

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

Sala: Cuarta de Decisión

Magistrado Ponente: Coronel (RA) PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMA

Radicación: 158463-9582-XV-095

Procedencia: Juez Policía Metropolitana de Villavicencio

Procesado: Patrullero TORRENEGRA MIRANDA KEVIN JULIO

Delito: Abandono del servicio

Motivo de Alzada: Apelación Sentencia Condenatoria

Decisión: Confirma

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil dieciséis (2016)

I. ASUNTO POR RESOLVER

Se pronuncia la Cuarta Sala de Decisión respecto del recurso de apelación, presentado por el abogado defensor ANTONIO JOSE RESTREPO ANGEL, en contra de la sentencia de fecha 28 de marzo de 2016, proferida por el Juez de la Policía Metropolitana de Villavicencio, mediante la cual se condena al patrullero (R) KEVIN JULIO

TORRENEGRA MIRANDA por el punible de abandono del servicio a la pena principal de un (1) año de prisión.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

El día 6 de octubre de 2013, el señor patrullero KEVIN JULIO TORRENEGRA MIRANDA debía hacer presentación a laborar en el CAI CATAMA de la Policía Metropolitana de Villavicencio (Meta), luego de haber cumplido su periodo de treinta (30) días de vacaciones, el cual inició a disfrutar desde el 06 de septiembre de 2013.

Llegado el 11 de octubre de 2013, sin que hubiera hecho presentación el referido uniformado ante sus superiores, procedió el Jefe de Talento Humano MEVIL a presentar el pertinente informe, ya que se habían agotado las gestiones telefónicas posibles, sin que se lograra su presencia en la Unidad.

III. ANTECEDENTES

El hecho anteriormente referido fue puesto en conocimiento del Comando de la Policía Metropolitana de Villavicencio mediante oficio No S-2013 034220/ARTAH-MEVIL-29 por parte del capitán CARLOS LINARES PEDRAZA Jefe del Talento Humano, posteriormente se tramitó ante el Juzgado

178 de Instrucción Penal Militar, cuya autoridad judicial mediante auto adiado el 30 de octubre de 2013 dispuso la apertura de formal investigación penal en contra del patrullero KEVIN JULIO TORRENEGRA MIRANDA por el presunto delito de abandono del servicio¹.

El Juzgado 178 de Instrucción en desarrollo de la fase instructiva, comisionó al Juzgado 174 IPM de la ciudad de Barranquilla para vincular al procesado a través de indagatoria² y seguidamente le resolvió su situación jurídica con interlocutorio que data del 10 de marzo de 2014³ absteniéndose en imponerle medida de aseguramiento.

La calificación del mérito del sumario estuvo a cargo de la Fiscalía 147 Penal Militar⁴ y el conocimiento de la etapa de juicio correspondió al Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Villavicencio, quien avocó el conocimiento del proceso y posterior al cumplimiento de la ritualidad marcial, profirió el 28 de marzo de 2016, sentencia a través de la cual se declaró penalmente responsable al patrullero (r) KEVIN JULIO TORRENEGRA MIRANDA por el delito de abandono del servicio, condenándolo a la pena de un (1) año de prisión.

El defensor del procesado interpuso recurso de

¹ Folio 5

² Folio 58-60

³ Folio 61

⁴ Folios 244 y ss.

apelación contra la anterior decisión, el cual correspondió por reparto conocer a esta Sala de Decisión y será resuelto en los términos del artículo 583 de la Ley 522 de 1999.

IV. DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juez de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Villavicencio, comienza su pronunciamiento indicando que la decisión será de condena tal y como lo había anunciado en la vista pública dado que al agotar todas la etapas procesales reguladas por la Ley 1058 de 2006, concluye con base en el acervo probatorio, que en la conducta investigada se estructuran a cabalidad los requisitos del tipo penal de abandono del servicio, los que en su momento fueron enrostrados al patrullero (r) KEVIN JULIO TORRENEGRA MIRANDA por parte de la Fiscalía 147 Penal Militar.

Explica la Juez que los medios de convicción allegados, le permiten confirmar que el patrullero TORRENEGRA luego de disfrutar de un periodo vacacional de treinta (30) días desde el 06 de septiembre hasta el 05 de octubre de 2013, no retornó a la prestación del servicio, a sabiendas que debía hacerlo a partir del 6 de octubre de 2013 en la Unidad, según consta en el libro de registro de salida y regreso de

vacaciones del personal de la Policía Metropolitana de Villavicencio⁵.

Destaca que si bien el procesado había solicitado el retiro voluntario de la Institución, no podía asumir que una vez terminado su periodo de vacaciones ya se encontraría desligado de la Policía Nacional, por cuanto se requería para ello la expedición de la resolución de retiro que acabara en forma definitiva con la vinculación jurídica que persistía entre aquel y la Institución, situación que no se produjo sino hasta el 17 de octubre de 2013, por lo tanto advierte que su deber legal frente al servicio se encontraba plenamente vigente hasta esta última fecha.

En igual sentido considera que la versión expuesta en diligencia de indagatoria por TORRENEGRA MIRANDA, cuando afirmó que del 06 al 17 de octubre de 2013 le había sido imposible presentarse a la Unidad por cuanto se encontraba cuidando de su señora madre quien estaba en mal estado de salud, estaría desvirtuada, como quiera que en desarrollo de la fase instructiva se habría verificado que la enfermedad padecida por la progenitora del acusado no era cierta, ya que de la historia clínica de LUZ ESTELLA MIRANDA ROMERO aportada por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, desprende lo siguiente:

⁵ Folio 31-33 C01

"(...) que en la EPS siempre la atendían y efectivamente le daban sus respectivos medicamentos, además, lo que más importa, para el caso concreto, es que durante los días en que el Inculpatado a partir del 06 de octubre de 2013 abandono el servicio, la paciente jamás consultó por urgencias ni por consulta externa por sangrado vaginal y, tampoco consultó al Galeno porque no se pudiera mantener en pie como ésta lo quiso hacer ver en su testimonio, y con esto se descarta sus dichos y de paso los dichos del inculpatado (...)".

Por lo anterior considera que la tipicidad de la conducta estaría demostrada, en tanto que el acusado incumplió con los actos propios del servicio al abandonar sus deberes por más de cinco (5) días consecutivos una vez finalizó su periodo de vacaciones, sin que hubiera mediado en su comportamiento causal de justificación alguna.

En relación con la afectación al bien jurídico del servicio, describe que se encontraría vulnerado con el actuar del patrullero (R) KEVIN JULIO TORRENEGRA MIRANADA, en razón a que sin permiso ni justificación abandono sus servicios, afectando la existencia de la Fuerza Pública y particularmente el funcionamiento de la Unidad de Policía a la que pertenece, ya que por su ausencia se hizo necesario tomar acciones tendientes a contrarrestar su abandono con el personal disponible de la Unidad.

En el estudio de los elementos integradores del tipo penal, explica que la conducta del procesado

se constituye dolosa por cuanto llevaba varios años en la Institución y como bien se había indicado por el Ente Acusador, sabía que el no presentarse por más de cinco (5) al servicio se constituía en un punible militar, por lo tanto colige que su actuar fue voluntario e intencional fruto de su libre albedrio, sin que tuviera cabida la excusa, de que "(...) *había pedido el retiro, le habían dado vacaciones y estaba cuidando a su señora madre quien estaba en precario estado de salud y al cuidado de sus dos hijos menores (...)*"⁶.

Concluye entonces la Juzgadora, que la conducta del procesado satisface a cabalidad los requisitos que exige el Código Penal Militar en su artículo 396 para proferir una sentencia condenatoria. Para la dosificación punitiva tiene en cuenta lo prescrito en el artículo 61 de la Ley 1407 de 2010, que le permite establecer una pena de prisión de un (1) año en tanto estaba demostrado que el acusado ha observado buena conducta, no registra antecedentes penales para la época en que ocurrieron los hechos y la Fiscalía en la resolución de acusación no le imputó agravantes.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La alocución defensiva presentada por el

⁶ Folio 345 C02.

impugnante, se orienta hacia la revocatoria de la sentencia condenatoria de Primera Instancia para que se absuelva de toda responsabilidad a su prohiado. En orden a sustentar esta petición presenta una única tesis consistente en la presencia de una fuerza mayor en la conducta del patrullero KEVIN JULIO TORRENEGRA MIRANDA, que lo habría obligado a incurrir en una de las causales establecidas en el artículo 33 del Código Penal Militar de ausencia de responsabilidad.

Específicamente argumenta frente a este respecto, que la sentencia condenatoria desechó la información suministrada por su poderdante, en el sentido de que por causa del traslado del procesado de la ciudad de Villavicencio hacia el Departamento de Arauca, se le presentaron varias desavenencias en su núcleo familiar, como lo fue la separación de su esposa y la necesidad de hacerse cargo de sus dos hijos menores, así como de su señora madre, quien se encontraba con quebrantos de salud.

Indica en este mismo sentido, lo siguiente:

"Todos estos hechos tuvieron demostración procesal, pues la misma madre de TORRENEGRA MIRANDA informa precisamente sobre la separación de su hijo con su esposa cuando se supo del traslado a Arauca y consideramos que es suficiente el dicho de ella, pues esos hechos familiares es imposible tratar de demostrarlos con personas ajenas a la familia que son quienes están cerca y los conocen. Igualmente en

relación con el hecho de hacerse cargo de sus hijos, su propia madre lo está afirmando y no creo que exista, dentro de éste proceso, medio probatorio alguno que nos demuestra (sic) que la señora LUZ ESTELA MIRANDA ROMERO, madre de mi defendido tenga interés alguno en mentir y negar la realidad de lo su hijo tuvo que hacer en el tiempo de sus vacaciones y después”⁷.

Cuestiona de otro lado el trámite administrativo dado por la Policía Nacional a la petición de retiro presentada por el patrullero TORRENEGRA MIRANDA KEVIN, pues considera que treinta (30) días eran un tiempo suficiente para que se le hubiera otorgado el retiro definitivo al uniformado de la Institución y que si bien no existe en las Fuerzas Armadas un manual con tiempos definidos para determinar sobre la permanencia o retiro voluntario de uno de sus integrantes, no encuentra menos cierto que las Entidades Gubernamentales deben dar cumplimiento a los términos establecidos en la leyes de la República que para el asunto bajo estudio, considera debió darse aplicación al artículo 23 de la Constitución Nacional, para darle respuesta a la solicitud de retiro del acusado, como si se tratara de un Derecho de Petición en interés particular, lo que necesariamente habría llevado a la administración a resolverle su solicitud en un término máximo de 15 días y no pasados los 30 días después de sus vacaciones, ósea, hasta el 17 de octubre de 2013.

⁷ Cfr. Folio 361

Por lo anterior, advierte que era lógico que su defendido al momento de la notificación de salida a vacaciones supusiera que su baja o retiro no le iba a ser negada y por lo tanto creía inequívocamente que al salir de vacaciones con la totalidad de su periodo, sería un tiempo suficiente para que la Policía Nacional perfeccionara los trámites administrativos de su retiro en forma oportuna y diligente, por lo que no debía regresar o esperar más tiempo.

También criticó la función que en materia penal llegaría a cumplir la pena impuesta por el Juzgado de Primera Instancia con su protegido, puesto que al amparo del artículo 12 del Código Penal Militar la considera innecesaria de cara a los fines que se persiguen con la misma, dado que el ex policía TORRENEGRA MIRANDA ya se encuentra retirado de las filas de la Policía Nacional por voluntad propia.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 131 Judicial Penal II, solicita a la Sala de Decisión confirmar en su integridad la sentencia condenatoria, por considerar que la comisión de la conducta atribuida al patrullero (R) TORRENEGRA MIRANDA KEVIN JULIO se encuentra demostrada, sin que hubiera podido ser desvirtuada por la causal de justificación elevada por la defensa.

Brevemente indica que de las pruebas recaudadas se desprenden los siguientes hechos; i) el patrullero TORRENEGRA presentó su renuncia a la institución policial, una vez fue enterado de su traslado al Departamento de Arauca; ii) por tal motivo le fueron concedidos treinta (30) días de vacaciones, los cuales disfrutó y iii) vencido el término de las vacaciones el acusado no se reintegró a sus labores, a sabiendas que aún no le había salido su resolución de retiro de la Institución Policial.

Señala frente a los anteriores acontecimientos que si bien el uniformado ya había pedido su baja de la Institución Policial, esto no era razón suficiente para que tomara la decisión de no retornar a la Unidad, sin reflexionar que debía cumplir con otros requisitos administrativos, enfatiza en este sentido el respetado Procurador lo siguiente:

"(...) cuando recibió la instrucción militar se le indica a los incorporados las consecuencias que conlleva el dejar la institución militar sin causa justificada y el señor PT (R) TORRENEGRA MIRANDA KEVIN JULIO, dejó la misma sin justificación, no obstante que fue requerido luego de vencidas sus vacaciones para que se incorporara, pero su silencio fue elocuente al punto que no volvió a la misma"⁸.

En este orden de ideas concluye, que como los medios probatorios no permitieron demostrar que

⁸ Folio 385.

las justificaciones expuestas por el enjuiciado hubieran tenido real ocurrencia, puesto que no se comprobó que durante su periodo de vacaciones se hubiera dedicado al cuidado de sus menores hijos y atender a su señora madre que se encontraba enferma, necesariamente surge la obligación de desestimar sus argumentos y por tal motivo solicita a la Sala confirmar la sentencia en su contra de un año de prisión por el delito de abandono del servicio.

VII. CONSIDERACIONES

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

El problema jurídico que se propone a la Sala de Decisión en esta oportunidad, gravita sobre la existencia de una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito en la conducta por la que se condena al patrullero (R) KEVIN JULIO TORRENEGRA por abandono del servicio. Específicamente plantea la defensa que el procesado no retornó una vez finalizado su periodo de vacaciones a la Unidad, por cuanto se le presentó una situación familiar que le impidió asumir sus obligaciones

nuevamente, en razón a que tuvo la necesidad de hacerse cargo de sus hijos menores, así como de su señora madre que se encontraba enferma en la ciudad de Barranquilla, también porque creía que al haber pedido el retiro de la Policía Nacional no tenía necesidad de regresar luego de finalizada su vacancia.

Pese a que la postura exhibida por el togado para sustentar el presente recurso no resulta del todo dogmáticamente admisible, en tanto que plantea la existencia de dos tesis contradictorias; de una parte la exclusión de la responsabilidad por la configuración de la causal del numeral 1° del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010 denominada caso fortuito y fuerza mayor y de otro lado la existencia de un error de tipo objetivo del artículo 10 *ibídem*, sin ahondar en argumentos para darle cuerpo sólido a alguna de las dos, procederá la Sala a resolver su impugnación, dado que se logra extraer una inconformidad específica con respecto de la primera proposición, también en aras de evitar la arbitrariedad judicial y garantizar la lealtad en el ejercicio de impugnación que hacen la partes.

Pues bien, como el tema central del asunto que ocupa la atención, gira en torno de unos hechos jurídicos probados, conviene rememorar que estos se originaron desde el 5 de septiembre de 2013, cuando el patrullero TORRENEGRA MIRANDA KEVIN presenta su solicitud de retiro de la Policía

Nacional en la que había sido dado de alta con resolución No 04402 desde el 30 de noviembre de 2011 en el escalafón del Nivel Ejecutivo en el grado de Patrullero⁹ y la razón que esgrimió el acusado para retirarse de la Institución fue la siguiente:

"el motivo de mi solicitud de retiro fue porque para esa fecha mi mamá se encontraba mal de salud y yo solicito vacaciones las cuales fueron negadas, no obstante a eso me notificaron que salía trasladado de unidad policial para el departamento de Arauca, es de anotar que tenía dos hijos pequeños y a mi mamá enferma y no podía irme y dejarlos a ellos solos, y en base a eso es que yo solicito el retiro de manera voluntaria de la institución¹⁰" (sic todo el texto).

Según consta en los folios 200 y 201 del libro de registro de salida y regreso de vacaciones del Personal de la Policía Metropolitana de Villavicencio, en efecto el patrullero TORRENEGRA salió a disfrutar de un periodo de 30 días de vacaciones desde el 6 de septiembre de 2013 hasta el 6 de octubre del mismo año con fines de que se adelantara su proceso administrativo de retiro. Posterior a ello el 12 de octubre de 2013 se presenta informe por el Jefe de Talento Humano MEVIL poniendo en conocimiento del Mando Superior la no presentación por el termino de vacaciones del patrullero KEVIN JULIO TORRENEGRA¹¹, ya que

⁹ Folios 47-51 C01.

¹⁰ Cfr. Folio 59 C0.

¹¹ Folio 3 y 4 C01.

éste uniformado aún se encontraba activo en la Institución por cuanto su resolución de retiro no había sido expedida.

Planteada así la situación fáctica con fundamento en las pruebas arrimadas al proceso, se advierte sin ningún reparo que la conducta típica se encuentra perfectamente ajustada de acuerdo con los elementos constitutivos que se establecen en el artículo 107 de la Ley 1407 de 2010¹², esto es por la existencia de un miembro de la Fuerza Pública que en servicio activo, abandonó sus deberes para con el servicio, al no presentarse ante sus superiores de la Policía Metropolitana de Villavicencio, dentro de los cinco (5) días siguientes al 6 de octubre de 2013, fecha en la cual se le cumplió su periodo de vacaciones.

Sin embargo como en el estudio del tipo también debe indagarse sobre el aspecto de justificación del caso fortuito o fuerza mayor que alega la defensa en el recurso y que fuere planteado por el acusado desde los albores de esta investigación, cuando en diligencia de indagatoria aceptó los hechos que hoy se juzgan, pero bajo el argumento de una imposibilidad en el cumplimiento de sus deberes policiales al habersele presentado durante su periodo de

¹² **ARTÍCULO 107. ABANDONO DEL SERVICIO.** El Oficial o Suboficial de la Fuerza Pública, o el personal de agentes o del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que abandone los deberes propios del cargo por más de cinco (5) días consecutivos, o no se presente al respectivo superior dentro del mismo término contado a partir de la fecha señalada por los reglamentos u órdenes superiores, para el cumplimiento de actos del servicio, o no se presente dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha del vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones o de su cancelación comunicada legalmente, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

vacaciones, una situación familiar con sus dos hijos y su progenitora quien se encontraría enferma para la época. Resulta trascendental para solucionar la cuestión de fondo, analizar si en efecto se logró configurar una causal de ausencia de responsabilidad, de cara a los medios de convicción aportados, para lo cual se tendrá en cuenta la siguiente versión rendida por el uniformado TORRENEGRA MIRANDA, cuando se le inquiriere por el motivo que tuvo para no presentarse luego de la terminación de su periodo de vacaciones:

"No me presente a laborar debido a que mi mamá se encontraba mal de salud a causa de esta situación mi hogar se derroto me toco hacerme cargo de mis dos hijos menores de edad, y me era imposible trasladarme a seguir laborando toda vez que no contaba con una persona responsable que se hiciera cargo de mis dos hijos menores¹³".

En búsqueda del sustento probatorio de las anteriores premisas justificativas, el despacho instructor ordenó allegar registro civil de nacimiento de sus hijos, así como oír en declaración y aportar la historia clínica de la señora madre del procesado, sin embargo los resultados de estas pesquisas, resultaron adversos a la tesis justificativa pretendida por la defensa, en tanto que como bien lo razonó la Juez de Primera Instancia en la Sentencia controvertida, con la historia clínica de la

¹³ Cfr. Folio 59 C01.

señora LUZ ESTELA MIRANDA ROMERO¹⁴ madre del acusado, se logró demostrar que si bien esta mujer consultó en diversas oportunidades el servicio médico de la Policía Nacional en la ciudad de Soledad (Atlántico), esto se debió a problemas de salud leves que no requirieron ni hospitalización, ni incapacidad médica.

Asimismo que para el periodo que se investiga, comprendido entre el 6 y el 17 de octubre de 2013 se estableció que la progenitora del patrullero (R) TORRENEGRA MIRANDA acudió el día 12 de octubre de 2013 al servicio de urgencias de la Clínica de Barranquilla por presentar *heridas en antebrazo izquierdo con objeto cortante, Botella. Niega otra sintomatología. Niega antecedente de importancia*¹⁵. Y que el mismo día recibió tratamiento médico sin que esto representara un riesgo para su vida o su salud, que requiriera del cuidado permanente de su hijo, como así lo quiso hacer ver en diligencia de injurada el acusado cuando afirmó "*no me presente a laborar debido a que mi mamá se encontraba mal de salud.. para esa fecha me dedique a hacerme cargo de mis dos hijos menores de edad y de mi señora madre que se encontraba mal de salud*"¹⁶.

En tal sentido le asiste razón al a quo para rechazar tal tesis defensiva, si se tiene en cuenta que ésta no resiste un análisis probatorio

¹⁴ Obra a folios 113-134 historia clínica allegada por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional.

¹⁵ Cfr. Evento No 24 de la Historia Clínica folio 133.

¹⁶ Cfr. Folio 59.

coherente en relación con la versión que manifiesta el procesado y lo exhibido por los documentos aportados por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, además porque supuesta calamidad familiar se habría presentado en la fecha en que el procesado ya había consumado el punible contra el servicio.

Igual suerte correría la versión del patrullero TORRENEGRA, relacionada con la imposibilidad de acudir al servicio ante la obligación de hacerse cargo de sus dos menores hijos, pues a través de ésta se pretende hacer ver que el enjuiciado nunca se separó de sus obligaciones por voluntad propia, sino porque medió en su conciencia una situación extrema de necesidad de protección hacia su prole, que le impedía asumir una vez finalizado su periodo de vacaciones con el cumplimiento de sus deberes policiales, sin embargo esta circunstancia tampoco fue demostrada.

Obsérvese que dentro del sistema de valoración probatoria de la Sana Crítica que lleva a cabo el Juez al momento de emitir un fallo, debe exponer razonadamente el mérito que le asigna a cada prueba para demostrar al justiciable que validez le dio a los medios de convicción con relación a la solución de su caso, empero para el asunto bajo estudio dicho ejercicio analítico no es posible realizarlo, dado que ni siquiera tuvo el interés el procesado en aportar la información

básica sobre sus hijos menores, relacionada con registros civiles o datos de las madres de estos pequeños, para proceder a corroborar si en efecto la custodia y el cuidado estaba a cargo de él o que para la época de los hechos estuvieran enfrentando crisis familiar que hubiera llevado a que tuviera la obligación de hacerse cargo de ellos. Lo cual pese a los esfuerzos realizados por el instructor para desentrañar dicha información, no se hizo posible ante lo cual no resulta lógico realizar ningún juicio de valor dado que se carece de fundamento probatorio para ello.

Es que a la luz del postulado de investigación integral considera la Sala de Decisión, que el caudal probatorio allegado conducente y pertinentemente resulta suficiente para el esclarecimiento de la verdad material, pues el Juzgado 178 de Instrucción Penal Militar desplegó un juicioso ejercicio investigativo, que permitió verificar en su mayoría las referencias y circunstancias que el procesado narró en su injurada, las cuales desafortunadamente no fueron fructuosas para sus intereses, empero no son obstáculo para concluir que se cumplió con el mandato legal y derecho del enjuiciado, aún sin haberse logrado practicar los testimonios de la esposa y las madres de los hijos menores que supuestamente se encontraban al cuidado del acusado.

Recuérdese que la Corte Suprema de Justicia, ha dicho sobre los parámetros para la práctica probatoria, que:

"Si bien el ordenamiento procesal (Ley 600 de 2000) consagra el principio de libertad probatoria (artículo 237), ello no implica que el funcionario judicial esté obligado a recaudar todas las imaginables, pues el mismo estatuto adjetivo (artículo 234) ordena practicar aquellas necesarias para acreditar la existencia de la conducta punible, las que agraven o atenúen la responsabilidad del imputado, o las que tiendan a demostrar su inocencia, y con base en esos mismos fines está facultado (artículo 235) para rechazar las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas.

Desde esa perspectiva, el operador jurídico, dentro de sus facultades de director de la investigación penal, en materia de ordenación de pruebas y en desarrollo de los criterios de economía, celeridad y racionalidad, puede disponer de oficio o a petición de los sujetos procesales la práctica de las pruebas que considere necesarias para acceder a la verdad que se intenta reconstruir a través del proceso, mas, recíprocamente es válido afirmar que la no realización de las que considere razonada y fundadamente inocuas, superfluas o intrascendentes a los fines de la investigación, o de las que a pesar de haber sido decretadas no pudieron ser realizadas por circunstancias ajenas a los administradores de justicia, no puede originar menoscabo de los derechos

de quien ha solicitado su realización o insistido en ella¹⁷".

No obstante que con lo anterior quede concluido y desestimado el único tema de estudio que sería abordado por esta Instancia sobre la supuesta existencia de un caso fortuito o fuerza mayor en el comportamiento desplegado por el patrullero (R) TORRENEGRA MIRANDA, resulta adecuado en aras de lealtad argumentativa con el apelante, exponer brevemente por qué la Sala de Decisión tampoco considera que tenga cabida su teoría sobre la existencia de un error en la conducta de abandono del servicio cometida por el patrullero (r) TORRENEGRA MIRANDA KEVIN.

Cabe aclarar que si bien el togado en la sustentación del recurso, no fundamenta normativa ni dogmáticamente la presencia de dicho excluyente de tipicidad, sí se extrae que fácticamente lo considera cuando afirma que su defendido no se presentó luego de disfrutar su periodo de vacaciones porque creyó "(...)inequívocamente que su retiro es un hecho, que al sacarlo con la totalidad de sus vacaciones la policía nacional tiene el tiempo suficiente para realizar los trámites administrativos y perfeccionar el retiro, como lo establece el artículo 23 de la Constitución Nacional, sin que deba regresar o esperar a que la administración

¹⁷ CSJ. Radicado 29755.

haga lo que debe de (sic) hacer en forma oportuna y diligente¹⁸”

Lo relevante para la configuración del ilícito que se juzga en el ámbito de tipicidad a efectos de configurar un error de tipo, sería que el uniformado no se presente ante sus superiores dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de vencimiento de su periodo de vacaciones, porque actúa bajo un error invencible de que con su conducta no se constituye una descripción típica de abandono del servicio, bien porque desconoce plenamente el trámite legal que se agota en la Institución cuando se pide el retiro definitivo de la misma, ora porque sus superiores le hayan informado que una vez se produjera su salida a vacaciones no se requería de su presencia nuevamente en la Unidad, dado que ya estaría retirado legamente de la Institución.

En relación con la primera posibilidad observa la Judicatura, que por la antigüedad del patrullero TORRENEGRA MIRANDA en las filas de la Fuerza Pública, no existe la más mínima posibilidad que desconociera que su condición policial estaría vigente hasta tanto se expidiera el acto administrativo de separación formal y material del servicio activo, dado que esta información es de conocimiento público y hace parte del conocimiento básico que se le imparte a los

¹⁸ Cfr. Folio 360 C02.

uniformados una vez ingresan a la Institución, así como en el momento de su retiro.

Lo anterior, en razón a que el proceso de desvinculación de la Fuerza Pública apareja en muchos eventos de dos espacios de tiempo; uno el producido con la fecha de la novedad fiscal de vocación netamente presupuestal y el otro con la expedición del acto administrativo o resolución de tendencia personal y funcional, que es finalmente el que establece hasta cuando se ostenta la calidad policial para efectos de determinar desde y hasta cuando se es destinatario de la norma penal militar¹⁹, que para el asunto bajo estudio solo se produjo hasta el 17 de octubre de 2013.

Por lo tanto no puede colegir la Sala de los elementos de juicio expuestos anteriormente que el procesado haya actuado sin consciencia de la ilicitud, vale decir, que erradamente haya estimado conforme a derecho que con el solo acto de su salida a vacaciones la Policía Nacional le hubiera aceptado, tramitado y expedido su baja definitiva de la Institución, dado que como se dijo en precedencia por su antigüedad y grado de formación, le era exigible actualizar el conocimiento sobre el trámite de ley que debía agotar para su retiro de la Institución y de esta forma superar cualquier errada

¹⁹ En este mismo sentido véanse decisiones de la Tercera Sala de Decisión Rad. 156477. MP. TC. Pedro Gabriel Palacios Osma, Junio 29 de 2010 y de la Cuarta Sala Rad. 156545. MP. CR. Camilo Suárez Aldana, 2 de noviembre de 2010.

representación que tuviera sobre las circunstancias que rodearon el hecho punible.

Finalmente y en cuanto a la posibilidad de que los superiores le hubieran brindado una información equivocada al patrullero TORRENEGRA sobre su innecesaria presentación en la Unidad una vez disfrutado su período de vacaciones, se considera más que superado el debate en torno a esta eventualidad, en tanto que se aportó debidamente copia del salvoconducto de vacaciones²⁰ y copias del libro de registro de salida y regreso de vacaciones del personal de la Policía Metropolitana de Villavicencio²¹ en donde claramente se lee que el acusado salía a disfrutar de treinta (30) días de vacaciones, desde el 06 de septiembre hasta el 06 de octubre de 2013²², pero en ningún momento se probó en forma documental o testimonial que se le hubiera ordenado no hacer presentación una vez se cumpliera el plazo señalado y acordado previamente.

De lo anterior se desprende que el error de tipo planteado tímidamente por la defensa, no podría tener ocurrencia en el caso examinado para inscribir al acusado dentro de una de las causales de ausencia de responsabilidad que dispone el artículo 33 del Código Penal Militar.

²⁰ Folio 207 C02

²² Folio 32-33

Vistas las anteriores consideraciones, que relatan las circunstancias en las que se presentó este punible contra el servicio, nada se opone para concluir que el encartado sabía que estaba incurriendo en el delito de abandono del servicio, más sin embargo no realizó acción alguna tendiente a interrumpir el daño que le ocasionaba al bien jurídico material y formalmente, pues tenía todos los medios de comunicación y las posibilidades de tomar contacto con sus superiores, para obtener información sobre su situación administrativa con relación a la solicitud de retiro presentada, más sin embargo prefirió evadir sus obligaciones policiales y justificarlo a través de coartadas, las cuales, acogiendo los argumentos de la Juzgadora de Instancia y el concepto del Ministerio Público, quedaron plenamente desvirtuadas en el decurso procesal, sin posibilidad de reconocimiento jurídico alguno.

Por lo tanto al quedar abordados en suficiente forma, jurídica y jurisprudencial los temas propuestos en el recurso de apelación y sobre ellos no resultar viable acoger positivamente alguno, la Sala de Decisión confirmará en su integridad la sentencia condenatoria allegada para estudio.

Sin más consideraciones, la Cuarta Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar,

administrando justicia en nombre de la República de Colombia,

IV. RESUELVE:

PRIMERO: DESPACHAR desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor ANTONIO JOSÉ RESTREPO ÁNGEL.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia del 28 de marzo de 2016, mediante la cual el Juzgado de Primera Instancia de la Policía Metropolitana de Villavicencio condenó al Patrullero (r) KEVIN JULIO TORRENEGRA MIRANDA como autor responsable del delito de **ABANDONO DEL SERVICIO**, imponiéndole una pena principal de **un (1) año de prisión**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Notificada la presente decisión, vuelva la actuación al Juzgado de origen, para que se dé cumplimiento a la parte motiva.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Coronel (RA) **PEDRO GABRIEL PALACIOS OSMÁ**
Magistrado Ponente

Coronel **CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA**
Magistrado

MARTHA 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 LOZANO BERNAL
Secretaria