

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala : *Segunda de Decisión*
Magistrado ponente : *TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ*
Radicación : *158945-176-XIV-239-EJC*
Procedencia : *Juez 11 Penal Militar de Brigada*
Procesado : *SLR.URIBE VALENCIA JEISSON DUVAN*
Delito : *Deserción*
Motivo de alzada : *Apelación sentencia absolutoria*
Decisión : *Confirma*

Bogotá D.C., cinco (05) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

I. VISTOS

Procede la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a pronunciarse frente al recurso de apelación presentado por el representante del Ministerio Público ante la primera instancia, contra la sentencia proferida el treinta (30) de abril de dos mil dieciocho (2018), por medio de la cual el Juzgado 11 de Brigada del Ejército Nacional absolvió al SLR. **JEISSON DUVAN URIBE VALENCIA** como autor del delito de deserción.

II. HECHOS

Denunció el ST. **ANDRES EDUARDO SUÁREZ PIEDRAHITA**, Comandante de la Batería de Instrucción del Batallón de Artillería No. 1 "Tarqui" ubicado en Sogamoso (Boyacá), que el SLR. **JEISSON DUVAN URIBE VALENCIA**, a quien le fue autorizado un permiso luego del juramento de bandera desde el 18 de noviembre al 2015 hasta el 5 de diciembre del mismo año, no hizo presentación en la unidad militar al término del mismo ni dentro de los cinco días siguientes para continuar con la prestación del servicio militar.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1- Por los referidos hechos, el 19 de diciembre de 2015, el Juzgado 78 de Instrucción Penal Militar inició investigación penal contra el SLR. **JEISSON DUVAN URIBE VALENCIA** por el punible de deserción¹. Posteriormente, el 20 de enero de 2017, fue vinculado a la investigación mediante declaratoria de persona ausente².

3.2- El procesado fue capturado el 27 de enero de 2017 por unidades de la Policía Nacional³, siendo escuchado en diligencia de indagatoria en esa misma fecha y

¹ Cuaderno original 1, folios 29-31.

² Cuaderno original 1, folios 136-138.

³ Cuaderno original 1, folios 144-147.

disponiéndose igualmente su libertad⁴. La situación jurídica provisional le fue resuelta el 17 de julio de 2017 absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento⁵.

3.3- El ciclo instructivo fue cerrado el 9 de octubre de 2017 por la Fiscalía 26 Penal Militar⁶, seguidamente, el 9 de noviembre del mismo año se profirió resolución de acusación contra el SLR. **JEISSON DUVAN URIBE VALENCIA** por el delito de deserción⁷.

3.4- Correspondió la etapa de juicio al Juzgado 11 de Brigada del Ejército Nacional, despacho que con auto del 15 de marzo de 2018 fijó fecha y hora para la realización de la audiencia de corte marcial⁸.

3.5- La corte marcial para juzgar la conducta del uniformado fue realizada el 16 de abril de 2018⁹ y el 30 de abril del mismo año se profirió sentencia absolutoria¹⁰, la cual fue recurrida por el representante del Ministerio Público ante la primera instancia, alzada frente a la que se pronunciará esta Sala de Decisión.

⁴ Cuaderno original 1, folios 161-169.

⁵ Cuaderno original 2, folios 195-202

⁶ Cuaderno original 2, folio 235.

⁷ Cuaderno original 2, folios 240-247.

⁸ Cuaderno original 2, folio 257.

⁹ Cuaderno original 2, folios 269-276.

¹⁰ Cuaderno original 2, folios 277-289.

IV. PROVIDENCIA RECURRIDA

El *A Quo* sostuvo, frente a la tipicidad de la conducta, que el comportamiento del SLR. **JEISSON DUVAN URIBE VALENCIA** se adecuó al tipo penal de deserción descrito en el numeral 2° del artículo 109 del Código Penal Militar, puesto que encontrándose debidamente incorporado al servicio militar en el Batallón de Infantería No. 1 "Tarqui" en Sogamoso (Boyacá), le fue concedido un permiso desde el 18 de noviembre de 2015 hasta el 5 de diciembre del mismo año, a cuyo término no regresó a la unidad militar de la que era orgánico.

Respecto a la antijuridicidad, la sentencia aseguró que la conducta del institucional lesionó el bien jurídico del servicio, pero solo en su aspecto formal dado que está probado en el sumario que el enjuiciado actuó amparado bajo un estado de necesidad.

Sobre el particular, el *A quo* estimó que el enjuiciado ejecutó la conducta típica movido por el ánimo de ayudar a su familia, conformada por su compañera permanente, su madre de crianza y el hijo menor de ésta a quien considera como su hermano, quienes afrontaban una precaria situación económica para la época de los hechos, razón por la cual abandonó las filas militares para acudir en su ayuda.

Adujo que, aunque dentro del núcleo familiar del enjuiciado se encontraba su madre de crianza, con quien no tiene vínculo de consanguinidad, dicha situación no impedía que éste acudiera a su auxilio como quiera que esta persona fue quien lo acogió en su hogar desde que era un niño.

En consecuencia, encontró reunidos los requisitos establecidos por el numeral 7° del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010, para predicar la existencia de un estado de necesidad como causal de justificación de la conducta endilgada al uniformado. Para ello, sostuvo que existió un peligro grave e inminente para la familia del enjuiciado, representado en la precaria situación económica que afrontaban lo cual afectaba su mínimo vital, asimismo, encontró que el procesado no fue quien propició la situación de riesgo para su propio núcleo familiar, lo que condujo a concluir que el actuar del enjuiciado no podía ser objeto de reproche penal en razón a que, si bien sacrificó sus deberes militares, su actuar tuvo como propósito evitar que su núcleo familiar sufriera desmedró en sus condiciones de vida.

De otro lado, frente a la solicitud de compulsas de copias que hiciera el Ministerio Público para que se investigara al procesado por la presunta comisión de un delito contra la libertad, integridad y formación sexual dada la edad de su compañera al momento de

iniciar su relación, el fallador resolvió no acceder a la petición en razón a que de hacerlo vulneraría el derecho a la no autoincriminación del enjuiciado, así como el interés superior de los menores dado que la familia del procesado está conformada actualmente por su compañera permanente y su hija menor, que nació en fecha posterior a los hechos, por lo que finalmente dispuso absolver al uniformado por el delito de deserción.

V. RECURSO DE APELACIÓN

El Doctor **CESAR AUGUSTO MUÑOZ MONTILLA**, Procurador Judicial 376 I Penal de Bogotá, presentó y sustentó en términos recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Juzgado 11 de Brigada del Ejército Nacional, por medio de la cual se absolvió al SLR. **JEISSON DUVAN URIBE VALENCIA** como autor del delito de deserción.

Reclamó que debe revocarse la decisión objeto de debate para en su lugar condenar al uniformado por el delito endilgado, toda vez que no se configuró el estado de necesidad que se dio por probado en la sentencia.

Inicialmente, el recurrente sostuvo que el procesado cuando fue incorporado al Ejército Nacional como soldado regular, nunca manifestó a sus superiores que

tuviera compañera permanente u otras personas a cargo por quienes debiera responder, tampoco dijo que padeció una situación familiar apremiante que le impidiera prestar o continuar con el servicio militar, no mencionó que fuera consumidor de drogas, muestra de ello es que no plasmó tales circunstancias en los documentos de incorporación que diligenció al momento de ingresar a la institución, esto es, el estudio de seguridad personal y el freno extralegal que gozan de presunción de legalidad. No obstante, en la indagatoria rendida por el procesado refirió todo lo contrario para justificar su ausencia de las filas.

De igual manera, el censor planteó varias contradicciones en la prueba testimonial recaudada respecto a la situación familiar del enjuiciado, pues éste en su injurada manifestó que desertó para ayudar a su señora madre y a su compañera permanente que vivían juntas y estaban en grave situación económica.

Sobre este particular, precisó que el enjuiciado refirió que su señora madre se llamaba **LEONOR VALENCIA RODRIGUEZ**, sin embargo, la compañera permanente del soldado, **LUISA FERNANDA RAMIREZ**, aseguró en su testimonio que su compañero desertó para ayudarla a ella y a su madre de crianza, **MARIA CAROLINA SIERRA JIMENEZ**, aclarando que la señora **LEONOR VALENCIA RODRIGUEZ** en efecto es la madre biológica del

procesado pero que ella vive en Ibagué y ocasionalmente su compañero le enviaba dinero.

En este sentido, el impugnante refirió que la Policía Judicial enviada por el juzgado de instrucción que conoció el asunto tomó contacto con la señora **LEONOR VALENCIA RODRIGUEZ**, quien en efecto confirmó ser la madre biológica del acusado y manifestó que no tenía contacto con su hijo y que desconocía el motivo por el cual éste había desertado del servicio militar.

Para el recurrente, el procesado no fue claro en referenciar a qué personas era que pretendía ayudar cuando decidió desertar de las filas, solo hasta el interrogatorio que absolvió durante la audiencia de corte marcial aclaró que abandonó el servicio militar para ayudar a su madre de crianza, **MARIA CAROLINA SIERRA JIMENEZ** y a su compañera permanente, **LUISA FERNANDA RAMIREZ**.

De otro lado, el apelante aseguró que el núcleo familiar del procesado para la época de los hechos contaba con ingresos económicos suficientes para su subsistencia, por un lado la madre de crianza del institucional trabajaba como empleada doméstica devengando dinero para su manutención, además ha de tenerse en cuenta que a ésta última el enjuiciado no le debía alimentos como quiera que no tiene ningún vínculo de parentesco con ella y, por otro lado, la

compañera permanente del procesado que en efecto era menor de edad para el año 2015, devengaba una pensión de sobrevivencia tal y como consta en el expediente. Adicionalmente, el procesado cobraba una bonificación como contraprestación del servicio militar la cual contribuía a los ingresos familiares. De esa forma, se entiende, entonces, que la familia del enjuiciado recibía ingresos suficientes para su manutención, por lo que no se justifica que éste desertara de las filas alegando una razón contraria a la realidad procesal.

Asimismo, el recurrente señaló que no es cierto que el estado de embarazo de la compañera del uniformado constituyera igualmente causa justificante para que éste abandonara el servicio militar. Sobre el particular puntualizó que el embarazo de la joven se produjo meses después a la ocurrencia del hecho (11 diciembre de 2015), situación que confirmó el acusado durante el interrogatorio que rindió en la audiencia de corte marcial cuando refirió que su hija nació el 24 de febrero de 2017, así que de ello se infiere que la concepción se dio aproximadamente a mediados del año 2016, fecha en que el SLR. **URIBE VALENCIA** ya había desertado de las filas y por esa razón no debe tenerse en cuenta tal acontecer como causal fundante de un estado de necesidad.

Por último, el impugnante solicitó que esta instancia le compulse copias al institucional por la presunta

comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, como quiera que el procesado en su injurada y durante el interrogatorio que rindió durante la corte marcial aseguró que su compañera permanente nació el 29 de septiembre de 2000, que convive con ella desde el 15 de marzo de 2014, afirmaciones que coinciden con el testimonio que rindió la misma joven, por lo que para esa fecha ésta aún no tenía 14 años de edad, siendo imposible entonces que pudiera disponer de su libertad sexual para esa época, así que tal hecho debe ser investigado por las autoridades judiciales competentes.

VI. DEL ESCRITO COMO NO RECURRENTE PRESENTADO POR LA DEFENSA DEL PROCESADO.

La Doctora **NARDA ROCIO GONZALEZ RODRIGUEZ**, defensora pública del SLR. **JEISSON DUVAN URIBE VALENCIA**, presentó escrito como no recurrente oponiéndose a las pretensiones del censor. Por tanto, solicitó confirmar la sentencia absolutoria dado que en su criterio se configuró un verdadero estado de necesidad que justificó el actuar de su defendido.

En primer lugar, cuestionó que el representante del Ministerio Público ante la primera instancia afirmara que la compañera permanente del enjuiciado tenía garantizada su subsistencia dado que devengaba una

pensión de sobreviviente, la cual solo correspondía a la mitad de un salario mínimo para el año 2017 (\$ 369.000,00), dinero que no recibía directamente por su condición de menor de edad, sino a través de su progenitora con quien compartía dicha pensión.

En segundo lugar, sostuvo su desacuerdo con lo manifestado por el censor respecto a que los dineros mensuales que por concepto de bonificación por la prestación del servicio militar devengaba el uniformado procesado fueran un aporte significativo para el núcleo familiar, dado que ello desconoce que ese ingreso correspondía a la suma de noventa y cuatro mil pesos (\$94.000,00) mensuales que escasamente servían para los útiles de aseo del propio acusado. Amén, de que los gastos familiares para la época de los hechos ascendían a un millón doscientos veinte mil pesos (\$1.220.000,00), suma que comprendía el pago del alquiler del inmueble donde residían, los gastos de manutención, servicios públicos, transportes y útiles escolares.

De manera que, los ingresos percibidos por los miembros de su núcleo familiar eran insuficientes, ni siquiera asumiendo hipotéticamente que la madre de crianza devengara un salario mínimo para sufragar los gastos que registraban y que les permitiera tener una vida digna.

Censuró que el recurso planteara que el procesado no le debe alimentos a su madre de crianza, pues con ese argumento se desconoce el concepto de familia que ha sido replanteado por la jurisprudencia constitucional bajo el entendido que las relaciones de crianza entre personas también constituyen un vínculo familiar. Por último, rechazó la solicitud de compulsarle copias al procesado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años como quiera que la familia del enjuiciado está conformada actualmente por dos menores de edad, esto es, la compañera y la hija del soldado, así que una medida como esa atentaría contra los derechos de los menores que son prevalentes por disposición constitucional.

VII. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora 7 Judicial Penal II conceptúo que la sentencia absolutoria en favor del **SLR. JEISSON DUVAN URIBE VALENCIA** debe ser confirmada, para el efecto señaló que el actuar del soldado se enmarcó en un estado de necesidad que lo obligó a abandonar las filas militares con el propósito de ayudar económicamente a su familia conformada por su madre de crianza y su compañera permanente con quien tiene una hija.

En ese sentido, cuestionó que el censor asegurara que el procesado no estaba obligado a ayudar a su madre de

crianza dado que a ella no le correspondían alimentos por ley y devengaba un salario mínimo para la época de los hechos, en tal sentido, aseguró que el concepto de familia en la actualidad es amplio e incluye aquellas relaciones afectivas de facto ajenas a los lazos de consanguinidad tal y como lo establece la jurisprudencia de la Corte Constitucional y, por otro lado, no es un hecho cierto que la madre de crianza del soldado devengara un salario mínimo legal mensual como se afirmó, dado que del expediente se extrae que para la época de los hechos ésta se encontraba desempleada.

Rechazó como argumento de apelación el hecho que la compañera permanente del procesado devengara una pensión por cuanto en el expediente no consta si ella la recibía directamente por su condición de menor de edad, tampoco consta el monto de la misma ni el porcentaje recibido, además, estimó necesario tener en cuenta que, de ser cierto este hecho, la compañera del procesado tendría que compartir tal pensión con sus familiares.

Finalmente, consideró que en aplicación del principio del interés superior del menor no es factible compulsar copias para que se investigue al procesado por haber sostenido una relación afectiva con su compañera cuando al parecer ésta era menor de catorce años, como quiera que una medida como esa

resquebrajaría el núcleo familiar del procesado conformado por dos menores de edad, es decir, su compañera permanente y su hija que nació producto de esa relación de convivencia.

VIII. DE LA COMPETENCIA

Conforme lo establecido por la Corte Suprema de Justicia¹¹, no obstante los hechos que originaron la presente actuación acaecieron en vigencia de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que el sistema procesal previsto en la citada codificación no ha sido implementado por parte del Gobierno Nacional, la norma adjetiva llamada a regular el caso *sub júdice* es la establecida en la Ley 522 de 1999. Por lo anterior, de conformidad con el artículo 238-3 de la Ley 522 de 1999, esta Corporación es competente para conocer de la apelación interpuesta por el representante del Ministerio Público ante la primera instancia contra la sentencia de fecha 30 de abril de 2018, por medio de la cual se absolvió al SLR. **JEISSON DUVAN URIBE VALENCIA** como autor del delito de deserción.

¹¹ CSJ - Auto del 17 de junio de 2015, radicado 44046, MP. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

IX. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se debe recordar frente al recurso de apelación, que éste se desarrolla con las limitaciones que impone el inciso 2° del artículo 583 del Código Penal Militar, de tal suerte, que la segunda instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad y los que inescindiblemente resulten vinculados al objeto de impugnación.

Entendido lo anterior, antes de resolver el asunto sometido a consideración de la Corporación recordemos que, por un lado la sentencia absolvió al procesado de los cargos formulados por la Fiscalía 26 Penal Militar como autor del delito de deserción al concluir que el institucional obró amparado bajo un estado de necesidad, por su parte, el Ministerio Público ante la primera instancia apeló la sentencia afirmando que la justificante no se configuró y por ende el enjuiciado debe ser condenado como autor del delito endilgado.

De manera que, la Sala para resolver el problema jurídico planteado por el recurrente, procederá metodológicamente a abordar brevemente la noción del estado de necesidad como causal eximente de responsabilidad penal para posteriormente resolver la controversia planteada.

9.1 - Del estado de necesidad como causal de ausencia de responsabilidad penal.

El estado de necesidad se encuentra previsto en el numeral 7° del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010, como una de las causales que exime de responsabilidad penal al sujeto cuando: *"Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar"*. La doctrina ha entendido que el estado de necesidad puede tenerse como causal de justificación o como excluyente de culpabilidad.

De esa manera, el estado de necesidad justificante se presenta cuando dos bienes jurídicos entran en conflicto y se opta por sacrificar el que se considera de menor entidad para salvaguardar el otro y evitar un daño mayor.

Por otro lado, corresponde a causal de inculpabilidad cuando el agente frente a la colisión de derechos o intereses jurídicos, dada su situación asume erradamente que el atentado a otros derechos o bienes jurídicos de mayor entidad que el que se busca proteger está justificado por el derecho¹².

La causal de justificación exige una serie de requisitos para su constatación, a saber: *"i) existencia*

¹² CSJ, Sentencia del 17 de agosto de 2011, Rad. 32264, MP. Alfredo Gómez Quintero.

de un riesgo, un mal, un daño, un peligro; ii) el riesgo debe ser actual o inminente; iii) que el mal o el daño no sea evitable por otro procedimiento menos perjudicial; iv) Se debe causar un mal menor. Es de la esencia de esta justificante que el daño causado sea de entidad menor, pues si es equiparable solo podrá invocarse el estado de necesidad excluyente de la culpabilidad; v) que el mal no haya sido causado por el agente en forma intencional o imprudente; vi) que el daño o mal no deba afrontarse por deber jurídico; y vii) que exista la finalidad de proteger el derecho o bien jurídico”¹³.

Dicho lo anterior, en primer lugar, respecto a la existencia del peligro para el bien jurídico ha de tenerse en cuenta que debe tratarse de una circunstancia que se prolonga en el tiempo y puede concluir en un daño nocivo contra este¹⁴. Así mismo, el peligro puede tener diversos orígenes como por ejemplo los fenómenos naturales, los accidentes, el actuar de los seres humanos y también como consecuencia de los contextos sociales.

Como segundo presupuesto, ha de constatarse la actualidad o inminencia del peligro que puede darse en situaciones donde el daño es tan próximo para el bien jurídico que en forma posterior se tornaría imposible conjurarlo o que implicaría asumir riesgos mayores si se permite que se siga prolongando en el tiempo, se trata de un acontecer que: “...conforme a la experiencia pone

¹³ Velásquez Fernando, Manual de derecho penal parte general, Ediciones jurídicas Andrés Morales, Cuarta Edición 2010, pág 502-506.

¹⁴ Roxin Clauss, Derecho penal parte general, Tomo I, Editorial Civitas, Segunda Edición reimpressa 2008, pág 680.

*de manifiesto que, si continúa evolucionando de modo natural, será con seguridad inminente la producción del daño en caso de que no se intervenga para impedirlo*¹⁵.

Adicionalmente, el mal o el daño no debe ser evitable por un procedimiento menos perjudicial, es decir, que el sujeto no cuente con otros medios lícitos que le permitan evitar el riesgo al que se expone el bien jurídico que pretende proteger.

En cuarto lugar, respecto a la intensidad del daño causado a los bienes jurídicos involucrados, un sector de la doctrina ha señalado que este presupuesto implica un ejercicio de ponderación a partir de las siguientes proposiciones: *"los preceptos sobre el orden general ceden ante la protección frente a daños concretos; los valores de la personalidad tienen preferencia frente a los bienes patrimoniales; y la protección de la vida y la integridad fundamenta un interés superior incluso frente a la preservación de otros valores de la personalidad o de bienes jurídicos supraindividuales"*¹⁶. Bajo ese entendido, queda en evidencia la jerarquización de los bienes jurídicos en juego, donde por ejemplo la vida tiene prevalencia sobre el patrimonio económico.

Asimismo, el necesitado no debe tener el deber jurídico de afrontar el daño o mal, puesto que tiene la obligación de asumir ese riesgo como consecuencia del ejercicio de una profesión, la ley, un contrato,

¹⁵ Ibid, Pág 680.

¹⁶ Ibid, Pág, 684.

acuerdo y también por la asunción voluntaria del riesgo¹⁷. En otras palabras, la acción de quien alega la justificante pierde eficacia cuando esa persona en cuya ayuda acude está obligada a sacrificarse, por cuanto aquellas personas tienen deber jurídico por su especial condición para contrarrestar el peligro.

Por último, el mal menor no puede ser la consecuencia de un acto doloso o imprudente de aquél que invoca la justificante para beneficiarse de ella, puesto que debe constarse que la intencionalidad del sujeto esté dirigida a la protección del bien jurídico o de un derecho.

Finalmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno a los presupuestos antes explicados ha señalado que no es suficiente que la persona que pretenda ampararse en la justificante alegue únicamente que se encuentra en una situación extrema, dado que de la descripción legal de la causal se desprenden los requisitos antes referenciados que deben constatar en cada caso particular para que en efecto pueda reconocerse la causal eximente de responsabilidad penal¹⁸.

¹⁷ Velásquez Fernando, Manual de derecho penal parte general, Ediciones jurídicas Andrés Morales, Cuarta Edición 2010, pág 505.

¹⁸ "La jurisprudencia siempre ha sostenido que no basta que la persona llegue a condiciones precarias para invocar a su favor el estado de necesidad, como dirimente de la antijuridicidad, pues del precepto legal se infieren requisitos sustanciales y precisos como el peligro actual o inminente de un derecho propio o ajeno; la inevitabilidad del daño a un tercero inocente; y la proporcionalidad entre el mal que se precave y el que se ocasiona, entre otros, de tal manera que el sujeto activo está obligado a escoger, en situaciones que se lo permitan, el medio menos nocivo a los terceros extraños y no el más rentable para su propio interés" Corte Suprema de

9.2 Del caso concreto.

El representante del Ministerio Público ante la primera instancia apeló la decisión absolutoria proferida en favor del SLR. **JEISSON DUVAN URIBE VALENCIA**, porque en su criterio no se configuró un estado de necesidad que justifique el actuar del uniformado al abandonar las filas militares.

Sobre este particular, el apelante aseguró que el núcleo familiar del procesado para la época de los hechos contaba con ingresos económicos suficientes para su subsistencia dado que, por un lado, la madre de crianza del institucional trabajaba como empleada doméstica devengando dinero para su manutención, reseñando que respecto de ésta persona el enjuiciado no tenía obligación alimentaria como quiera que no registraba ningún vínculo consanguíneo con ella, por otro lado, aseguró que la compañera permanente del acusado era menor de edad y devengaba una pensión de sobreviviente que le garantizaba su sustento.

Sumado a lo anterior, el censor afirmó que no es cierto que el estado de embarazo de la compañera del enjuiciado constituyó otra causa justificante para que éste abandonara las filas, puntualizando que el embarazo de la joven se produjo meses después a la

Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 15313 del 18 de agosto de 2000, MP. Jorge Gómez.

fecha de los hechos (11 de diciembre de 2015), puesto que fue el mismo acusado durante el interrogatorio que rindió en la audiencia de corte marcial quien manifestó que la hija que tiene con **LUISA FERNANDA RAMIREZ** nació el 24 de febrero de 2017, así que de ello se infiere que la concepción se dio aproximadamente a mediados del año 2016, fecha en que el SLR. **URIBE VALENCIA** ya había abandonado el servicio militar, razón por la que debe desatenderse tal circunstancia como parte del estado de necesidad que equivocadamente se dio por probado en la sentencia debatida.

Dicho lo anterior, conviene entonces analizar si las alegaciones del censor desvirtúan lo resuelto por el fallo de primer grado o si, por el contrario, este debe ser confirmado; para el efecto, la Sala verificará la presencia de los requisitos estudiados en el acápite anterior para predicar la existencia del estado necesidad como causal de justificación.

1) Existencia de un riesgo, un mal, un daño, un peligro y la actualidad o inminencia del mismo: El material probatorio recaudado, particularmente el testimonio rendido por la madre de crianza del enjuiciado, señora **MARIA CAROLINA SIERRA JIMENEZ**, da cuenta que ella se hizo cargo del procesado desde que era muy pequeño porque sus padres biológicos lo tenían prácticamente en situación de abandono, por lo que ella lo acogió

como su hijo. Frente a los hechos objeto del averiguatorio, refirió que para el mes de diciembre de 2015 no tenía trabajo y que solamente hacía turnos ocasionalmente como empleada doméstica, labor esporádica que no le permitía devengar lo suficiente para pagar el arriendo, cubrir los gastos de manutención de su otro hijo y de la compañera permanente del enjuiciado, dado que los dos jóvenes eran menores de edad y lo que hacían era asistir al colegio¹⁹.

De la misma manera, la joven **LUISA FERNANDA RAMIREZ**, compañera permanente del uniformado, sostuvo que convivía con él antes de que fuera incorporado al servicio militar, señalando que para la época de los hechos tenía quince años de edad y vivía con la madre de crianza de su compañero y otro joven, que era hijo biológico de la señora **MARIA CAROLINA SIERRA JIMENEZ**, aseguró que su situación económica era precaria dado que ni ella ni el otro menor trabajaban porque asistían al colegio. Asimismo, adujo que la madre de crianza del uniformado no tenía trabajo y lo poco que ganaba cuando lograba hacer turnos como empleada doméstica no alcanzaba para sufragar los gastos que generaba los alimentos, los transportes, útiles escolares y el arriendo de la casa que correspondía a setecientos mil pesos (\$ 700.000) mensuales, así que cuando su compañero salió de permiso y se percató de

¹⁹ Cuaderno original No. 2, folios 219-222.

la situación optó por dejar el servicio militar para emplearse como pintor devengando un millón de pesos (\$1.000.000,00) lo cual contribuyó a mejorar su situación familiar²⁰.

En el mismo sentido, el SLR. **URIBE VALENCIA**²¹ manifestó tanto en indagatoria como en el interrogatorio que rindió durante la audiencia de corte marcial²², que salió de permiso luego del juramento de bandera y decidió no regresar a las filas porque su familia, conformada por su compañera permanente, su madre de crianza y el hijo de ésta, se encontraban en graves dificultades económicas pues no tenían para la comida, el arriendo y los útiles escolares, por lo que tomó la decisión de ausentarse del servicio militar para emplearse como pintor de interiores con el objetivo de respaldar a los de su casa.

En ese contexto, las pruebas testimoniales permiten inferir que el núcleo familiar del enjuiciado atravesaba una precaria situación económica, condición que en principio trató de asumir la madre de crianza del uniformado al hacerse cargo de dos menores de edad, (su hijo y la compañera permanente del uniformado), pero que en aquél momento no registraba

²⁰ Cuaderno original No. 2, folios 219-222.

²¹ Cuaderno original No. 1, folios 161-169.

²² Cuaderno original No. 2, folios 269-276.

un empleo fijo que le permitiera solventar los gastos que demandaba el hogar.

Escenario cuya existencia cuestionó el recurrente por entender que el enjuiciado no reportaba obligación alimentaria frente a su madre de crianza, posición que no comparte este Colegiado puesto que, como lo referenció la sentencia de primer grado y el concepto del procurador delegado ante esta instancia con fundamento en el precedente constitucional, actualmente se opta por un concepto amplio de familia que puede surgir de situaciones de facto donde priman los lazos de convivencia, afecto, solidaridad, asistencia y protección²³, situación que se compadece con la relación afectiva existente entre el procesado, la señora **MARIA CAROLINA SIERRA JIMENEZ** y su hijo, condición que releva entender solamente que la familia se conforma exclusivamente por lazos sanguíneos, razón por la que el argumento del apelante en este aspecto no se atenderá positivamente.

De otro lado, el censor indicó que la familia del procesado no afrontaba una precaria situación económica como quiera que éste devengaba una bonificación como contraprestación del servicio militar, dinero que contribuía a los gastos familiares junto con la pensión de sobrevivencia que percibía la compañera permanente del acusado.

²³ Al respecto tener en cuenta las sentencias T-606-13; T-070-15; y T- 233-15 citadas en el concepto del Ministerio Público ante esta instancia.

Posición que la Sala encuentra infundada dado que, como lo indicó el representante del Ministerio Público en su concepto y la defensa del procesado, la bonificación corresponde a una suma de dinero que no ascendía a los cien mil pesos (\$100.000,00), valor que solo resulta representativo para sufragar los gastos personales del uniformado como soldado, así que es inaceptable considerar que era suficiente para cubrir expensas familiares, además, nótese que verificada el acta de nómina del mes de diciembre de 2015 y los meses de enero y febrero de 2016²⁴ aportadas al sumario, se acreditó que dicho dinero no fue entregado al acusado durante el tiempo en que estuvo ausente de las filas.

De la misma forma, aunque en efecto obra constancia dentro del sumario indicativa que la compañera permanente del soldado devengaba una pensión de sobreviviente²⁵, revisado el expediente encuentra el Colegiado que no se indagó respecto del monto de dicha asignación, si en efecto era recibida directamente por la menor y si la compartía con otro miembro de su familia, labor que no realizó en su momento el instructor o el juez de instancia y que imposibilita al *Ad quem* dilucidar este preciso aspecto. Por tanto, el argumento del censor solo resulta especulativo puesto que, sin evidencia que respalde su dicho, afirma que la asignación de sobreviviente era recibida

²⁴ Cuaderno original No. 1 folios 49-59.

²⁵ Cuaderno original No. 1, folios 226-228.

directamente por la compañera del procesado, que constituía un monto suficiente para la manutención de la menor y de esa forma soportar el juicio de reproche contra el acusado por haber desertado de las filas militares.

En esas condiciones, no queda opción distinta a la segunda instancia que acoger lo dicho por los testigos y el propio procesado, en relación a que la situación económica de su parentela era extremadamente difícil al punto que amenazaba su existencia, puesto que no se aportó al sumario evidencia distinta que permita desvirtuar certeramente esta circunstancia, debiéndose tener como cierto que la madre de crianza, el hijo de esta y la compañera del acusado enfrentaban un escenario de escasez que amenazaba no solo la estabilidad del núcleo familiar, sino además, derechos de prevalencia constitucional como el que registraban los menores que la conformaban según el artículo 44 superior.

2) Que el mal o el daño no sea evitable por otro procedimiento menos perjudicial: Sobre este particular, la Sala encuentra que la situación de necesidad que registró la familia del procesado no podía conjurarse de forma distinta más que con el apoyo moral y económico del acusado, quien en procura de socorrer a su prole resolvió abandonar el servicio militar dado que su madre de crianza, señora **MARIA**

CAROLINA SIERRA JIMENEZ, no tenía un trabajo fijo que le brindara un ingreso permanente que permitiera mantener a los dos menores que la acompañaban. Lo mismo aconteció respecto de la compañera permanente del procesado, pues a pesar que conste en la actuación que era beneficiaria de una pensión no se acreditó si en efecto recibía dicho ingreso ni el monto del mismo.

En consecuencia, la evidencia recogida en el plenario impone que la Sala reconozca tanto la situación apremiante que afrontaba el núcleo familiar del procesado, como la inexistencia de medios diferentes que permitieran solventar los gastos que reportaban sus miembros, contexto que obligó al uniformado a desertar de las filas en procura de ayudar a los suyos, empleándose como pintor de interiores y aportando su salario al núcleo familiar.

3) Que se cause un mal menor al bien jurídico o derecho que se pretende proteger: Este ejercicio implica establecer el grado de afectación de los bienes jurídicos y derechos en juego, por un lado encontramos el bien

jurídico del servicio entendido como uno de los bienes más preciados para las instituciones castrenses, del que derivan las funciones que deben cumplir las Fuerzas Militares conforme a los mandatos del artículo 217 de la Constitución Política, como corresponde a la

defensa de la soberanía, la independencia, la integridad territorial y el orden constitucional del Estado. Bajo ese entendido, la conducta que desplegó el enjuiciado al abandonar el servicio militar afectó el bien jurídico de carácter institucional, dado que la unidad a la que pertenecía vio disminuido sus efectivos para el cumplimiento de su función constitucional.

Por otra parte, es necesario recalcar que la Constitución Política ha establecido en su artículo 5° a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y a los menores como titulares de derechos que obedecen a un interés superior y prevalente, esa fue la intención del constituyente de 1991 cuando consagró en el artículo 44 de la Carta Política una protección especial para la niñez.

Así mismo, el principio del interés superior de los niños no solamente está consagrado en la Constitución Política, sino también en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, la cual forma parte del bloque de constitucionalidad.

De la misma manera, de este principio se desprenden los derechos de los menores a tener un hogar, una

familia, un trato digno, desarrollarse plenamente dentro de un ambiente sano, entre otros, además sirve como criterio hermenéutico frente a las normas internacionales, constitucionales y legales que reconocen los derechos de los niños cuando se trate de resolver conflictos entre dos o más derechos, así como llenar vacíos legales²⁶, bajo ese entendido, los niños, niñas y adolescentes son considerados como una población vulnerable que merece especial protección, de allí que se entienda que este principio lleva inserto un contenido prevalente y superior sobre otros derechos.

En ese orden, encuentra esta Sala de Decisión que, si bien es cierto el acusado se ausentó por más de cinco días consecutivos de la obligación de prestar el servicio militar, también lo es que ello obedeció a la necesidad de cumplir los deberes de orden constitucional, legal y moral, tendientes a la protección de su familia que estaba en riesgo por la angustiante situación económica antes descrita, núcleo que se encontraba conformado por dos menores de edad, el hijo biológico de la señora **MARIA CAROLINA SIERRA JIMENEZ** y la compañera permanente del procesado **LUISA FERNANDA RAMIREZ**, quienes aunque estaban a cargo de la señora **SIERRA JIMENEZ**, se encontraban expuestos al riesgo que representaba no contar con los recursos que garantizaran su

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-273-03, MP. Dra. Clara Inés Vargas Hernández, en el mismo sentido Sentencia T-260-12, MP. DR. Humberto Antonio Sierra Porto.

subsistencia, por cuanto la mujer que los acompañaba no reportaba ingresos que le permitieran satisfacer las necesidades básicas de los menores de edad (alimentación, vestuario, abrigo, educación).

En esas condiciones, el daño causado por el uniformado al bien jurídico del servicio es considerado de menor entidad frente al riesgo al que estaba expuesta la institución de la familia y el principio del interés superior de los menores.

4) Que el mal no haya sido causado por el agente en forma intencional o imprudente: Es claro para la Sala que el riesgo que afrontaba la familia del procesado no tuvo origen en su actuar, dado que fue una circunstancia que aconteció mientras éste cumplía con la prestación del servicio militar obligatorio.

5) Que el necesitado no tenga el deber jurídico de afrontar el daño o mal: Este criterio tiene relación a que en los casos del llamado auxilio necesario, en los que la calidad de necesitado y de quien realiza la acción necesaria no coinciden como en el estado de necesidad propio, quien esté en riesgo no debe tener el deber jurídico de afrontarlo, puesto que de reportar la obligación de asumir ese riesgo como consecuencia del ejercicio de una profesión, la ley, un contrato, acuerdo o la asunción voluntaria del

mismo²⁷, determinaría que quien acude en su ayuda no estaría amparado por la justificante precisamente porque la persona está obligada a asumir dicho peligro.

En ese contexto, claro resulta que los menores, es decir, el hermano de crianza del acusado y su compañera permanente, no registraban el deber jurídico de afrontar el riesgo que pesaba sobre ellos por la carencia de medios para subsistir, precisamente por la calidad que ostentaban y que, por el contrario, su especial condición demandaba la obligación de garantía de sus derechos considerados prevalentes sobre los de los demás. Luego, el procesado acudió en ayuda de quienes se encontraban en riesgo porque tenía a su cargo el deber de protección en concreto de los menores que no estaban en capacidad de afrontar dicha situación, dada la estrecha comunidad de vida que tenía con su hermano de crianza y su compañera permanente.

De esa manera, la Sala concluye que no existía persona distinta al mismo procesado que tuviera que hacerse cargo de la situación que padecía su familia, razón por la cual resulta aceptable que éste abandonara el servicio militar en procura de socorrer económica y moralmente a los suyos dado los deberes de solidaridad

²⁷ Velásquez Fernando, Manual de derecho penal parte general, Ediciones jurídicas Andrés Morales, Cuarta Edición 2010, pág 505.

familiar que se le imponían por mandato constitucional²⁸.

6) Que la finalidad sea la protección del derecho o bien jurídico: De la indagatoria del procesado así como del interrogatorio que éste rindió durante la audiencia de corte marcial, junto con los testimonios de su madre de crianza y su compañera permanente, se desprende que la motivación del enjuiciado al desertar de las filas no fue otra que pretender ayudar a su familia ante la grave situación económica que estaban atravesando.

De la misma manera, es importante aclarar que el procesado nunca refirió en su defensa que abandonó las filas porque su compañera se encontraba en estado de embarazo²⁹. Al respecto, nótese que en efecto tanto la Fiscalía 26 Penal Militar como el recurrente coincidieron con acierto que el embarazo y el nacimiento de la hija menor del procesado fueron circunstancias posteriores a la comisión de la

²⁸ "Constitución Política de Colombia ARTICULO 5o. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad."

"Constitución Política de Colombia Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. El ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

- 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;*
- 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas".*

²⁹ Cuaderno original No. 1, folios 161-169; cuaderno original No. 2 folios 269-276.

conducta punible de deserción (11 de diciembre de 2015), por lo que dicho acontecimiento corresponde a un hecho ajeno frente al estado de necesidad aquí debatido. No obstante, la situación de riesgo económico del núcleo familiar del procesado si merece ser valorada frente a la justificante como quiera que se originó desde antes de la comisión de la conducta típica, precisamente ese contexto es el que sirve de sustento para confirmar la sentencia absolutoria que se dispondrá en la parte resolutive de esta decisión.

X. OTRAS CONSIDERACIONES

Recordemos que tanto el censor como la Fiscalía 26 Penal Militar solicitaron que se compulsen copias contra el SLR. **JEISSON DUVAN URIBE VALENCIA** por la presunta comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años previsto en el artículo 208 de la Ley 599 de 2000, en razón a que su compañera, **LUISA FERNANDA RAMIREZ**, nació el 29 de septiembre de 2000 y la vida en pareja con el procesado inició desde marzo de 2014, por lo tanto se entiende que para esa fecha la menor no podía disponer de su libertad sexual dado que aún no contaba con 14 años de edad, circunstancia que aparentemente se ajusta al tipo penal antes señalado.

Petición a la que la Sala accederá, disponiendo que por intermedio de la Secretaría de la Corporación se envíe copia de la indagatoria del SLR. **JEISSON DUVAN**

URIBE VALENCIA³⁰, de los testimonios de **LUISA FERNANDA RAMIREZ DUARTE³¹** y **MARIA CAROLINA SIERRA MARTINEZ³²**, del acta de corte marcial³³ y de la presente decisión judicial con destino a la Fiscalía General de la Nación, autoridad jurisdiccional competente para que investigue la presunta conducta contra la libertad, integridad y formación sexual mencionada anteriormente, siendo del caso aclarar que no corresponde a esta jurisdicción foral efectuar juicios de valor respecto de una conducta punible ajena al marco de competencia de la Justicia Penal Militar.

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

XI. RESUELVE:

PRIMERO: DESPACHAR EN FORMA DESFAVORABLE el recurso de apelación incoado por el representante del Ministerio Público ante la primera instancia y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia de fecha treinta (30) de abril de 2017, proferida por el Juzgado 11 de Brigada del Ejército Nacional que dispuso la absolución del SLR. **JEISSON DUVAN URIBE VALENCIA** como autor del delito de deserción.

³⁰ Cuaderno original No. 1, folios 161-169.

³¹ Cuaderno original No. 1, folios 192-194.

³² Cuaderno original No. 2, folios 219-222.

³³ Cuaderno original No. 2, folios 269-276.

SEGUNDO: DISPONER que por intermedio de la Secretaría de la Corporación se envíen a la Fiscalía General de la Nación las copias del expediente señaladas anteriormente, con el fin que se investigue la presunta comisión de un delito contra la libertad, integridad y formación sexual en que pudo haber incurrido el SLR. **JEISSON DUVAN URIBE VALENCIA.**

TERCERO: CONTRA la presente decisión procede de manera excepcional el recurso extraordinario de Casación, en los términos establecidos en la Ley 600 de 2000.

CUARTO: RETORNE el proceso al despacho de origen para los fines pertinentes, una vez en firme la presente decisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Teniente Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado Ponente

Coronel **MARCO AURELIO BOLIVAR SUÁREZ**
Magistrado

Capitán de Navío (RA) **JULIÁN ORDUZ PERALTA**
Magistrado

Abogada **MARTHA LOZANO BERNAL**
Secretaria