Ponente: CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA
Radicación: 158432-7207-XIV-569-EJC.
Procedencia: Juzgado 7° de Brigada
Procesado: SLC. ROMERO ORDOÑES HERMEL
Delito: Deserción
Motivo de alzada: Apelación sentencia condenatoria
Decisión: Confirma

Bogotá, D.C., mayo treinta y uno (31) de dos mil dieciséis (2016)

I. OCUPA A LA SALA

Resolver el recurso de apelación impetrado por el Procurador 139 Judicial Penal II, contra la sentencia del quince (15) de febrero de dos mil dieciséis (2016), a través de la cual el Juzgado Séptimo de Instancia de Brigada condenó al soldado campesino Romero Ordoñez Hermel a la pena principal y única de ocho (8) meses de prisión, como autor responsable del delito de deserción.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

Se contrae a lo esbozado por la Juez de Conocimiento en la sentencia cuando refiere que el 10 de noviembre de 2014, aproximadamente a las 10:00 horas, el soldado campesino Romero Ordoñez Hermel abandonó las instalaciones del Batallón de Instrucción, Entrenamiento y Reentrenamiento No. 6 dejando abandonado su material de intendencia en una bolsa, uniforme y botas, lo que conllevó a que se le buscara y no se supiera de su paradero, a pesar de haberse efectuado llamadas a sus padres, sino hasta el 15 de mayo de 2015, esto es, seis meses después de su evasión, cuando es capturado por funcionarios del Cuerpo Técnico de Investigación - CTI.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Por los hechos referidos en precedencia, el Juzgado 79 de Instrucción Penal Militar apertura investigación el 03 de febrero de 2015, contra el SLC. Romero Ordoñez Hermel, por el delito de deserción². Tras lograrse su captura el 15 de mayo siguiente, por orden del ente investigador, fue escuchado en indagatoria³ y dejado en libertad⁴ ese mismo día, previa suscripción de acta de compromiso. La situación jurídica provisional fue resuelta mediante interlocutorio del 28 de mayo de dicho año,

² Folio 1 C.O.

³ Folio 58 C.O.

⁴ Folio 67 C.O.

con medida de aseguramiento de detención preventiva, como presunto autor el delito de deserción, pero erróneamente concedió la libertad provisional bajo el argumento de no ser necesaria la medida intramuros⁵.

El 30 de octubre de 2015 la Fiscalía 19 Penal Militar, tras superar los trámites procesales propios, profirió resolución de acusación⁶ contra el prenombrado soldado Romero Ordoñez como autor del delito de deserción.

La etapa de juicio fue iniciada por el Juzgado de Conocimiento, esto es, Séptimo Penal Militar de Brigada, despacho que celebra la audiencia de corte marcial, el 10 de febrero de 2016, y profiere sentencia condenatoria en disfavor del SLC. Romero Ordoñez Hermel, como autor responsable del delito de deserción, decisión apelada por el representante del Ministerio Público y que es el objeto del actual pronunciamiento.

IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El fallador *A quo* aduce que de las pruebas allegadas al infolio se infiere en grado de certeza que el aquí condenado abandonó los deberes propios de su cargo de forma inconsulta, al dejar las instalaciones de la Unidad donde prestaba el servicio militar obligatorio, hasta el 15 de mayo de

⁵ Folio 71 C.O.

⁶ Folio 100 C.O.

2015, fecha en que fue capturado y puesto a disposición del despacho instructor.

Respecto de la atipicidad de la conducta endilgada al SLC. Romero Ordoñez, alegada por el Procurador y coadyuvada por el Defensor en la vista pública, toda vez que no se logró establecer si aquel abandonó las funciones que cumplía el día de marras, con o sin permiso de sus superiores; arguye la Juez que sí se encuentra acreditado en el infolio que el permiso requerido por el aquí procesado, y autorizado por un suboficial, fue para alejarse momentáneamente del grupo y dirigirse a hacer una necesidad fisiológica, situación que aprovechó el SLC. Romero como lo reconoce en injurada cuando manifiesta "yo pedí permiso para ir a orinar, me llevé mi ropa, me cambié y salí corriendo. Yo salí hacia el pueblito que se llama Piedras", permaneciendo en contumacia por más de seis meses y lejos del cumplimiento de sus deberes patrios.

Frente a la supuesta causal de ausencia de responsabilidad, por un estado de necesidad del procesado, cimentada en que éste se evadió de las filas militares para ayudar a su abuela, a quien considera su progenitora porque fue la persona encargada de su crianza, refiere la falladora que el testimonio rendido por la señora Blanca María Bustos permite inferir que quien vela por su cuidado y manutención es el padre del hoy procesado, con quien

vive y es el llamado a ofrecerle los cuidados necesarios para su supervivencia.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Deprecia el Procurador de primera instancia, que es precisamente en lo que discrepaba la Procuraduría *Ad quem*, que no se demostró la tipicidad del hecho endilgado, esto es, el permiso para ir a hacer una necesidad fisiológica del procesado; asimismo que no obran pruebas que permitan aseverar que "el comportamiento del procesado fue culpable"; luego no hay certeza sobre su responsabilidad.

VI. MINISTERIO PÚBLICO

El representante del Ministerio Público, en desacuerdo con el Procurador ante el *A quo*, solicita se confirme la sentencia condenatoria pues está demostrado con grado de certeza la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado.

VII. CONSIDERA LA SALA

Conforme lo establecido en el artículo 203.3 del Código Penal Militar vigente, esto es, Ley 1407 de 2010, en armonía con lo estipulado en el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, concierne al Tribunal Superior Militar conocer del presente recurso de apelación.

Corresponde a la Sala en principio precisar tres aspectos que se plantean en el recurso y que se advierten en la actuación procesal necesarios resolver para optar por la decisión que en derecho corresponde. i) La naturaleza, sentido y alcance del recurso cuando hay discrepancia entre el Procurador de primera y segunda Instancia, cuál prevalece?. ii) la improcedencia de la detención preventiva cuando no se verifican los fines. Prohibición del otorgamiento de la libertad provisional por antagonismo con el principio de necesidad. iii) Naturaleza dogmática del injusto de deserción. Alcance de lo que significa un delito de mera conducta, momento de consumación desde el día en que se superan los cinco días de ausencia y desde allí inicia el término para contar la prescripción de la acción; para no confundirlo con lo que es un delito de conducta permanente; y iv) los elementos estructurantes del injusto y la culpabilidad en el modelo post finalista y funcionalista del artículo 15 del Código Penal Militar.

i) La naturaleza, sentido y alcance del recurso cuando hay discrepancia entre el Procurador de primera y segunda Instancia, cuál prevalece?

Conforme la Ley 201 de 1995, artículo 78, el Ministerio Público ejerce sus funciones mediante el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus agentes interviene en los procesos y ante las autoridades judiciales y administrativas, cuando sea

necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales. Además de las intervenciones obligatorias definidas en la ley, el Procurador General de la Nación, con apoyo del comité o comisión respectiva, fijará mediante acto administrativo general los criterios de mediación necesaria. En cuanto hace a la Jurisdicción Especial, en su Capítulo V, el Ministerio Público en materia penal militar, conforme los artículos 98 a 100, será ejercido por el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de los Procuradores Delegados para las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y los Procuradores Judiciales Penales, quienes intervendrán cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, el patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

Bajo este entendido el Ministerio Público es uno solo y está en cabeza del Señor Procurador General de la Nación, sus funciones se ejercen por él mismo o por sus delegados, lo que en principio sugiere la unidad de criterio, pero, este debe entenderse frente a la participación ante autoridades judiciales y casos en que tal función se ejercita facultativamente, particularmente en hipótesis del sistema acusatorio, o cuando la actuación se surte en segunda instancia, donde el procurador judicial delegado decide si actúa o no al

compartir o no el criterio del procurador de primera instancia.

Lo que debe precisar la Sala es que lo que vincula a la Corporación para pronunciarse de un recurso de apelación se soporta en principios de naturaleza formal y material, siendo aquellos los que gobiernan la legitimación en la causa, el derecho de postulación, la observancia de momentos procesales y términos; en tanto que éstos hacen referencia a la obligatoriedad de sustentar el recurso señalando los presupuestos de hecho y de derecho en que funda un ataque a determinada providencia o auto. Sobre estos dos presupuestos es que se ejerce el derecho de impugnación y la segunda instancia adquiere competencia para ocuparse del recurso; postulados que se concretan en casos como el que es objeto de estudio. Ahora bien, respecto del ejercicio del Ministerio Público ante la segunda instancia y cuando el Tribunal funge como tal, el concepto, de una parte, no es obligatorio y, de otra, si se emite no vincula a la Corporación pues éste se puede aceptar o desestimular.

Lo anterior nos permite inferir que la discrepancia en criterios frente al tema de apelación entre el procurador de primera y segunda instancia no se contraponen desde la perspectiva formal para que el Tribunal se ocupe del recurso, pues cada uno actúa en su ámbito de legitimidad ad

procesum e in causa, así exista desde la perspectiva material la diferencia de criterios. En últimas, ambos preponderan, uno que materializa la doble instancia y otro que forma parte de esa segunda instancia como parte que emite concepto, pero donde saldrá avante el que ofrezca la mayor línea argumentativa para confirmar o modificar la decisión objeto de apelación.

ii) la improcedencia de la detención preventiva cuando no se verifican los fines. Prohibición del otorgamiento de la libertad provisional por antagonismo con el principio de necesidad.

Desde la vigencia de la Ley 1407 de 2010, a partir del 17 de agosto del citado año, este Tribunal en reiterada línea pacífica, la Corte Constitucional y la Sala Penal de la Corte Suprema, han señalado que respecto de conductas cometidas con posterioridad a dicha calenda, la ley penal militar aplicable es aquella, como también hemos insistido que conforme a este postulado respecto de la medida de aseguramiento ésta debe soportarse en el análisis integral y sistemático de la ley 522 de 1999, en sus artículos 522 y 529, así como el canon 466 que condiciona la aplicación del 467, armonizado con los artejos 308, 309 y 310 de la Ley 906 de 2004, modificados por la Ley 1760 de 2015. Esto para señalar que prevalece la reafirmación de la libertad, cuando se establece bajo argumentación

suficiente que cuando la medida de aseguramiento de detención preventiva no se muestra necesaria, no es adecuada o proporcional, lo que procede es no decretarla, abstenerse de hacerlo. Pues fijarla y otorgar el beneficio de libertad provisional por no hallarla necesaria, en primera medida es un total contrasentido, pues al proferir la medida contra la libertad ya la está comprometiendo, así se otorgue un subrogado que es temporal y soportado en el eventual cumplimiento de compromisos, lo que riñe con el espíritu de la improcedencia de la medida. En segundo lugar, porque tal causal no está prevista en la Ley 522/99 ni 1407/10 como presupuesto de la libertad provisional. Reiterando que la razón fundamental, como lo ha señalado esta Corporación, es que ante la no justificación de los fines de la medida lo que procede es no decretarla, comprometerla de cualquier modo, riñe contra la filosofía que inspira no sólo el test de proporcionalidad, sino la vigencia del orden justo, del marco del debido proceso, las formas propias de cada juicio, y consecuentemente el principio rector de reafirmación de la libertad. Al respecto este Tribunal ha señalado:

"(...) En efecto, sabido es, que la disposición punitiva castrense establece que para imponer medida de aseguramiento, es indispensable que se cumplan con los requisitos formales determinados en el artículo 532⁷,

⁷Artículo 523. Las medidas de aseguramiento se dictarán en virtud de auto interlocutorio en que se exprese: 1. Los hechos que se investigan, su calificación provisional y la pena correspondiente 2. Los elementos probatorios sobre la existencia del hecho y la probable responsabilidad como autor o partícipe 3. Las razones por las cuales no se comparten los alegatos de los sujetos procesales.

además, es necesario que del material probatorio surja por lo menos un indicio grave que comprometa la responsabilidad del procesado, esto corresponde, al requisito sustancial. (...)

No obstante lo anterior, así como acertadamente lo expone el Juez de Instrucción, es menester que además de que se encuentren reunidos tanto los requisitos formales como sustanciales, también es obligatorio que se haga un juicio de razonabilidad y necesidad de la medida a imponer, esto, dado que se pretende restringir es el derecho fundamental de la libertad individual, por lo tanto su limitación debe ser excepcional.

(...)

De conformidad con lo antes expuesto, se vislumbra que acertadamente el Juez Instructor, después de establecer que se cumplían los requisitos formales y sustanciales para imponer la medida de aseguramiento - detención preventiva -, se detuvo a realizar un pormenorizado y juicioso análisis sobre si era justificado imponer la detención, dados los fines que persigue, llegando a la conclusión que la misma no se tornaba necesaria, comoquiera que de ese examen concluyó que los militares, no representaban un peligro para la comunidad por cuanto no poseen antecedentes penales, no pertenecen a organizaciones al margen de la ley, tampoco han efectuado maniobras de obstrucción a la justicia, además de que sus comportamientos permitieron inferir que en caso de una eventual condena no eludirán el cerco de la justicia, por cuanto han estado atentos a todas las citaciones del Despacho.

Luego, se repite, resulta atinada la decisión del Operador Jurídico cuando se abstuvo de limitar la libertad individual de los vinculados, por cuanto no se evidenciaba la finalidad de la detención preventiva, pues de haber actuado diferente, estaría vulnerando derechos fundamentales como la presunción de inocencia, la cual hasta este episodio procesal se mantiene incólume y debe permanecer así hasta tanto exista sentencia ejecutoriada. No se debe olvidar que la detención preventiva es de carácter preventivo y

excepcional y está sujeta, como se ha reiterado, a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad, sin que su propósito esté encaminado a adelantar una condena (...)”⁸.

Asimismo, en reiterados pronunciamientos de quien hoy hace las mismas veces, se ha indicado:

“(…) En recientes pronunciamientos la Corporación ha venido estableciendo un criterio jurídico y una línea de pensamiento precisamente sobre los fines de la medida de aseguramiento y su alcance frente a la norma constitucional y legal en materia del derecho procesal penal, en particular del penal militar, no sólo en lo que compete a los delitos comunes sino en especial en tratándose de delitos típicamente militares⁹:

“Con antelación el Tribunal Superior Militar ha incorporado de forma unánime la tesis que en la Justicia Penal Militar se deben analizar no solo los requisitos formales y sustanciales para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, sino que es necesario además que se haga el estudio relacionado con los fines de la medida, en punto de lograr que su imposición responda a los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad.¹⁰

De esta forma, la restricción de derechos fundamentales que conlleva el proceso penal militar se ajusta con las exigencias que impone el modelo de Estado Social de Derecho como el nuestro, en el que la libertad personal es la regla general y su limitación es la excepción.

Como lo ha señalado la honorable Corte Suprema de Justicia, el derecho penal es una parte del sistema penal que materialmente realiza la política criminal concebida conforme a los valores y principios

⁸ MP. TC. Pedro Gabriel Palacios Osma. Rad. 156949 del 08 de agosto de 2011.

⁹ Radicación 156657, 22 de noviembre de 2010, MP. CN (R) Carlos Alberto Dulce Pereira, Tercera Sala de Decisión. En el mismo sentido Radicados 157535 y 1576818 del 26 y 30 de abril de 2013, respectivamente.

¹⁰ Radicación 156190, 10 de noviembre de 2009, MP. TC. Camilo Andrés Suarez Aldana.

constitucionales de determinado modelo de estado. Desde la perspectiva dogmática el derecho penal sustancial está diseñado en perspectiva de ofrecer tutela a bienes jurídicos fundamentales, sobre la base de la necesidad de protección y de la proporcionalidad de su respuesta, como elementos insustituibles de una política criminal inspirada en valores y principios propios de estados cimentados en el respeto por la dignidad humana, cuya defensa les compete a los jueces en el ámbito de su autonomía jurídica y política.¹¹

El derecho procesal penal a su vez, debe ser concordante con ese modelo de estado que consagra mecanismos de protección para quienes intervienen en los procesos penales, y que determinan como excepción reglas acerca de la detención preventiva, como elementos nucleares de una política criminal que también busca la eficiencia de la administración de justicia.

La misma alta Corporación establece que en la elaboración del derecho penal, tanto sustancial como procesal, el legislador no es omnipotente y está condicionado por la barrera infranqueable de los principios y valores del estado, la filosofía sobre derechos humanos y el bloque de constitucionalidad. Por esta razón, al elaborarse un procedimiento penal no pueden desconocerse los supuestos propios del debido proceso, entre los cuales se resaltan el principio de legalidad y de favorabilidad, pues ellos realizan el fin supremo de la política criminal que no es otro que el de garantizar la protección de las personas que intervienen en el proceso penal.

Así las cosas, si en la fase de formación de la ley penal-indica la Corte-el legislador no puede ignorar estos principios, menos lo puede hacer el Juez como protector de los derechos a la hora de aplicarla.

Esta fue precisamente la razón para que el legislador en materia procesal penal militar estableciera y consagrara en la ley 1407 del 17 de agosto de 2010 no solo el principio de favorabilidad-artículo 8 sino también el de

¹¹ Proceso 23880, 19 de julio de 2005, MP. Mauro Solarte Portilla.

legalidad -artículo 177- y a su vez los presupuestos de contenido formal, vale decir, la existencia del motivo definido en la ley (delito, quantum punitivo, modalidad del delito), y de contenido material sustancial con la verificación y demostración de los fines de la medida bajo los criterios de necesidad y razonabilidad en tratándose de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

Así las cosas, a la luz de los artículos 466, 467 de la Ley 1407 de 2010 el juez penal militar debe verificar la necesidad y la finalidad, al igual que prever su adecuada sustentación, por esta razón, como lo ha dispuesto la Corte Constitucional, cuando el juez examina la legalidad formal, debe evaluar si se observó el debido proceso en lo que concierne a los presupuestos constitucionales y legales de la detención preventiva como son: 1)orden escrita de autoridad judicial competente, 2)adopción de la medida con base en las formalidades legales y 3) motivos previamente fundados en la ley. De igual forma, cuando examina la legalidad material, el juez debe evaluar los requisitos probatorios y de necesidad y proporcionalidad para la adopción de la medida si se reúnen."

Sobre los fines de la medida de aseguramiento la honorable Corte Suprema de Justicia¹² ha dicho que:

"En diferentes pronunciamientos la Corte Constitucional ha señalado que para el establecimiento de medidas restrictivas de la libertad personal la Constitución le señaló al legislador un sistema de estricta reserva legal, pues además de consultar los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la fijación de los motivos que dan lugar a instrumentos para restringir ese derecho (cfr. sentencias C-327/97, 425/97 y 634/00), también debe auscultar los fines que se derivan de la misma Carta Política, los cuales igualmente deben ser observados por el funcionario encargado de decidir si procede o no la privación de la libertad de una persona en un caso específico, como son los que se derivan de los artículos 1º, 2º y 250-1,3,7 de la Constitución, que

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado 31167 del 04 de febrero de 2009, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

dan sostén, entre otras que pueden estar implícitas en la Ley Fundamental, a las finalidades de comparecencia del sindicado al proceso, del aseguramiento de la prueba y de protección de la comunidad (artículo 3° Código de Procedimiento Penal).

Del mismo modo, además de velar porque se encuentren satisfechos los requisitos sustanciales y formales (artículo 356, sentencia C-774/01) que darían lugar a la imposición de una medida limitante de la libertad personal, **el funcionario judicial debe ser cuidadoso en respetar la garantía de la presunción de inocencia, sin perder de vista que la detención tiene carácter preventivo mas no sancionatorio.** Por este motivo al momento de explorar la viabilidad de adoptar esta clase de decisión, ha de discurrir de manera serena y ponderada, haciendo suyos también los principios informadores de la proporcionalidad y la racionalidad.

En suma, el marco constitucional y legal para sopesar si frente a un evento en que es procedente la medida de aseguramiento (artículo 357 de la Ley 600 de 2000) es posible aplicarla, está delimitado por los fines que la constitución señala, desarrollados por el legislador en los artículos 3° y 355 ibídem, debiéndose auscultar en cada caso concreto si aparece acreditada la necesidad de garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena, impedir la fuga o la continuación de la actividad delictual, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad, sin que medie en el análisis correspondiente agravio a la presunción de inocencia.

Tales criterios para sopesar no sólo la necesidad de la imposición de la cautela sino su mantenimiento, siguen siendo los orientadores aún en el esquema procesal de la Ley 906, al punto que el Tribunal Constitucional en la sentencia 456/06, señaló:

"A su turno, los artículos 309¹³, 310¹⁴, 311¹⁵ y 312¹⁶ de dicha ley contemplan otras circunstancias que

¹³ Ley 906 de 2004. Artículo 309. Obstrucción de la justicia. Se entenderá que la imposición de la medida de aseguramiento es indispensable para evitar la obstrucción de la justicia, cuando existan motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar

permiten decretar la medida de aseguramiento, en especial para los casos en que se tema que el procesado pueda obstaculizar la justicia bien por alteración de las pruebas, por influenciar a los testigos o peritos o cuando se tema que va a impedir la realización de alguna diligencia procesal. También se podrá imponer la medida de aseguramiento cuando se estime que la comunidad corre peligro por haber continuado la actividad delictiva o se encuentre vinculado con organizaciones criminales, la cantidad de delitos que pudiere haber cometido o estar acusado o sometido a otra medida de aseguramiento o una sentencia condenatoria en su contra por delitos dolosos o preterintencionales.

De la misma forma se podrá imponer medida de aseguramiento cuando la seguridad de la víctima se encuentre en peligro o cuando se presenten algunas circunstancias de las cuales resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso, como es la falta de arraigo en la comunidad, la gravedad del daño causado y su actitud frente al mismo o la falta de voluntad para sujetarse a la investigación.

En términos generales, las medidas cautelares buscan garantizar la presencia del imputado en el proceso así como asegurar la conservación de la prueba, mantener el

elementos de prueba; o se considere que inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o cuando impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación.

¹⁴ Ley 906 de 2004. Artículo 310. Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad del hecho y la pena imponible, deberán tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.

¹⁵ Ley 906 de 2004. Artículo 311. Peligro para la víctima. Se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentar contra ella, su familia o sus bienes.

¹⁶ Ley 906 de 2004, Artículo 312. No comparecencia. Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, además de la modalidad y gravedad del hecho y de la pena imponible se tendrá en cuenta:

1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este.
3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena.

estado de cosas como al inicio del trámite y proteger a las víctimas y a la comunidad.

(...)

De otra parte es pertinente precisar también que las medidas de aseguramiento no equivalen a la sentencia condenatoria, ni pueden ser confundidas con las penas que mediante tal providencia se imponen. Son simples medidas cautelares - no sentencias - que sólo pueden dictarse, con carácter excepcional, preventivo pero no sancionatorio cuando se reúnan de manera estricta los requisitos fácticos o jurídicos señalados por la ley para el efecto, y cuando resulten indispensables para alcanzar la finalidad constitucional que con ellas se persigue, esto es, para asegurar la comparecencia (sic) del imputado al proceso, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de la víctima". (Negrillas y subrayado fuera de texto)¹⁷.

iii) Naturaleza dogmática del injusto de deserción. Alcance de lo que significa un delito de mera conducta, momento de consumación desde el día en que se superan los cinco días de ausencia y desde allí inicia el término para contar la prescripción de la acción; para no confundirlo con lo que es un delito de conducta permanente.

Como en otras oportunidades esta Sala lo ha enseñado, el delito de deserción busca proteger el bien jurídico del servicio, garantizando no sólo la prestación del servicio militar obligatorio en sí mismo, conforme los mandatos del artículo 216 de la Constitución Política de 1991 y la Ley 48 de 1993, sino el servicio expresado como aquel que se orienta

¹⁷ Rad. 158261 del 28 de julio de 2015

y proyecta en el ejercicio de la administración para alcanzar los fines que consultan la existencia de la Fuerza Pública en un Estado Social de Derecho. Lo contrario sería concebir un sistema penal basado exclusivamente en la vigencia y reafirmación de la norma, lo que deviene abiertamente inconstitucional de cara al artículo 16 de la citada Carta, donde se prevé la preexistencia del bien jurídico, para el caso servicio, desde una perspectiva genérica y universal en el tráfico social militar, que es el llamado a proteger con el artículo 109 del Código Penal Militar, y no el servicio militar en sí mismo como se ha señalado.

Ahora bien, el delito de deserción es un tipo penal de mera conducta, de peligro, de suyo no admite la tentativa, debiéndose entender que el término de cinco días de ausencia es, apenas, un ingrediente normativo del tipo, pero que por su naturaleza normativa delimita el momento de consumación y agotamiento del injusto. Razón por la cual se ha de afirmar y precisar que este delito es de mera conducta o de mera actividad, y no de conducta permanente. Es de esta forma como debe concebirse nuestra postura sentada desde 2008 pero desarrollada en posteriores pronunciamientos donde precisábamos que la propuesta del Profesor Giuseppe Maggiore ha de comprenderse en el marco de su visión meramente objetiva de la acción naturalística, propia del esquema causal, pero hoy superada y por demás revaluada, pues debe tenerse en cuenta que la

Obra del maestro Maggiore fue escrita en las postrimerías del positivismo, a los que critica por simplistas, peligrosistas y deterministas, y el desarrollo del causalismo, donde se planteó incluso problemas entre derecho vigente y derecho justo, entre el concepto formal y material del delito, y donde la dogmática no sólo resuelve problemas actuales sino futuros del derecho; con lo cual la hipótesis de los delitos de mera conducta y de conducta permanente distan en su estructuración y ha de corresponder su análisis a lo formal, material y visto desde la superación del positivismo al funcionalismo. Lo que se hace palmario en la evolución de la estructura del delito de deserción desde el Decreto 250 de 1958, de tamiz peligrosista, a la Ley 1407 de 2010, de contenido normativo funcionalista moderado¹⁸, y máxime cuando se debe tener en cuenta que hemos venido señalando, que si bien desde esa visión ontologicistas el delito de

¹⁸ **ROXIN** toma sus criterios desde una perspectiva **valorativista, neokantiana y de un sistema abierto**, trata de modificar las estructuras del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) retomando cada estructura para que vaya orientada hacia los nuevos desafíos del Derecho Penal; hacia una política de Estado coherente a las necesidades del presente. Por cierto ese Estado que mencionaba **ROXIN** debe ser un Estado de derecho, basado en principios constitucionales (de allí su limitación). De aquí surge la idea del **FUNCIONALISMO MODERADO**, en que toda estructura del delito debe ir encaminado hacia un propósito, en el que no puede separarse de la política criminal el Estado con la Constitución y el bloque de constitucionalidad que ella integra y en tal caso ningún principio debería ir en contra de esta.

Surge posteriormente el concepto del bien jurídico tutelado concepto ligado a la política criminal y a la Constitución, que como hemos dicho, ese bien jurídico tutelado **ROXIN** lo asemeja a los derechos fundamentales creados en la Constitución, por eso podemos decir que nuestro Código Penal del 2000, está relacionado con las ideas proferidas por **ROXIN**.

Otra de las ideas preconizadas por **ROXIN** es el concepto de la imputación *objetiva*, que originó una gran discusión en torno a los conceptos de causalidad e imputación en el Derecho Penal. La estructura planteada por **ROXIN** complementa de cierta forma el tipo objetivo; otra idea que organiza este y que de cierta medida también será idea de **JAKOBS** es el binomio *culpabilidad-prevención*.

La culpabilidad como máxima exigencia del estado ciudadano que solo se puede desarrollar como se dijo anteriormente desde la óptica política criminal basada en la *función* preventiva de la pena.

De este modo la responsabilidad o culpabilidad lleva consigo la necesidad preventiva de la pena general y especial, que es indispensable para imponer la pena no como fundamento sino como límite de ahí el FUNCIONALISMO LIMITADOR, que se puede dar la no exigibilidad de otra conducta (excluya); ahora, lo importante no es actuar de otro modo, sino la **necesidad preventiva** de pena que es lo más importante en el esquema de **ROXIN**, que es necesario imponerse al procesado. Así que responsabilidad (necesidad de pena) y culpabilidad debe ser tomado en sentido material y no solamente la culpabilidad que se deduce de la Ley. (Funcionalismo U. Externado de Colombia)

deserción pareciera reputarse de conducta permanente, ello resulta equivocado cuando hoy los criterios de adecuación y de imputación son normativos; por lo cual, el Legislador al fijar un límite en el tiempo para la estructuración del delito, "cinco días de ausencia", éste se entiende consumado y perfecto al superar dicho lapso, para las causales 1 y 2 del artículo 109; además, dentro de los criterios de libertad de configuración legislativa se dispuso un término diferente y excepcional al fenómeno de prescripción de la acción para este injusto, con lo cual normativamente también su estructura se modifica y en consecuencia se debe afirmar, precisar y reiterar que nuestra postura se orienta es a concebir el delito de deserción como de mera conducta y no de conducta permanente. Es así como debe entenderse, y cualquier expresión que conlleve a razonar de forma diferente queda recogida.

Lo esbozado busca precisar el criterio y corresponde a que se nos interpreta de forma equivocada y desatendiendo pronunciamientos que hicimos posteriores al año 2008, por parte de la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar, en sentencia del 24 de junio de 2015, radicado 158224 y otros, en la que se nos cita, pero de los cuales discrepamos, pues no corresponden a nuestra concepción de la estructura dogmática del injusto de deserción desde el año 2010; pues no puede olvidarse que un delito de conducta permanente

es aquel "cuyo proceso ejecutivo, y por lo tanto su estado antijurídico, perdura en el tiempo"¹⁹, no es que se prolongue en el tiempo más allá de su consumación sino que continúa ejecutándose indefinidamente, como acontece con la desaparición forzada; así para que el delito se estructure requiere, necesariamente, una prolongación indefinida en el tiempo para que se dé la conducta, lo que estructura un elemento esencial del delito. Hay hipótesis sobre los efectos que se extienden como acontece con la invasión de tierras, violación de habitación ajena mientras perdure, usurpación de funciones mientras se ostenten, pero sólo por ese lapso.

Para retomar la temática que planteamos es necesario precisar que respecto del proceso ejecutivo del delito de deserción señalamos en ponencia de 2009, de quien hoy hace las mismas veces, lo siguiente:

"(...) **EL PROCESO EJECUTIVO DEL DELITO DE DESERCIÓN.** Verificación del ingrediente normativo "cinco días". (...) Significa lo anterior que el lapso que fijó el Legislador "más de cinco días" se convierte en ingrediente normativo del tipo, norma penal en blanco, que demanda para su entendimiento el reenvío a los artículos 67 y 68 del Código Civil Colombiano y artículos 59 y 61 del Código de Régimen Político y Municipal, estos últimos de idéntico contenido al primero de los enunciados, que al tenor literal reza:

"Todos los plazos de días, meses o años, de que se hagan mención legal, se entenderán que terminan a la media

¹⁹ Maggiore Giuseppe. Derecho Penal. Segunda Edición. Editorial Temis Tomo I. Pág. 295.

noche del último día de plazo. Por año y por mes se entiende los del calendario común, y por día el espacio de veinticuatro horas; pero en la ejecución de las penas se estará a lo que disponga la ley penal. Cuando se dice que un acto debe ejecutarse en o dentro de cierto plazo se entenderá que vale si se ejecuta antes de la media noche en que termina el último día del plazo (...)”.

Lo anterior comporta analizar dos momentos: El primero, que P (...) tenía el lapso correspondiente al día seis de junio para presentarse, tiempo que sólo termina a la media noche del referido día, ya que se cuenta no a partir de la hora de presentación sino del vencimiento del día (24:00); consecuentemente, para efectos de la adecuación del comportamiento en el tipo penal dispuesto en el artículo 128 del CPM, su real y efectiva ausencia comienza a contarse a partir del día siete (7) de junio. Como segundo aspecto que la ausencia dispuesta en la norma penal en cita debe producirse no por cinco días, sino por más de cinco días, lo que nos permite afirmar que frente a tal hipótesis sólo estaría incurso en Deserción el día doce de junio, situación que no aconteció (...)”²⁰.

²⁰ Rad. 154849 del 06 de febrero de 2009. Respecto del momento consumativo del delito de deserción también tener en cuenta nuestro radicado 156545 del 02 de noviembre de 2010 donde se precisó: “ ii) los efectos de la fecha de novedad fiscal y de la orden administrativa que retira del servicio activo a un militar y su trascendencia en el ámbito penal castrense. Resulta oportuno señalar que: “los actos administrativos tienen la capacidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva en beneficio o a cargo de una persona, o permiten aplicar a esta una situación jurídica objetiva”. Son precisamente estos los efectos que acontecen cuando un militar o policial es dado de alta o retirado del servicio, por licenciamiento, concepto jurídico o sanidad, mediante una orden administrativa de personal, lo que nos permite afirmar que la condición de militar o policial en servicio activo se mantiene desde que es dado de alta o ingresa al escalafón, hasta cuando se produce la comunicación del acto administrativo que le retira del servicio activo. Este nuevo examen de la temática tratada lleva a la Sala a recoger el criterio que se venía esbozando respecto a que era la novedad fiscal la que retiraba jurídicamente del servicio activo, razonamiento que se reconsidera y hoy demanda determinar que la condición militar o policial se mantiene hasta que se produzca el acto administrativo (orden administrativa de personal) que le separa formal y materialmente del servicio activo, vale decir, debe precisarse que unos son los efectos de la fecha de novedad fiscal de vocación presupuestal y otros bien diferentes los producidos por el acto administrativo “O.A.P.” de tendencia personal y funcional, que fija la calidad militar o policial como el momento desde y hasta cuando es destinatario de la norma penal militar. Dicho de otra manera, aquellos son eminentemente patrimoniales, meramente presupuestales, en el entendido que buscan sacar de nómina o partidas presupuestales al destinatario y, éstos corresponden al instante en que material y objetivamente se deja de ostentar la condición personal como lo es el ser militar o policial. Lo planteado resulta por demás obvio de cara a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, pero pareciera ser desatendido por la mala costumbre de la administración al no producir un sólo acto administrativo en el cual debe converger objetivamente la novedad personal y la consecuente fiscal, amén que de aquella debe depender ésta, es decir, ha de confluir en una sola disposición legal el retiro del individuo de la institución y su consiguiente e inmediata clausura de nómina o de partidas presupuestales. Corolario, debe quedar claro que en el entendimiento del Tribunal Superior Militar lo que determina la condición de militar o policial en servicio activo es la fecha de la orden administrativa y no la novedad fiscal, con lo que se recoge el discernimiento señalado en la providencia citada en precedencia y se fija un nuevo criterio que consulta una línea pacífica de la Corporación como pasa a mencionarse: “(...) Ahora, si bien es cierto la Orden Administrativa de Personal No. 1665 del 25 de octubre de 2009 del Comando Ejército, allegada al expediente, dispone el retiro del servicio activo del SLR. H.P.M. con novedad fiscal 8 de agosto de 2009, no puede ser

En consecuencia, es imperativo ratificar QUE EL DELITO DE DESERCIÓN ES UN DELITO DE MERA CONDUCTA de ejecución instantánea, no de conducta permanente, esta no es la naturaleza, este injusto si se agota en el tiempo, y sus efectos no se extienden más allá del momento de la consumación, esto es, el dispuesto por el legislador en el artículo 109 del Código Penal Militar, al fijar que con cinco días de ausencia el delito es perfecto y en consecuencia allí se agota. Decir lo contrario no corresponde a su estructura dogmática, afirmar que se trata de una conducta permanente y que con ello se altera el término de prescripción de la acción en el tiempo y los efectos procesales del mismo, es una interpretación equivocada de lo que hemos sostenido pues, insistimos, no puede perderse de vista los contenidos normativos de imputación, la estructura dogmática del delito que se agota al vencimiento de los cinco días; lo cual no significa, en una visión contemporánea de la estructura del delito, que este

considerada esta última fecha como la pérdida de su calidad de militar, pues se estaría desconociendo los términos de ejecutoria y efectos legales de un acto administrativo, sin que ello pueda confundirse con la figura de "novedad fiscal", la cual es exclusivo para asuntos de nómina o prestaciones, sumado a que ello no puede suprimir, modificar o anular efectos ya producidos durante ese lapso, como es la consumación de una presunta conducta delictiva Militar. En otros términos, el retiro efectivo del miembro de la Fuerzas Militares sólo rige a partir de la ejecutoria del acto administrativo que dispone su retiro, que para el caso en estudio es el momento de la ejecutoria de la Orden Administrativa No. 1665 del 27 de octubre de 2009. (Subraya la Sala) (...) Posterior a esto y conforme a lo arriba anotado, la Sala quiere perpetuar para no ser excluida la parte de la determinación de la novedad fiscal, el rehúso, de tomar como fecha de retiro de la Fuerza Pública la fecha de la novedad fiscal pues contemplamos que la calidad de ser militar deberá determinarse o perderse en el momento en que quede ejecutoriado y que cobre firmeza el acto administrativo, pues es claro que la novedad fiscal es entendida como efectos patrimoniales, o sea, suma de dinero que deja de percibir un miembro por un tiempo estipulado (...)" Sala Tercera de Decisión, Rad. 156477. MP. TC. Pedro Gabriel Palacios Osma. Junio 29 de 2010. "Establecido que la novedad fiscal se produce el mismo 05 de septiembre de 2009 pero la orden administrativa de personal No. 1896 está calendada quince (15) de diciembre de dos mil nueve (2009), ha de afirmarse que la condición de militar en servicio activo del Soldado Regular Montaña Arévalo Julio Ernesto se mantuvo hasta esta fecha (15-DIC-09), con lo que se quiere indicar que para el 05 de septiembre de 2005, el hoy procesado era militar en servicio activo y en consecuencia destinatario de la norma penal militar dispuesta en el artículo 128 de la Ley 522 de 1999, lo que conlleva a que se prosiga el ejercicio de la acción penal por dicho injusto".

injusto se mantenga en el tiempo y que con ello se alteren consecuencias como la flagrancia y la prescripción; hacerlo demanda no sólo una inapropiada expansión del derecho, sino que vulnera el principio de legalidad; a más que no debe desatenderse que cuando el Legislador fijó un término explícito de prescripción de la acción para el punible de deserción transformó normativamente la estructura dogmática del mismo, que se concibe por un imperativo normativo dispuesto en los artículos 83 y 85 de la ley 522 de 1999, y especialmente en los artículos 76, 78 y 450 de la ley 1407 de 2010; por lo que de esta forma se nos debe leer y no diferente, pues hacerlo, como se ha hecho, no sólo contraría nuestra línea de pensamiento sino que altera la voluntad del legislador al fijar un término para la consumación del delito. Por esto la postura de la Sala se ha de entender como que se recoge, toda vez que desatiende el precedente horizontal y la que ha de mantenerse es la que ha fijado este Tribunal al señalar, insistimos, que la conducta de deserción se consuma y es perfecta al vencimiento de los cinco días de ausencia, momento en que se consuma o reputa perfecto el delito y es desde allí, y sólo desde allí, de donde debe iniciar a contarse el término de prescripción de la acción.

Respecto de lo que significa un delito de mera conducta en rigor dogmático, debe recordarse que es aquel en donde el proceso ejecutivo del delito (Ideación, preparación, ejecución y

consumación) se agota en un solo momento, particularmente el desvalor se presenta en un solo momento, donde convergen la ejecución y consumación, vale decir, son aquellos cuya descripción y contenido material se agota en la realización de una conducta, sin que se exija la producción de un resultado distinto del comportamiento mismo, por ello respecto de estos no se predica la tentativa, su razón de ser se basa en el supuesto de generar una amenaza en quien es objeto de la acción o sobre quien recae la misma, como lo plantea el Profesor Roxin²¹, o "la realización de la conducta sin más" como lo expone Muñoz Conde²², es decir, el servicio en el caso que nos ocupa.

Para María Acale la diferencia entre los delitos de mera actividad y los de resultado, hoy se entiende que aquellos son los que dentro del tipo delictivo en concreto, el legislador ha incluido un comportamiento pero no ha prestado atención, es decir, no ha incorporado como elemento típico, el efecto natural provocado y separable del mismo²³.

Así, "un sector doctrinal entiende que el resultado es el efecto de la acción sobre el objeto material del delito. De esta forma, si los delitos de mera actividad se definen como delitos sin resultado y

²¹ Derecho Penal. Claus Roxin. pag 10- 54- 103

²² Derecho Penal. Pág. 260 Editorial Tirant lo Banch.

²³ (MARÍA ACALE SÁNCHEZ 21 Vid. G. MARINUCCI, El delito como acción. Crítica de un dogma, Madrid, 1998, traducción: J. E. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, pp. 21 y ss.; M. ATIENZA, «Para una teoría general de la acción penal», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1987 (1), pp. 5 y ss.; G. JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción», Revista Peruana de Ciencias Penales, 1994 (3), traducción: M. CANCIO MELIÁ, pp. 98 y ss.; C. ROXIN, «Il concetto di azione nei più recenti dibattiti della dommatica penalistica tedesca», en Studi in Memoria de Giacomo Delitalia, Tomo VIII, Milán).

éste como el efecto de la acción sobre el objeto material, aquellos, como si de un silogismo se tratara, serían delitos sin objeto material; el razonamiento se presenta pues de forma escalonada: delitos de mera actividad como delitos sin efecto exterior, sin efecto sobre el objeto material, sin objeto material y, finalmente, como se verá, sin bien jurídico. En nuestra opinión hay que partir de que el estudio sobre el objeto material se centra en la acción más que en el resultado: esto es, es el objeto material de la acción del autor, en virtud del cual se define la conducta típica. Al serlo de la acción y al ser definidos los delitos de mera actividad como delitos de acción carentes de resultado natural, no hay por qué hacer afirmaciones categóricas al respecto, pues solucionan poco. Esto significa que, a priori, el objeto material nada condiciona en este sentido a la categoría de los delitos de mera actividad que pueden tener objeto material de la acción al igual que los delitos de resultado pueden carecer del mismo; así se relativiza a la vez la importancia sistemática del objeto material pues deja de ser un elemento esencial del tipo: en contra de lo mantenido por Pérez Álvarez y por Cancino Moreno, no es siempre un elemento esencial de todos los delitos. Por ello, esa función del objeto de la acción como sustrato necesario del bien jurídico, no puede ser rechazada pero tampoco puede ser LOS DELITOS DE MERA ACTIVIDAD (...) todo dependerá de que sea posible identificar un objeto material típico en el que se pueda decir que a su vez, se encuentre reflejada siquiera sea la faceta pasiva o estática del bien jurídico. En este sentido, si es posible visualizar la afección al bien jurídico a través del menoscabo del objeto material, en la medida en que sobre éste se refleje aquél como si de un espejo se tratara, no hay por qué ignorar dicho efecto e intentar deducir la afección por otras vías dogmáticas pues materialmente ya viene solucionado el problema; por eso también los bienes jurídicos que sean inmateriales, o aquellos otros en los que a pesar de tener objeto de la acción no pueda decirse que éste represente al bien jurídico, podrán ser lesionados o puestos en peligro atendiendo a la ruptura del equilibrio de los intereses que se resuelve en su interior, ruptura que también se da en los delitos en los que el bien jurídico se

corporativiza en un objeto material pero en estos casos la afección se visualiza ya a través de la fisonomía del propio objeto material menoscabado”²⁴.

Entendido entonces la ausencia del elemento objetivo resultado, la sola acción concreta el desvalor de acción y el desvalor de resultado, toda vez que el comportamiento conlleva no sólo la estructuración de los elementos objetivos y subjetivos del tipo, para el caso de la deserción a título de dolo, sino que se concibe el elemento cofundamentador del injusto, como es la antijuridicidad, que es donde se concreta el desvalor de resultado, esto es, en la afectación del bien jurídico servicio, momento en que se entiende perfecto y agotado el delito; con consecuencias no sólo en punto del momento de consumación, al momento del cumplimiento de los cinco días de ausencia para efectos de las causales 1 y 2 del artículo 109 del Código Penal Militar, sino igualmente para los efectos propios del momento en que inicia el término de prescripción de la acción, que no es otro que el dispuesto en el canon 78, que dispone en su primer aparte que la **"prescripción de la acción empezará a contarse, para las conductas punibles instantáneas, desde el día de su consumación..."**, vale decir, e insistimos, el momento de consumación es el día en que se cumple los cinco días de ausencia, en otras palabras, superadas las 24:00 horas del quinto día, lo que *per se* supone estar ya en el sexto día. Sobre el término de prescripción de la acción también es

²⁴ Los Delitos de Mera Actividad. María Acale Sánchez. Profesora Titular de Derecho Penal Universidad de Cádiz. Pág. 17

oportuno señalar, que la línea que impera y que se ha de entender ha fijado precedente es que, si bien es cierto este Tribunal ha sentado una línea sobre la inaplicación momentánea de los artículos 76 y 450 de la Ley 1407 de 2010, frente al modelo procesal de la Ley 522 de 1999, y por falta de implementación de normas que tienen su operancia en el modelo acusatorio; también lo es que no resulta afortunado señalar que su inaplicación obedece a vicio de formación en el trámite de la ley, como lo señala la Tercera Sala de Decisión, en el radicado 158236 del 28 de agosto de 2015, pues de una parte éste jamás ha existido, y de otra, porque que en la hipótesis que lo fuera, la norma tiene presunción de legalidad y la única instancia que en nuestro modelo de Estado puede declarar ese vicio para retirar la norma del ordenamiento jurídico es la Corte Constitucional, en ejercicio de la función dispuesta en el artículo 241, y no un Tribunal de segunda instancia. Consecuente con nuestra postura fue lo que decidió la precitada Corte en sentencia C-252 de 2014 al indicar que toda la Ley 1407 de 2010 es exequible, pues no se advirtió vicio alguno en el trámite de formación de la misma. Al respecto señaló:

"CODIGO PENAL MILITAR- No tuvo lugar elusión alguna del debate exigido por la Constitución Política a todo el proyecto de ley.

Encuentra la Corte infundados los cargos de inexequibilidad de la ley demandada, ya que la oportunidad de debate no se vio vulnerada en la tramitación de la Ley 1407 de 2010. Recuerda la Corte que por "debate" debe entenderse la oportunidad que

tienen los congresistas de realizar la discusión sin que se deba medir la calidad o la intensidad de la deliberación, porque una exigencia de debate en donde se valore la profundidad o la suficiencia más que una garantía sería una imposición que limitaría sin justificación los derechos políticos de los miembros del Congreso.

Sobre la necesidad de debate o deliberación en la aprobación de la ley se puede decir que el artículo 157 de la C.P., que establece la regla de "los cuatro debates", debe ser interpretado teniendo en cuenta las normas constitucionales y legales sobre el tema y no el uso del lenguaje común. La Corte Constitucional ha establecido que por "debate" debe entenderse la oportunidad que tienen los congresistas de realizar la discusión sin que se deba medir de alguna forma la calidad, la intensidad, la profundidad y la suficiencia del debate o la deliberación, ya que una exigencia de deliberación más que una garantía sería una imposición que limitaría sin justificación los derechos políticos de los miembros del Congreso. La intensidad del debate o deliberación dependerá entonces del grado de consenso o de rechazo de la propuesta, que en todo caso no debe constreñir los derechos políticos de las minorías o de la oposición. Por esta razón cuando se habla de falta de deliberación o de debate a lo que se está haciendo referencia es a la omisión de la oportunidad de participación que tienen los congresistas u otros intervinientes en el proceso de formación de la ley. Es decir, que se iría en contra del artículo 157 de la C.P. si se elude o se prescinde del cumplimiento de alguno de los requisitos constitucionales y legales para que los representantes e intervinientes en el proceso de elaboración de ley emitan sus opiniones o diserten sobre la conveniencia o inconveniencia de las propuestas legislativas. Esta posibilidad de intervención en la deliberación no obsta para que las discusiones puedan ser moderadas por el Presidente de la Corporación o de la Comisión en donde tenga lugar el debate, a través de figuras regladas como la suficiente ilustración o las restricciones razonables a las intervenciones de los congresistas e intervinientes, siempre que dichas

limitaciones se apliquen sin discriminación ni preferencias.

DEBATE LEGISLATIVO-Elementos fundamentales

La Corte estableció que los artículos 145, 146, 157 y 160 de la Carta señalan los elementos fundamentales que deben reunir los debates y estableció que la Constitución dispone en primer lugar (i) que se exige un número mínimo de congresistas que deben estar presentes para iniciar la deliberación de cualquier asunto, así como para adoptar decisiones (Artículo 145, CP); en segundo término (ii) que se debe cumplir con la mayoría necesaria para adoptar decisiones en la respectiva corporación que, salvo que la Constitución exija una mayoría especial, debe ser la mayoría de los votos de los asistentes (Artículo 146, CP); en tercer lugar (iii), el carácter imperativo de los debates en las comisiones y en las plenarias, sin los cuales ningún proyecto puede llegar a ser ley (Artículo 157, CP); en cuarto lugar (iv) la necesaria publicidad de lo que va a ser sometido a debate como presupuesto mínimo para garantizar la participación efectiva de los congresistas (Artículo 157, CP); en quinto término (v), el período mínimo que debe mediar entre debates como garantía de que la decisión del Congreso sobre el proyecto de ley es producto de una reflexión ponderada (Artículo 160, CP), y por último (vi) la votación de lo discutido como finalización del debate (Artículo 157, CP).

DEBATE LEGISLATIVO-Condicionales legales que deben cumplir

DEBATE LEGISLATIVO-Exigencia no implica que necesariamente deban participar en la discusión las fuerzas políticas que tienen asiento en el Congreso de la República

La exigencia de llevar a cabo los debates exigidos por la Constitución en desarrollo de un procedimiento legislativo, tiene como objeto la concreción del principio democrático en la elaboración de las leyes dentro del Estado colombiano. Sin embargo, la exigencia del debate no implica que necesariamente deban

participar en la discusión las fuerzas políticas que tienen asiento en el Congreso de la República; de ser así, más que una garantía, sería una imposición que limitaría sin justificación los derechos políticos de los miembros del Congreso. Lo que se garantiza con el debate es que los representantes de la sociedad tengan la oportunidad de participar en la construcción de las decisiones que se toman en las corporaciones legislativas.

CONCEPTO DE DELIBERACION O DISCUSION Y VOTACION POR PUPITRAZO-Distinción

Se debe diferenciar el concepto de deliberación o discusión, que es una garantía institucional que tiene como objeto la concreción del principio democrático en la elaboración de las leyes, con el concepto de votación por "pupitrazo". Este último concepto tiene viabilidad en nuestro procedimiento legislativo bajo la figura de la votación ordinaria del artículo 129 de la Ley 5ª de 1992. Dicha categoría, aunque puede relacionarse tangencialmente con la falta de calidad o de suficiencia de la deliberación, no está prohibida en nuestra legislación y se autoriza para la aprobación de determinado tipo de leyes y propuestas legislativas. Sin embargo, se repite que una cosa es la oportunidad que tienen los congresistas de deliberar en el trámite de aprobación de una ley, y otra es la forma de votación que se establezca para la aprobación de dicha ley.

4.3.2.35. En síntesis, una vez analizado el proceso de tramitación de la ley 1407 de 2010, la Corte constata que no se vulneró el artículo 150 numeral segundo ni el artículo 157 de la C.P. por el cargo de falta de debate y por esta razón declarará exequible la integridad de dicha ley por este cargo expuesto por el demandante. En los cargos de falta de publicación de las modificaciones realizadas en una Comisión Accidental que sesionó en la aprobación del proyecto de ley en segundo debate y en la supuesta falta de quórum para la aprobación de la ley, la Corte se declarará inhibida para fallar ya que dichos cargos no cumplieron con los requisitos de suficiencia, especificidad y suficiencia para ser analizados.

VII- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero: Declarar **EXEQUIBLE** la Ley 1407 de 2010, por el cargo de falta de debate en la aprobación en Plenaria de Senado de dicha ley²⁵.

Así las cosas, debe concluir la Sala que el Tribunal ha de retomar la línea pacífica que se ha tenido de antaño respecto del reato de deserción y su naturaleza de delito de conducta y de ejecución instantánea, máxime con la vigencia de los criterios normativos como elemento cofundamentador del injusto y la teoría de la norma dispuesta desde el artículo 16 de la Constitución Política y que se estilan en la Ley 1407 de 2010. Como también se ha de concluir que normativamente el fenómeno de prescripción de la acción exclusivamente para este delito altera la estructura del mismo, debiéndose entender en consecuencia que el término de prescripción de la acción para la conducta de deserción previsto en el artículo 109 del Código Penal Militar, se ha de contar desde el momento de consumación del delito, esto es, al vencimiento de los cinco días de ausencia; por lo que resulta inapropiado para contarlo acudir a etapas y momentos procesales que la Corte Suprema definió, pero, para los punibles de conducta permanente, no para los de ejecución instantánea que son definidos por la Ley Penal

²⁵ Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. 28 de marzo de 2012.

Militar. Consideramos que criterios disímiles han de ser recogidos, por desconocer el precedente horizontal.

Reiteramos que el injusto de deserción es de mera conducta, que se agota y se entiende perfecto al momento del cumplimiento de los cinco días de ausencia, esto es, al superarse el quinto día, momento en que se concibe consumada la conducta, y desde el cual se inicia a contar el fenómeno de prescripción de la acción. Considerarlo un delito de conducta permanente contraría la estructura dogmática del reato de deserción, y vulnera el principio de legalidad; pues se ha de entender como injusto de mera conducta no sólo desde su estructura normativa, sino de la necesaria sistemática de los delitos en la interpretación de los artículos 76, 78, 105 y 405 del Código Penal Militar. De otra parte, el trámite de formación de la Ley 1407 de 2010 superó el test de constitucionalidad por lo que se debe entender que todas y cada una de sus normas son exequibles, desde la perspectiva formal del trámite de la Ley conforme lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-252 de 2012; por lo que sugerir un vicio en la formación de la Ley para soslayar un artículo del Código Penal Militar de 2010 no sólo contraría la lógica formal y material de aplicación de la ley, lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución, sino que raya en el prevaricato.

iv) los elementos estructurantes del injusto y la culpabilidad en el modelo post finalista y funcionalista del artículo 15 del Código Penal Militar.

Ha sido prolija y reiterativa esta Sala, así como la Doctrina y la Jurisprudencia al señalar que la Ley 1407 de 2010 modificó ostensiblemente el esquema del delito que se pregonaba en la Ley 522 de 1999, de tamiz nexos causal objetivo, y de contenido naturalístico, para orientarnos a una evolución del post finalismo e iniciar el camino del funcionalismo moderado; ello se ratifica en el diseño del artículo 15 del Código Penal Militar donde el sólo nexo causal no explica el delito, sino que se necesita un elemento cofundamentador que es el vínculo normativo; por lo que los criterios de imputación hoy tienen contenido normativo que se explican desde la imputación objetiva como subjetiva. De igual forma, se debe reiterar que el injusto penal lo conforma la tipicidad (Tipo objetivo: sujeto, objeto, conducta, nexos causal, ingredientes objetivos y normativos e imputación objetiva. Y subjetivo: Culpa, dolo y preterintención) y la antijuridicidad, de donde se derivan las estructuras de imputación que demandan establecer el desvalor de acción y de resultado.

A su turno, la culpabilidad hoy es de contenido normativo y se requiere para determinar la imputabilidad del sujeto, la conciencia de antijuridicidad y la exigibilidad de conducta

esperada, elementos que son necesarios verificar para la responsabilidad. Así, no basta con que objetiva y naturalísticamente se haya realizado una conducta típica, sino que se requiere que subjetivamente se demuestre que con ella se haya querido cometer el delito y que consecuentemente se afecte o se ponga en peligro el bien jurídico protegido.

Bajo este sucinto entendido encuentra la Sala, en el caso en estudio, que se estableció con suficiencia probatoria que el soldado Romero prestaba servicio militar obligatorio y que en tal condición se ausentó sin permiso y por más de cinco días del lugar donde estaba designado, esto es, el 10 de noviembre de 2014 y sólo se sabe de él hasta el 15 de mayo de 2015 por cumplimiento de orden de captura, por lo cual es imperioso precisar que Romero Ordoñez, desde la perspectiva objetiva, estaba incurso y consumó el delito de deserción el dieciséis (16) de noviembre de dos mil catorce (2014). La ausencia del soldado conllevó a indagar sus razones lo que fue establecido en la investigación, consignado y sustentado en la acusación, fue objeto de debate en la Corte y se analizó en la sentencia; por lo que se discrepa con la manifestación del apelante respecto a que la ocurrencia del hecho, elemento del tipo objetivo, y la responsabilidad no se determinaron; pues en verdad y sin esfuerzo se muestra todo lo contrario, conforme a la realidad probatoria.

Frente a la ausencia del soldado Romero, cobra un conocimiento especial el dicho de su padre Jorge Isaac Romero y la abuela, María Bustos, quienes dieron cuenta que no conocen los motivos por los cuales Hermel dejó de prestar el servicio militar pues no había ninguna situación especial que justificara que se fuera, que cuando su hijo lo llamó le reclamó por qué se había ido, sólo obtuvo por respuesta *"usted sabe cómo soy yo de mal genio"*. De otra parte, si bien es cierto ayudaba a su abuela ella no dependía de él, su subsistencia estaba en cabeza de otros parientes como lo esbozó en la injurada, donde también señaló que no tenía problemas y que la mamá estaba enferma, también la abuela pero que tiene SISBEN y la atienden en el hospital Federico Lleras; sin embargo no se entiende cómo si la abuela vivía en una población del Tolima dice que se fue para Argelia, Cauca²⁶; expresó igualmente que cuando él *"se voló"*²⁷ se fue para Piedras, Tolima.

Por su parte, y que también fue objeto de análisis en la sentencia, los soldados compañeros del condenado manifestaron cómo el soldado se fue sin razón y que sólo llamó después desde Pereira y dijo que se había ido porque estaba aburrido, que tomó una bolsa negra y ocultó su uniforme, botas y se fue, como lo expresó el soldado Salazar Gallego Josser²⁸.

²⁶ Folio 61, 62 C.O.

²⁷ Folio 63 C.O.

²⁸ Folio 30 C.O.

Asimismo, el teniente García Gómez Nelson manifestó que el soldado se fue sin razón, pues no había problemas, se encontraban en instrucción cuando Romero pidió permiso al cabo Bohórquez para ir a orinar y no regresó, estableciéndose que se había ido, pues encontraron su uniforme y botas en una bolsa negra. Por manera que para la Sala no cabe duda que el soldado Romero actuó con conciencia y voluntad final de acción, sabía que su conducta era un delito, pero aprovechó un permiso para una actividad normal y rutinaria, como era ir a orinar, para ausentarse, tras idear dónde ocultaba su uniforme y lo dejaba. Así las cosas, la conducta de Romero se verifica a título de dolo, desde la perspectiva objetiva y subjetiva se encuentra estructurada, con la cual se afectó el bien jurídico servicio, expresado en la capacidad de la Unidad militar de cumplir con su finalidad al contar con el número indicado de efectivos que permiten alcanzar la misión de forma adecuada, la cual es alterada cuando de forma intempestiva se evade un soldado, el que no es posible reemplazar.

En la conducta de Romero no se evidencia justificación alguna, a contrario, su comprensión de antijuridicidad de la conducta, el haber actuado de forma diferente a la que otro soldado en la misma situación hubiera hecho, generan el acertado juicio de reproche que realizó el *A quo*. Esa conducta esperada, no era otra que el cumplimiento de su deber de presencia en el servicio militar

obligatorio, como compromiso de todo ciudadano y que en la hipótesis de tener problemas lo diera a conocer a sus superiores, lo resolviera, y no despreciando el servicio y sus deberes de la forma como evidentemente lo hizo.

Ahora bien, desestima el Colegiado el reparo del apelante respecto a que no fue verificado el permiso para ir a orinar y regresar, y que al no demostrarse, se desnaturaliza el juicio de tipicidad, pues como se ha señalado la conducta del procesado fue suficientemente confirmada no sólo con la evidente ausencia del soldado respaldada en los diversos testimonios, sino también en la propia confesión calificada del propio encartado en su injurada. Este argumento del impugnante, como lo refiere el Ministerio Público ante esta instancia, resulta, por decir lo menos, "traído de los cabellos" para justificar la conducta del procesado y relevar su responsabilidad penal. De otra parte, el argumento no sólo es infundado sino inconducente cuando pretende demostrar un hecho irrelevante frente a la estructuración de la conducta endilgada, pero además desatiende hasta las reglas de experiencia basadas en la lógica, pues cuando se otorga un permiso para orinar dentro de una Unidad militar en el receso de una instrucción, cualquier persona promedio o hasta un infante entiende que es dentro de las mismas instalaciones, en los sitios dispuestos para ello, o en su defecto en el área de vivac, si no hay se hace en un rastrojo y por el

limitado tiempo que dura realizar esta necesidad fisiológica, no por más. Pero además se demostró que él aprovechó ese momento para irse y luego se comunicó con sus compañeros, a quienes les manifestó que se fue por estar aburrido.

En consecuencia, al compartir plenamente los argumentos del Procurador Judicial ante esta Instancia y desestimar lo expresado por el apelante, conforme las razones expuestas, se entrará a denegar los fundamentos de la apelación y a confirmar íntegramente la sentencia objeto de estudio.

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

VIII. RESUELVE:

CONFIRMAR íntegramente la sentencia objeto de apelación, a través de la cual el Juzgado 7° de Instancia de Brigada condenó al soldado campesino Romero Ordoñez Hermel, como autor responsable del delito de deserción, conforme lo esbozado en precedencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

Coronel **CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA**

Magistrado Ponente

Coronel (RA) **PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA**

Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria

CONSTANCIA SECRETARIAL. Se deja constancia que la presente decisión no es suscrita por el capitán de navío (RA) CARLOS ALBERTO DULCE PEREIRA por haber culminado el período para el cual fue elegido como Magistrado de la Corporación, el 28 de marzo de 2016, quedando pendiente el nombramiento del respectivo reemplazo para que integre la Sala Cuarta de Decisión.

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria