

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala: Primera de Decisión
Magistrado Ponente: CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Radicación: 158968-XV-388 EJC.
Procedencia: Juzgado Tercero de Brigadas
Procesado: SLR. DILVER ORLANDO LEÓN PEJENDINO
Delito: Abandono del puesto
Motivo de alzada: Apelación sentencia condenatoria
Decisión: Confirma decisión.

Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

I. ASUNTO POR TRATAR

Le corresponde a la Primera Sala de Decisión desatar el recurso de apelación incoado por la abogada MARTHA INES GARCIA ROZO, defensora pública, contra la sentencia del 30 de mayo de 2018¹ proferida por el Juzgado Tercero de Brigada del Ejército Nacional con sede en Cali (Valle), mediante la cual condenó al SLR. DILVER ORLANDO LEÓN PEJENDINO a la pena principal de doce (12) meses de prisión, no concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional por expresa prohibición del artículo 63

¹ Folio 155 y ss., del C.O.1.

de la Ley 1407 de 2010, al ser hallado responsable del delito de abandono del puesto.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

Los hechos fueron puestos en conocimiento de la autoridad judicial competente mediante oficio No. 002719/MDN-CGFM-CE-DIV3-BR3-BPM3-CDO-CJM-29.86 adiado el 28 de junio de 2013² por el señor TC. CARLOS JAVIER SOLER PARRA, Comandante del Batallón de Policía Militar No. 3 con sede en Cali (Valle), en el que da cuenta que el día 14 de junio de 2013 el SLR. LEÓN PEJENDINO no asumió el turno de centinela que le correspondía prestar desde las 15:00 a las 18:00 horas según orden del día No. 164 artículo 213, siendo encontrado en ese interregno por el ST. ELVIS MUÑOZ ORTIZ hablando con una mujer por fuera de su puesto y sobrepasando los límites de la base que habían sido asignados por el Comandante de la unidad.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1 El Juzgado 71 de Instrucción Penal Militar dispuso apertura de investigación formal³ en contra del SLR. DILVER ORLANDO LEÓN PEJENDINO por el delito del centinela, siendo vinculado mediante indagatoria el 05 de diciembre de 2016⁴ y resuelta su situación jurídica provisional mediante proveído del 16 de diciembre del mismo año⁵, acto mediante el cual el juez se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento en atención a que

² Ver folio 1 del C.O.1.

³ Mediante auto del 9 de septiembre de 2013, visto a folio 13 del C.O. 1.

⁴ Folio 97 a 100 *ídem*.

⁵ Folio 101 a 109 *ídem*.

no se cumplieran los fines constitucionales para que resultara procedente su aplicación.

3.2 El 27 de diciembre de 2016 el instructor remitió el paginario al acusador, asumiendo su conocimiento la Fiscalía 16 Penal Militar, quien el 06 de enero de 2017, devolvió el plexo para subsanar una serie de irregularidades advertidas en la etapa de instrucción que lesionaban el debido proceso y el derecho de defensa del sindicado⁶. Una vez enmendada la actuación, el ente fiscal procedió mediante resolución del 09 de noviembre de 2017⁷ a acusar al procesado por el delito de abandono del puesto.

3.3 En firme la calificación del sumario, el proceso fue enviado al Juzgado Tercero de Brigadas del Ejército Nacional, quien realizó audiencia de corte marcial el 10 de mayo de 2018⁸ y el 30 siguiente⁹ profirió sentencia condenatoria en disfavor del SLR. DILVER ORLANDO LEÓN PEJENDINO, decisión que fue apelada por la defensora pública y la cual hoy concita la atención de esta Sala.

IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El *A quo* concretó que el asunto a decidir se encontraba enmarcado dentro de la conducta tipificada por el artículo 105 de la Ley 1407 de 2010 definida como abandono del puesto, disposición que transcribió literalmente para indicar que el día 14 de junio de 2013 el acusado DILVER LEÓN PEJENDINO, "abandonó la

⁶ Ver folio 122 a 123 C.O.1.

⁷ Ver folio 160 y ss. *ídem*.

⁸ Ver folio 180 y ss., *ídem*.

⁹ Ver folio 195 y ss., *ídem*.

facción en la que se encontraba, interrumpiendo así la función que le había sido asignada por sus superiores incumpliendo el turno de centinela de 15:00 a 18:00 horas que debía prestar en el puesto No 4, de la Base Militar de Polvorines".¹⁰.

Destacó que un elemento del tipo penal era el denominado como "puesto" que es "sitio o espacio que ocupa una persona, (...) señalado o determinado para la ejecución de una cosa"; que en tratándose del reato militar investigado lo fundamental no era el incumplimiento de unas funciones específicas y determinadas del servicio, sino el traslado, movimiento físico o corporal del sujeto del sitio asignado.

Resaltó que el enjuiciado para la fecha de los hechos se encontraba en calidad de disponible, es decir, listo a recibir el turno de centinela para el cual había sido nombrado, además de ello pendiente para ser utilizado por sus superiores en caso de un ataque a la unidad o requerirse frente a cualquier otro tipo de situación similar, pese a esto y sin razón valedera se ausentó del lugar en que debía permanecer por orden de sus superiores.

Al verificar la tipicidad subjetiva, expuso la juez de instancia que el procesado actuó de manera dolosa, como quiera que conocía que se encontraba nombrado de centinela para el día 14 de junio de 2013 en el puesto No 4, sin embargo, a su arbitrio, en forma voluntaria y sin permiso alguno de sus superiores sobrepasó los límites de la base que le habían sido asignados por su

¹⁰ Folio 216 *ídem*.

comandante, faltando de esta forma al deber de presencia en el lugar que se le había determinado y por ende vulnerando de esta manera el bien jurídico del Servicio.

Consideró la falladora, respecto de la antijuridicidad de la conducta, que el atentado en este caso se había presentado sin justa causa contra el servicio, el que se constituye en fundamento necesario para el cumplimiento de la misión constitucional asignada a las Fuerzas Militares, pues el día de marras el procesado no recibió el puesto del centinela para el cual estaba nombrado, siendo posteriormente encontrado fuera de los límites de la base hablando con una mujer e interrumpiendo la función de seguridad y vigilancia que debía cumplir.

En relación con el elemento de la culpabilidad, expuso que el uniformado LEÓN PEJENDINO obró dolosamente en calidad de autor responsable, ya que tenía pleno conocimiento de la ilicitud de su comportamiento y pese a esto decidió libre y conscientemente sustraerse de su deber de recibir el turno del centinela para el que estaba nombrado, sin que se encontrara inmerso en alguna circunstancia excluyente de responsabilidad a que se refiere el artículo 33 del Código Penal Militar.

Aunado a lo anterior, enfatizó que la sentencia condenatoria tenía plena viabilidad, por cuanto el mismo procesado aceptó que conocía las consecuencias del hecho punible, pues había recibido instrucción de

Justicia Penal Militar, por lo que de allí concluyó *"que su voluntad y conciencia estuvieran dirigidas a cometer tal conducta delictiva"*¹¹.

Finalmente, sostuvo que se daban los requisitos del artículo 396 de la Ley 522 de 1999 para proferir condena en su contra, en la medida que las pruebas permitieron demostrar la materialidad del hecho punible y su responsabilidad.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La abogada MARTHA INES GARCÍA ROZO, defensora pública del encausado, discrepó de la decisión de primera instancia advirtiéndole que el procesado fue enfático en afirmar que *"(...) él no se retiró del puesto que es fijo, nunca lo dejó botado, que él siempre cumplía con el turno y las ordenes, (...)"*¹² y que su comportamiento no estaba dirigido a incumplir el servicio como quiera que su objetivo era terminar de prestar el servicio militar, como en efecto lo hizo por lo que obtuvo su libreta militar y tarjeta de conducta.

Señaló que la investigación respaldaba la versión del acusado, en el sentido que para el día de autos estuvo prestando su servicio de centinela que se le había asignado y que en ningún momento dejó su puesto abandonado, ya que terminó su turno a satisfacción y no tuvo inconveniente alguno, contrario a lo que expuso el ST. MUÑOZ ORTIZ.

¹¹ Folio 221 C.O.1.

¹² Folio 230 del C.O.2.

Consideró que la orden del día No. 164 debía ser objeto de valoración por esta Corporación, como quiera que en la mencionada no se informó ni se dio a conocer al personal de la unidad cuáles eran los límites de la base que no se podían sobrepasar, lo que dificultaría la estructuración del reato pues *"al no existir este elemento probatorio el cual nos daría total claridad en los autos, pero su no existencia genera dudas sobre la preexistencia de los límites de la Base a la cual pertenecía el procesado"*¹³.

Adujo que la conducta resultaba atípica porque no se demostró la vulneración al bien jurídico tutelado del Servicio y por ende no se puede hablar que el SLR. LEÓN PEJENDINO actuó con dolo, más aún porque los mandos militares no dieron a conocer a todos los integrantes de la compañía, mediante una orden del día, cuáles eran los límites que no se debían sobrepasar, aspecto que le llevó a concluir que *"el SLR. DILVER ORLANDO no puede tener conocimiento de algo que no existe y si esos límites no son preestablecidos y dados a conocer a los soldados no se puede tipificar la conducta imputada y es por ello que la presunta conducta de Abandono del Puesto, es atípica."*¹⁴.

Cuestionó la prueba testimonial del ST. MUÑOZ ORTIZ, pues en criterio de la apelante ésta resultaba contradictoria de cara al primer informe que rindió y que dio origen a la presente investigación. Concretamente adujo que el oficial aseveró haber encontrado al procesado fuera de la base militar

¹³ Folio 230 C.O.1.

¹⁴ *Ídem.*

hablando con una mujer, uniformado y con todo el armamento completo, lo cual no corresponde con la foto aportada con el informe de novedad en donde no se aprecia que la persona retratada porte uniforme del Ejército Nacional ni que porte armas.

Finalmente, reiteró que la imagen o fotografía allegada por el oficial MUÑOZ ORTIZ no podía ser objeto de estimación, en razón a que era una imagen muda, tomada sin haber informado o puesto a disposición de la autoridad competente para establecer la forma como fue obtenida, mucho menos se sabe de la fecha y hora en la que se consiguió la misma, cuestionando la impugnante que en el proceso no se explicó *"cómo fue recolectada esa imagen, no se observó lo establecido en el Manual de Procedimiento para el Sistema de Cadena de Custodia el cual también se aplica en el proceso penal militar, para introducir o presentar un elemento material probatorio. Y el procesado no ha reconocido o aceptado que es él quien aparece en el dibujo que obra al fl. 3."*¹⁵.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En representación del Ministerio Público el DR. MANUEL FERNANDO ALMECIGA GÓMEZ, Procurador 13 Judicial II Penal, emitió concepto solicitando confirmar la sentencia condenatoria, para lo cual consideró que el recurso de apelación de cara al material de prueba no tenía posibilidad alguna de prosperar.

¹⁵ Folio 232 C.O.1.

En primer lugar, frente al argumento defensivo relacionado con la no concreción de los límites de la base dentro del orden del día No. 164 en la que se nombró al SLR. LEÓN PEJENDINO como centinela; expuso que su sola postulación resultaba inapropiada y sorpresiva para esta instancia, como quiera que no fue un tema que se hubiera puesto en consideración en la audiencia de acusación y aceptación de cargos, además porque el límite de la base era un aspecto que se encontraba *"íntimamente ligado al puesto fijo establecido en la orden del día y la calidad en que fue nombrado el procesado -centinela-, aspectos que conjuntamente evaluados permiten deducir que el "puesto" lo constituía específicamente el designado en dicho acto (...)."16.*

Para el Ministerio Público resulta de mayor relevancia el claro abandono de la función por parte del acusado, ya que su designación en la orden del día le implicaba una disponibilidad permanente y continua frente al servicio, no obstante, se logró constatar que abandonó el espacio físico designado para tal fin, lo que permitió colegir la armonización entre el acontecer fáctico y la exigencia objetiva del tipo penal de esta índole de delito, con sobrada razón denominado de función¹⁷.

Para finalizar la discusión frente a este primer argumento de la defensa, el Procurador Judicial exhortó a la judicatura a no pasar por alto que el testigo ANDERSON GIRALDO AGUDELO, en su condición de

¹⁶ Ver folio 239 y 240 del C.O.2.

¹⁷ Para ampliar el concepto dogmático del delito de abandono del puesto citó el proveído de esta Corporación según radicado 158260 del 31 de marzo de 2016, MP. MY.(R) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME, Segunda Sala de Decisión.

centinela número 7 para el día de los hechos, corroboró que los puestos fueron asignados mediante orden del día leída por el Teniente MUÑOZ, ello aunado a que fue recalcado que los puestos eran fijos, así como las consecuencias jurídicas de incumplir con dicha función, todo lo cual le conllevó a suponer que *"el procesado conocía los elementos constitutivos de la infracción (abandonó del puesto) y así y todo quiso hacerlo (voluntad)."*¹⁸.

De otro lado, puso de manifiesto que aunque la defensora pública alegó la existencia de posibles contradicciones en que pudo incurrir el testigo principal de cargo, no existe elemento de juicio alguno que permita a la segunda instancia estimar la estructuración de duda sobre la materialidad de la conducta, pues si bien el ST. MUÑOZ ORTÍZ al momento de rendir su declaración amplió detalles que no había consignado en el informe inicial, ello mal podría apreciarse como de relevancia en tanto existen otras pruebas que igualmente aclaran el asunto.

Así las cosas, destacó que lo verdaderamente sustancial en el asunto era:

"(...) que el señor León Pejendino fue sorprendido fuera del puesto que le había sido asignado como centinela, hablando con una mujer, hechos sobre los cuales ciertamente hay una fotografía, que si bien no es lo suficientemente ilustrativa en cuanto a la identificación o individualización de quienes allí aparecen, de todas maneras refuerza

¹⁸ Folio 241 C.O.1.

el dicho del St. Muñoz y, quizá más importante aún, ese medio ni siquiera fue tenido en la (sic) cuenta por el juzgador para edificar su decisión, remitido como lo estuvo a la fuerte prueba documental y testimonial colectada en la pesquisa penal.”¹⁹.

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación, de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999 y 203.3 de la nueva Codificación Castrense -Ley 1407 de 2010-, normatividad aquella que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada para hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del código castrense de ese año²⁰, como de los ocurridos con posterioridad a la misma; ello dejando claro que dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación se debe aplicar la Ley 1407 de 2010 en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial, mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Se analizará el asunto bajo las limitaciones impuestas por el artículo 583 de la Ley 522 de 1999, de tal

¹⁹ Folio 241 a 242 C.O.2.

²⁰ Radicado 36412 de mayo de 2011; radicado 36737 del 22 de junio de 2011, radicado 37797 del 08 de noviembre de 2011, y radicado 38401 del 07 de marzo de 2012, todos de la Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

suerte que la segunda instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el impugnante, salvo la nulidad y los inescindiblemente vinculados a la investigación.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

8.1 Esta Corporación ha tenido la posibilidad en diversas oportunidades de realizar un examen jurídico y jurisprudencial sobre cuándo resulta admisible un recurso de apelación y en qué circunstancias debe ser rechazado²¹, esto porque el acceso a la segunda instancia se encuentra condicionado por la ley penal militar al cumplimiento de aspectos básicos, tales como que el recurso sea interpuesto oportunamente²² y sea debidamente sustentado por escrito ante la primera instancia²³.

Cuando la segunda instancia constata la sustentación del recurso, las exigencias que tiene en cuenta están

²¹ Entre otros véase, radicado No. 158257 del 28 de agosto de 2015, MP. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ; radicado No. 158457 del 06 de marzo de 2017, MP. CN. (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA, radicado No. 158957 del 10 de septiembre de 2018, MP. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, Tribunal Superior Militar y Policial.

²² Ley 522 de 1999. Artículo 362. "OPORTUNIDAD Y MODO DE INTERPONERLA. Las apelaciones se interpondrán así: Contra los autos interlocutorios, de palabra en el momento de la notificación, o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes. Contra las sentencias y autos de cesación de procedimiento, de palabra en el momento de la notificación o por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes."

²³ ARTÍCULO 363. "SUSTENTACIÓN. Antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia, quien interponga el recurso de apelación deberá exponer por escrito las razones de la impugnación ante quien la profirió en primera instancia. En caso contrario no se concederá. Cuando el recurso de apelación se interponga como subsidiario del de reposición, se entenderá sustentado con los argumentos que se presentaron para la reposición. El trámite del recurso en segunda instancia se surtirá en el original, cuando el expediente sea enviado por apelación o consulta de la providencia con la cual culmine la primera instancia."

dirigidas hacia una postulación lógica de los alegatos y la pertinencia argumentativa que soporte dichas inconformidades, esto con el fin de dar por cumplida la carga que le incumbe al apelante cuando hace uso del mecanismo defensivo, no obstante, si el escrito no reúne dichos presupuestos para su admisibilidad, surge la necesidad de que sea declarado desierto pues no le es permitido al *Ad quem* hacer un estudio de fondo acerca de pretensiones no invocadas por el impugnante o que resulten contradictorias y excluyentes entre sí.

8.2 Siendo ello así, la Sala observa, que en el libelo examinado la Defensora Pública señaló como finalidad de la impugnación la revocatoria de la sentencia condenatoria que fue proferida por la Juez Tercero de Brigadas del Ejército Nacional en contra del SLR. DILVER ORLANDO LEÓN PEJENDINO por la comisión del reato de abandono del puesto, proponiendo con tal propósito dos tesis defensivas: *i)* la atipicidad de la conducta y, *ii)* la inexistencia de prueba para condenar.

Se advierte que la carga argumentativa exhibida por la impugnante en el recurso con miras a soportar tales premisas defensivas es mínima, aunado a ello su sola postulación resulta contradictoria entre sí, pues de una parte aseguró que la investigación arrojó como resultado que la versión del acusado sería cierta, esto es, que para el día de autos estuvo prestando el servicio de centinela que se le había asignado y en ningún momento dejó su puesto abandonado, dado que terminó su turno a satisfacción y no tuvo novedad

alguna, lo que significaría que nunca abandonó el puesto y la conducta resultaría atípica.

Empero de forma ambivalente propuso una segunda teoría, según la cual bien pudo haber tenido lugar la conducta, es decir el abandono de los deberes de facción, pero que existe duda sobre la comisión del reato en razón a que tanto la prueba testimonial como documental adolecen de veracidad, ya que de una parte la orden semanal No. 164, en la cual fue nombrado como centinela al SLR. LEÓN PEJENDINO, no informaba cuáles eran los límites de la base militar que se debían respetar y en tal sentido no le era exigible a su prohijado respetarlos porque los desconocía.

De otro lado, aseveró que la principal prueba de cargo recibida al ST. MUÑOZ ORTIZ resultaba indigna de credibilidad por las contradicciones en que incurrió de cara al primer informe que rindió y que dio origen a la presente investigación, máxime cuando estaba soportada en una fotografía en la que supuestamente se muestra al enjuiciado en el momento que estaba fuera de los límites de la base, sin que este medio de convicción hubiera agotado los lineamientos probatorios exigidos por la ley para que pudiera ser valorado por la Juez de Primera Instancia.

Así las cosas, en principio encontraría la judicatura motivos serios de indebida sustentación para desechar el recurso propuesto por presentar una argumentación ambivalente que atenta contra la lógica y la coherencia, cuando, se itera, en forma simultánea se

alega por la apelante que la conducta es atípica porque el procesado no la cometió, sin embargo, en un mismo plano de sustentación sostuvo que esta pudo haber tenido lugar, pero no existe prueba que acredite su realización para endilgarle responsabilidad penal.

Claramente se puede advertir que dos reparos de este tenor con miras a derruir el acierto de legalidad de que goza la sentencia resultarían excluyentes. Pese a ello, al ofrecerse una argumentación básica en el recurso y denotarse que los errores de que adolece el escrito son más de tipo formal que material, se persuade esta Corporación de no tomar la decisión de desertar el recurso y, por el contrario, en pro de la lealtad argumentativa para con las partes y la protección de los derechos de defensa y contradicción, entrará esta Sala de Decisión a abordar el problema planteado.

8.3 En la primera parte del memorial la apelante reclama a la segunda instancia la absolución del SLR. LEÓN PEJENDINO por considerar que la conducta es atípica y ello sostenido bajo la siguiente premisa:

"Tal como consta en la instructiva se tiene que los hechos informados por el ST. MUÑOZ ORTIZ, no tienen respaldo jurídico alguno en los autos, y por el contrario el dicho del procesado si es creíble porque tal como lo expreso (sic) DILVER ORLANDO él para el día de autos si prestó el servicio que se le había asignado de Centinela y en ningún momento dejó su puesto, término (sic) el

turno satisfactoriamente y no tuvo inconveniente alguno."²⁴.

Para dar respuesta a estos cuestionamientos, se impone a la Sala de Decisión hacer las siguientes precisiones:

La defensora pretende dar por probado que el SLR. LEÓN PEJENDINO nunca abandonó el puesto porque recibió el turno de centinela y lo prestó hasta el final, no obstante, dentro del proceso no concurre medio probatorio alguno del que pueda inferirse como cierta dicha pretensión, pues ni siquiera la indagatoria rendida por el procesado se conduce en este sentido. Obsérvese que sus exculpaciones para desligarse de la responsabilidad que le acarrearía la comisión del punible se orientan a negar que él ese día hubiera estado nombrado como centinela mediante la orden del día No. 164, de hecho desconoce el documento y lo tacha de falso al decir: *"El teniente dice que yo debería estar de turno, me acuerdo bien que ese supuesto día que él dice que me encontró, yo no estaba de turno (...) Así mismo se observa como borroneado mi nombre en la orden del día."*²⁵.

Aunado a lo anterior, destáquese que lo relevante del caso no es la comisión del reato militar del centinela o si estaba nombrado o no para dicho servicio, ya que ha quedado claro desde la resolución de acusación que luego de la valoración del conjunto probatorio la conducta que se adecua con la acción desplegada por el

²⁴ Folio 230 C.O.2.

²⁵ Folio 99 C.O.1.

acusado es la de abandono del puesto y no aquélla, en razón a que el SLR. LEÓN PEJENDINO nunca asumió la condición de centinela en tanto no llegó a prestar el turno, sino que estando de servicio abandonó las funciones del servicio. En tal sentido, no podría la Sala entrar a discutir aspectos no relacionados con la acusación, en consideración a que se desbordaría el ámbito de competencia del superior²⁶.

También se observa que la apelante incurrió en una confusión al concentrar sus esfuerzos argumentativos en sostener que la conducta de abandono del puesto no puede tipificarse porque su poderdante no había sido informado de cuáles eran los límites preestablecidos para el sitio y por tanto no podía exigírsele que respetara instrucciones que él desconocía.

Tal desatino argumentativo resulta axiomático como quiera que no cuenta con medios de convicción respaldándolo, según se advirtió en precedencia, aunado a que pierde de vista que en la orden semanal No. 164 sí se especificó sobre los límites exactos que no debían ser excedidos por los militares que se encontraban nombrados para los servicios durante los días 13 y 14 de junio de 2013. Obsérvese que en el artículo 214 se impartió como orden de carácter permanente la siguiente: **"Ningún soldado está autorizado**

²⁶ Ciertamente, la Corte Constitucional tiene dicho que "en el trámite de la segunda instancia, un juez no tiene siempre plena competencia para pronunciarse sobre todos los asuntos que tengan alguna relación con la apelación, pues podría estar actuando por fuera del marco de su competencia, por ejemplo, cuando profiere decisiones que resuelven de manera directa un asunto que no fue objeto de decisión por parte del a quo". Sentencia T-516 de 2005, MP. DRA. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

a salir de las instalaciones de la Base sin plena autorización del Cdte (Sic) "27. (Negrillas nuestras).

Quiere lo anterior significar que el Comando de la Base Militar de Polvorines determinó previamente cual era el espacio físico que no podía ser sobrepasado por los soldados y por ende se entiende que un militar con la antigüedad y grado de instrucción como la de quien se encuentra siendo aquí procesado, próximo a licenciarse, contaba con la plena capacidad de saber y entender hasta donde podía llegar y cuál era el espacio comprendido por las instalaciones de la base militar y los límites que ésta tiene para no excederlos, so pena de asumir las consecuencias que conlleva el salir sin autorización de su comandante, por tal motivo tampoco le asiste razón a la apelante frente a esta pretensión en punto de que la conducta sea catalogada por sus apreciaciones como atípica.

8.4 Ahora bien, la Sala realizará algunas precisiones dirigidas a absolver dudas y críticas formuladas por la memorialista en torno a la inexistencia de prueba en el proceso para emitir fallo de condena y en ese sentido anticipa ésta Corporación que la razón fundamental por la cual no acoge tal postura es en consideración a que el caudal probatorio demuestra que se encuentran congregados los presupuestos del artículo 396 de la Ley 522 de 1999 para arribar a la conclusión que la conducta punible fue cometida por el SLR. LEÓN PEJENDINO y por ende resulta procedente

²⁷ Ver anverso del folio 6 C.O. 1.

endilgarle un fallo de responsabilidad, expliquemos el porqué:

El asunto sometido a consideración se encuentra regulado por el artículo 105 de la Ley 1407 de 2010, de cuyo digesto se desprende que la conducta es cometida cuando el militar o policial estando debidamente nombrado y habiendo asumido el servicio y/o estando de facción abandona el puesto por cualquier tiempo o ejecuta cualesquiera de las conductas allí previstas, esto es, se duerme, se embriaga o se pone bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

El legislador al elevar estos comportamientos al rango de delito, pretende proteger el bien jurídico del Servicio con el fin de garantizar el cumplimiento de las actividades propias de la Fuerza Pública, consonante con los cometidos constitucionales en los que se funda la razón de ser de las instituciones castrenses y policiales, conforme al modelo de Estado Social de Derecho adoptado en la Carta Política de 1991. Dogmáticamente el punible de abandono del puesto está determinado como un delito de función, por tanto, sólo puede consumarlo quien ostenta la calidad de miembro activo de la Fuerza Pública y está debidamente asignado de "*facción o de servicio*" y en esa condición ejecuta alguna de las conductas alternativas establecidas en la norma, que para el caso que nos ocupa sería la de abandonar el puesto por cualquier tiempo.

Ahora bien, como hace parte de los elementos normativos del tipo el encontrarse de "facción o de servicio", es importante recordar los conceptos que de estos dos términos ha sostenido la jurisprudencia y esta Corporación de manera unánime y reiterativa. Así entonces, *facción* se refiere al cumplimiento o realización de una tarea concreta, una actividad, una labor, una función propia del servicio; en tanto que *servicio* es el conjunto de funciones, deberes y obligaciones asignados a la Fuerza Pública para cumplir con la misión constitucional consagrada en los artículos 217 y 218, y demás leyes, decretos, reglamentos y disposiciones que las desarrollan, es por ello que, de antaño, la Corte Suprema de Justicia ha expresado:

*"Y en relación con el concepto de **servicio**, tal como sin dificultad surge de la previsión contenida en el estatuto castrense, se tiene que es término referido a los específicos deberes que atañen a los miembros activos de la Fuerza Pública a quienes se asignan labores de dirección o vigilancia.*

La Delegada, entonces, carece de razón cuando otorga mayor amplitud a este último, porque lo que surge claro es que entre estos bienes jurídicos, y desde luego entre los injustos a través de los cuales se protegen, existe una relación de género a especie, porque si bien los atentados contra la disciplina pueden predicarse de todos los miembros de la fuerzas militares, las faltas contra el servicio sólo son atribuibles al militar en

servicio activo a quien a través de trámites formales previamente establecidos se le haya asignado una función, tarea o cargo específico como los atrás señalados, que luego incumple. (...)

A partir de los anteriores conceptos y desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, razón le asiste a la demandante cuando como planteamiento general concluye que se está frente a un delito de Desobediencia cuando el bien jurídico afectado es la disciplina, y a uno de Abandono del puesto cuando el bien afectado es el servicio, porque ciertamente en este último evento más allá del genérico quebranto de la disciplina se conculca específicamente el servicio.

Pero se equivoca la actora cuando critica la adecuación típica dada al comportamiento del soldado MANRIQUE DUQUE en el fallo impugnado, con el argumento de que no podía haber incurrido en un delito de Abandono del puesto porque si una vez terminado un turno, por razones personales, se alejó de la guarnición y no se presentó a la ronda siguiente, ello implica que no se encontraba de "Servicio o de Facción" como lo exige la norma, o según precisa la censora, si no se encontraba de "puesto", por sustracción de materia "no lo abandonó", porque causaría afrenta al principio de legalidad de los delitos y las penas si se consideraran como continuidad del servicio los intervalos de alistamiento que separan los turnos de seguridad.

Con esta percepción de los hechos, pierde de vista la impugnante que el procesado había sido

designado previamente y con las formalidades de ley para un turno de veinticuatro (24) horas, que implicaba como lo anota con acierto la Delegada "disponibilidad permanente y continua", por lo que el abandono de la función como tal, que no del puesto entendido en la estrecha acepción de espacio o lugar donde aquélla se cumple, estructuraba el tipo penal previsto en el artículo 111 de Código Penal Militar vigente para la fecha de los hechos, esto es, la conducta punible consagrada hoy en el artículo 124..."²⁸.

Así mismo, este Colegiado en pretérita oportunidad sobre ese mismo aspecto precisó:

"El término "Facción" ha sido entendido como la función determinada dentro de los servicios de seguridad y vigilancia, así lo enseña el Reglamento de Servicio de Guarnición, promulgado bajo la disposición 010 de 1982. El texto implica que servicio es el marco general de la función encomendada y facción como el momento puntual y directo del ejercicio de esa función general, en otros términos, la facción es consustancial al servicio, es decir, cuando se está de facción implica estar de servicio, pero, estar de servicio no implica estar de facción, (...).

(...)

Adicional a lo anterior los ingredientes del tipo penal de abandono del puesto previsto en el artículo 124 "facción o servicio" han de

²⁸ Radicado 12878, sentencia del 23 de mayo de 2001, MP. DR. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGU, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

entenderse como diferentes y alternativos, que el tipo penal se estructura objetivamente cuando el sujeto de ausenta estando de facción, pero también cuando se ausenta estando de servicio.”²⁹.

En este orden de ideas, se entiende por “servicio” el género, es el todo de la orden, y la expresión “facción” es una parte puntual del ejercicio directo de la actividad encomendada; de manera entonces, que el término “facción” es la función determinada dentro de los servicios de seguridad y vigilancia; en otros términos, la facción es consustancial al servicio, es decir, cuando se está de facción implica estar de servicio, pero, estar de servicio no supone estar de facción.

Así las cosas, cuando el militar o policial ha sido designado para un servicio de veinticuatro (24) horas, como ocurre en el caso bajo estudio, habrá períodos en que está de facción, por tanto de servicio, y períodos en que está solamente de servicio como cuando está disponible para recibir nuevamente de facción, cuando el reglamento o el superior con competencia lo autoriza para retirarse a descansar, dormir, comer, etc., en tanto que se trata de actividades que no interrumpen el servicio para el cual se nombró por un lapso de veinticuatro (24) horas.

Ahora bien, el abandono del puesto crea un peligro al bien jurídico protegido, porque la ausencia intempestiva e inconsulta del militar de un sitio fijo

²⁹ Radicado 156453 del 10 de abril de 2010, MP. TC. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS, Segunda Sala de Decisión, Tribunal Superior Militar y Policial.

que se le ha designado compromete la eficacia del servicio por cuanto se ve menguada la capacidad de reacción de los efectivos de la unidad, sobre los cuales recaen funciones de control y deberes de protección y seguridad en sectores determinados; ello, claro está, en tanto esa distancia material le impida prestar la función en las condiciones de seguridad, vigilancia y permanencia exigidas por el servicio³⁰.

Descendiendo lo dicho al caso concreto es evidente que la conducta indagada tuvo su realización, pues el SLR. DILVER LEÓN PEJENDINO abandonó el puesto estando de servicio con el único propósito de resolver asuntos personales. La prueba arrimada, debatida en las distintas etapas procesales, es conteste con que el abandono de las instalaciones de la Base Militar de Polvorines se produjo con la única finalidad de encontrarse con una mujer, sin que se demostrara justificación alguna que cobijara ese comportamiento.

Tal y como lo verificó en grado de certeza la juez primaria a través de la prueba testimonial y documental, el día de los hechos el procesado sabía que había sido designado bajo las formalidades de ley,

³⁰ "(...) en nuestro actual Estado Social de Derecho para que se predique el elemento de antijuridicidad de una conducta punible, no sólo debe comprobarse la contrariedad formal con la norma - antijuridicidad formal-, sino que la acción o la omisión debe haber vulnerado -lesión o peligro- de manera efectiva -real, verdadera- el bien jurídicamente tutelado - antijuridicidad material-, conforme se desprende no solo de las normas legales arriba trascritas sino de la ontología e interpretación sistemática de los artículos 2º, 86 y 228 de la Constitución Política Colombiana, ello dado que el principio político criminal de lesividad, dogmáticamente tomado por la antijuridicidad material, no es un mero referente para la construcción del delito sino un requisito para establecer la relación directa que debe existir entre la conducta y el bien jurídico que protege la disposición legal.". Radicado 158429 del 29 de julio de 2016, MP. CR. MARCO AURELIO BOLIVAR SUÁREZ, Tribunal Superior Militar y Policial.

según consta en la Orden del día No. 164 del Comando de la Compañía Furia del Batallón de Policía Militar No 13, para cumplir los días 13 y 14 de junio de 2013 turnos completos de veinticuatro (24) horas en la guardia, así mismo, que este nombramiento implicaba una disponibilidad permanente para el servicio por cuanto estaría de guardia o de facción hasta tanto fuera relevado en forma conjunta y no individual por sus comandantes, pues debía prestar durante estos días turnos de centinela en el puesto denominado "TORRE".

De acuerdo con el testimonio rendido por el ST. ELVIS JULIAN MUÑOZ ORTIZ el enjuiciado fue hallado el día 14 de junio de 2013 a eso de las 15:30 horas fuera de la Base Militar de Polvorines hablando con una menor de edad, cuando debía encontrarse cumpliendo su turno de centinela en el puesto No. 4 desde las 15:00 a las 18:00 horas.

Esta novedad fue corroborada igualmente con el testimonio del reservista ANDERSON GIRALDO AGUDELO cuando afirmó bajo la gravedad del juramento:

"(...) yo estaba en el puesto de centinela No. 7 cuando mi TE. MUÑOZ ORTIZ Elvis (sic), se encontraba pasando revista, entonces el paso primero por el puesto de centinela 4 y vio que el centinela no estaba, entonces paso donde yo estaba mi teniente me preguntó a mí que si yo había visto el centinela de puesto 4, yo le conteste que yo no lo había visto porque yo no me había movido de mi puesto, el inmediatamente se fue a buscar al centinela es decir al soldado LEÓN PEJENDINO

DILVER, quien estaba nombrado, ya ahí mi teniente nos dijo que lo había encontrado fuera del puesto de centinela y que le iba a hacer un informe, lo encontró hablando con una mujer.”³¹.

También fue reconocida por el propio enjuiciado cuando en su injurada se le indagó sobre este punto:

PREGUNTADO: *“El oficial en mención dice que para el día de los hechos él lo encontró fuera de la base hablando con una mujer y con todo su armamento, que tiene que manifestar al respecto”.*

CONTESTO: *“Yo ese día salí a comprar un pan y de regreso me encontré con la muchacha que me saludo y me puse a charlar con ella ya que no estaba de turno, pero el teniente paso y no me dijo nada, y yo sigo detrás de él común y corriente.”³².*

De contera, lo declarado por el procesado reafirma que al momento de ser sorprendido por su superior se encontraba fuera de las instalaciones de la base militar, así mismo que estaba realizando actividades ajenas al servicio. Muy a pesar que su coartada sea que no estaba de turno, lo cierto es que la prueba documental desdibuja dicha justificación, más aún porque sus compañeros de filas ratificaron que la orden semanal fue leída por el Teniente MUÑOZ cuando formó a todos los centinelas que debían prestar los turnos para esos días³³ y ese procedimiento se

³¹ Folio 86 C.O.1.

³² Ver folio 99 del C.O. 1.

³³ En este sentido véase declaración del SLR. GIRALDO AGUDELO ANDERSON, visible a folio 85 C.O.1.

realizaba siempre tanto en la mañana como en la noche para enterar al personal de los servicios³⁴.

En ese orden de ideas, el actuar del procesado en los hechos materia de investigación constituye un comportamiento reprochable, en la medida que abandonó, desamparó y descuidó injustificada e inconsultamente la tarea encomendada; función ésta que consistía en cumplir con un servicio de seguridad y vigilancia el día 14 de junio de 2013 a las 15:00 horas en el puesto "Torre" como centinela, el cual tenía como finalidad primordial custodiar la vida e integridad física de la tropa, así como la preservación del material de guerra e intendencia que poseía el Batallón de Policía Militar No. 3, máxime que tal unidad militar se encontraba en desarrollo de la misión táctica "JERANIO No. 070" dispuesta por la orden de operaciones "República de la Tercera Brigada"³⁵.

El procesado contaba con la capacidad de comprender la ilicitud del acto y de determinarse de acuerdo con esa comprensión, pues no se evidenció en el proceso hecho alguno que permitiera sugerir la existencia de una circunstancia especial en su salud, además de haber quedado establecido por los diversos testimonios que a su contingente militar se le había brindado capacitación en normatividad penal militar y concretamente sobre el delito de abandono del puesto.

³⁴ Así lo confirmó el reservista CARDONA FERNÁNDEZ ALEXIS cuando en diligencia de declaración se le preguntó la forma como se notificaban los puestos de centinela y los horarios al personal de soldado que prestaban servicios en la base de polvorines, vista a folios 146 C.O.1.

³⁵ Véase folio 3 C.O.1.

Finalmente, es importante dilucidar que el debate propuesto por la togada contra la fotografía allegada por el oficial MUÑOZ ORTIZ -anexa al informe de novedad-, no tiene posibilidad alguna de prosperar en la medida que dicha imagen no constituyó soporte probatorio para fundamentar la decisión apelada, dado que en ningún aparte de la sentencia se observa que haya sido objeto de valoración por el *A quo*, y ello obedece a que en el paginario se contó con otros medios de convicción que permitieron demostrar certeramente la comisión del punible, por tal motivo la Sala considera que no hubo vulneración del debido proceso o al derecho de defensa como lo sugiere la impugnante, esencialmente porque las pruebas sobre las cuales se soporta el fallo de condena tuvieron la debida oportunidad de ser controvertidas en las distintas etapas probatorias sin que se hiciera objeción alguna en su contra.

Así las cosas, para esta Sala es evidente que conforme a la prueba recaudada en el plenario se estructuró el injusto penal de abandono del puesto en cabeza del encausado, en tanto su comportamiento no sólo resultó ser típico objetivamente, sino que actuó con conciencia y voluntad vulnerando el bien jurídico del Servicio sin justificación atendible, tal como lo afirmó la falladora de primer grado y el representante del Ministerio Público ante esta Instancia.

Consonante con lo expuesto, este Colegiado deberá despachar de manera desfavorable las pretensiones de la apelante, en consecuencia, se confirmará la

sentencia condenatoria mediante la cual se declaró responsable del delito militar de abandono del puesto al SLR. DILVER ORLANDO LEÓN PEJENDINO.

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

IX. RESUELVE:

PRIMERO: DESATENDER los argumentos de la apelación y, en consecuencia, **CONFIRMAR** íntegramente la sentencia adiada 30 de mayo de 2018, mediante la cual el Juzgado Tercero de Brigada del Ejército Nacional condenó al **SLR. DILVER ORLANDO LEÓN PEJENDINO** a la pena principal de doce (12) meses de prisión por el delito de abandono del puesto, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional por expresa prohibición del artículo 63 de la Ley 1407 de 2010, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: PROCEDE contra la presente providencia el recurso de casación de manera discrecional, que podrá interponerse dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de esta decisión, conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000³⁶.

³⁶ Sentencia AP6540-2016 radicado 48713 del 28 de septiembre de 2016 MP. DR. LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia. Cfr. Radicados: 27965 (05-12-07), 25471(22-05-08), 28937 (11-11-09), 30592 (05-10-11) y 48713 (28-09-16) *Ídem*.

TERCERO: EJECUTORIADA esta decisión, devuélvase el proceso al juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE. -

Coronel MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ

Magistrado Ponente

Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ

Magistrado

Capitán de Navío (RA) JULIÁN ORDÚZ PERALTA

Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria