

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala: Primera de Decisión
Magistrado ponente: CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Radicación: 159099-XV-455- EJC.
Procedencia: Juzgado 7° Penal Militar de Brigada
Procesado: SLR. GENNER ANDRÉS LOZANO
Delito: Deserción
Motivo: Apelación sentencia condenatoria
Decisión: Confirma decisión

Bogotá D.C., nueve (09) de julio de dos mil diecinueve (2019). -

I. ASUNTO POR RESOLVER

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el DR. JOSE GENDRY MOSOS DEVIA, en su calidad de defensor del enjuiciado, contra la sentencia de calenda 15 de marzo de 2019¹ por medio de la cual el Juzgado 7° de Brigada del Ejército Nacional condenó al SLR. GENNER ANDRÉS LOZANO a la pena principal de ciento veinte (120) días de prisión, como autor responsable del delito de deserción, sin concederle el subrogado de la condena de ejecución condicional por expresa prohibición legal.

¹ Ver folio 225 y ss. C.O. 2.

II. HECHOS

Se desprende del material de prueba aportado al expediente, que el día 13 de junio de 2017 a eso de las 08:00 horas cuando el CP. GERSON PINCHAO LASSO realizaba la formación para la iniciación del servicio, constató que el SLR. GENNER ANDRÉS LOZANO no hizo presentación ante sus superiores. Posteriormente se ordenó su búsqueda por las instalaciones del Batallón de Infantería No. 17 "General Jose Domingo Caicedo" del Ejército Nacional con sede en Chaparral (Tolima), confirmándose que se había evadido de la unidad militar sin autorización.

Finalmente, el día 24 junio de 2017, el Comandante del referido Batallón puso en conocimiento de la autoridad judicial competente la ausencia por más de cinco (5) días en las filas del soldado LOZANO².

III. ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

3.1 Con fundamento en el informe del 13 de junio de 2017 suscrito por el CP. GERSON PINCHAO LASSO - Comandante de la Compañía Espada 2³-, el Juzgado 81 de Instrucción Penal Militar inició formal investigación en contra del SLR. GENNER ANDRÉS LOZANO por la comisión del presunto delito de deserción⁴; luego del acopio de material probatorio procedió mediante auto del 22 de febrero de 2018⁵ a comisionar al Juzgado Promiscuo Municipal de Coyaima (Tolima) para que por

² Obra a folio 1 y ss., informe de novedad.

³ Ver folio 3 C.O. 1.

⁴ Obra a folio 21 C.O.1 auto del 28 de julio de 2017.

⁵ Obra a folio 147 C.O. 1.

su intermedio se escuchara en diligencia de indagatoria al procesado.

Luego de realizar ingentes esfuerzos por lograr la comparecencia del militar para surtir la diligencia encomendada, el juzgado comisionado finalmente escuchó el 19 de febrero de 2019⁶ en indagatoria al joven GENNER ANDRÉS LOZANO, quien con asesoramiento de su defensor decidió aceptar de manera libre y voluntaria los cargos que se le imputaron por el delito de deserción, de acuerdo con el procedimiento contemplado en el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015.

3.2 El 05 de marzo de 2019⁷, se remitió el proceso al Juzgado 7° Penal Militar de Brigada, quien mediante proveído del 15 siguiente⁸ dispuso emitir condena en contra del SLR. (R) GENNER ANDRÉS como autor del delito militar de deserción.

3.3 La decisión de primer grado fue recurrida por el defensor a través del recurso de apelación, el cual ahora ocupa la atención de este Juez Plural.

IV. PROVIDENCIA OBJETO DE APELACIÓN

El Juzgado 7° Penal Militar de Brigada luego de analizar el acta mediante la cual de manera libre, voluntaria y espontánea el SLR. LOZANO aceptó los cargos que se le imputaron por el delito de deserción, procedió a admitir su responsabilidad y reconocerle a

⁶ Ver folio 220 y ss., C.O. 2.

⁷ Ver folio 222 *ídem*.

⁸ Ver folio 225 y ss., *ídem*.

través de la sentencia los beneficios punitivos que legalmente le correspondían.

En tal sentido emitió proveído en el cual, además de declarar la responsabilidad penal del encartado, negó la petición que hiciera en diligencia de indagatoria el abogado defensor respecto del decreto en su favor de la prescripción de la acción penal, por razón que no podía darse aplicación al término investigativo de un (1) año contemplado por la Ley 1407 de 2010, dado que por principio de legalidad procedían dos (2) años de conformidad con la Ley 522 de 1999.

El pronunciamiento que emitió el *A quo* en este sentido consistió en que de acuerdo con la línea jurisprudencial imperante, no resultaba posible la aplicación del principio de favorabilidad en esta temática hasta tanto se lograra implementar el sistema penal acusatorio⁹, asimismo explicó que de acuerdo con *"(...) el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, el acta de aceptación de cargos equivale a la resolución de acusación al momento de ésta (19 de febrero de 2019) no habían transcurrido dos años contados a partir del momento de la consumación del delito, no se cumplió entonces el término prescriptivo de la acción que establece el artículo 83 de la Ley 522 de 1999, razón por la cual no hay lugar a decretar la prescripción de la acción penal en el presente caso"¹⁰.*

Por consiguiente, concretó la juez primaria que la tipicidad de la conducta estaría demostrada con el

⁹ Citó en este sentido sentencia T-091/06, CSJ. Rad. 24138 del 20 de octubre de 2005, Rad. 24128 del 25 de septiembre de 2005.

¹⁰ Cfr. Folio 229 C.O.2.

acervo probatorio recaudado, pues de una parte se había logrado establecer que el SLR. GENNER ANDRÉS LOZANO fue incorporado legalmente al Ejército Nacional con orden del día No. 208 del 27 de octubre de 2016 y para el 19 de junio de 2017 era orgánico del Batallón de Infantería No. 17, además, que se había ausentado del sitio donde se encontraba prestando el servicio militar obligatorio por más de cinco (5) días.

En lo que hace referencia a la antijuridicidad de la conducta, expuso que el Servicio fue el bien jurídico afectado formal y materialmente, toda vez que el sentenciado atentó contra el deber de permanencia, sin que se advirtiera causal valedera que lo eximiera de responsabilidad penal, máxime porque *"el SLR. LOZANO GENNER ANDRÉS se declaró culpable del delito de deserción durante su injurada y en tal sentido suscribió acta de aceptación de cargos el 19 de febrero de 2019"*¹¹.

Finalmente, frente a la culpabilidad, tuvo en cuenta que el SLR. LOZANO GENNER recibió instrucción y capacitación en Justicia Penal Militar, por lo cual encontró dable que pudiera comprender la ilicitud de su comportamiento y de las consecuencias jurídicas que ello conllevaría, a pesar de lo cual, se desprendió del paginario, prefirió contrariar el mandato legal.

La falladora expuso que le era exigible un comportamiento diferente dada su condición y formación como soldado regular, pues tenía la capacidad y

¹¹ Cfr. Folio 230 C.O.2.

libertad suficiente para determinar el alcance jurídico de su comportamiento.

En este orden de ideas, señaló que de acuerdo con lo establecido en el artículo 97 de la Ley 1765 de 2015, la pena a imponer de ocho (8) meses de prisión, que le correspondería purgar al procesado como autor del delito de deserción, sería rebajada a la mitad, es decir, que en definitiva le impondría cuatro (4) meses de prisión.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

En desacuerdo con la anterior decisión, el defensor interpuso recurso de apelación a través del cual reclamó que no se hubiera reconocido en la presente causa penal, por principio de favorabilidad, el término prescriptivo de la acción de un (1) año establecido por la Ley 1407 de 2010 para el delito de deserción.

Explicó la representación judicial del encartado, que el delito fue cometido bajo la vigencia de la Ley 1407 de 2010, no obstante, el operador jurídico optó por desconocer la teoría reiterada por la Corte Constitucional en sentencias C-592/05 y C-371/11, según la cual el juez al momento de resolver el caso debe dar aplicabilidad siempre a la previsión legal que le sea más favorable al procesado, sin hacer distinciones si se trata de normas sustantivas o normas procesales.

Trajo a colación una decisión reciente¹² de la Corte Suprema de Justicia, en la que se ratificó que el principio de favorabilidad ha sido concebido como un elemento fundamental del debido proceso de reconocimiento imperativo, a partir del cual el togado, en forma confusa, agregó, que para su aplicación sólo se requería: *"que las dos normas susceptibles de ser aplicables, se encuentren plenamente vigentes y en punto a elegir una u otra en favor del procesado, caso en el cual sí será posible aplicar de manera retroactiva o posterior al hecho imputado, una determinada disposición, dado que la aplicación de este principio es de carácter excepcional y perentorio; además su aplicación no significa una variación de la vigencia de la ley (...)"*¹³.

Aseveró que en la sentencia condenatoria se expuso de manera acertada que para poder aplicar por favorabilidad un precepto normativo cuando hay coexistencia de legislaciones se debían cumplir tres requisitos, a saber; *"1.- Que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones. 2.-Que respecto de aquellas se prediquen similares presupuestos fáctico-procesales. 3.- Que con la aplicación favorable de e (sic) alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se da cabida al instituto favorable"*¹⁴, luego de lo cual la funcionaria judicial afirmó: *"Es respecto del segundo de los requisitos que no se puede afirmar la identidad de los presupuestos fácticos procesales, con base en la interrupción de la prescripción*

¹² Cita Radicado 49734 del 24 de julio de 2017.

¹³ Cfr. Folio 241 C.O.2.

¹⁴ Cfr. Folio 242 C.O.2.

*que como ya se dijo su causa en ambos procedimientos es diferente*¹⁵.

A partir de ello el defensor disintió de la decisión de negar la petición de prescripción, por cuanto, según él, al realizar una confrontación de la norma contenida en el artículo 83 de la Ley 522 de 1999 con lo señalado en el artículo 76 de la 1407 de 2010 es evidente que *"las tres (3) situaciones planteadas por la sentencia se presentan con suficiente claridad, por lo tanto el Principio de "Favorabilidad" (sic) debe aplicarse para declarar que la "Acción penal" (sic) se encontraba prescrita a favor de LOZANO GENNER ANDRES desde antes de proferir sentencia"*¹⁶.

Sin más consideraciones ni explicaciones sobre su tesis defensiva, y con fundamento en el proveído de la Corte Suprema de Justicia¹⁷ aseveró que los términos de prescripción de la acción penal no son una institución de la esencia del sistema penal acusatorio, por lo tanto el nuevo período previsto por la Ley 1407 de 2010 podía aplicarse favorablemente a su defendido sin mayores elucubraciones.

VI. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La DRA. MARISOL GUTIERREZ HERNÁNDEZ, Procuradora 4^a Judicial II Penal Apoyo a Víctimas, en su concepto de rigor sintetizó la situación fáctica acaecida y los principales argumentos exhibidos en el recurso de

¹⁵ *Ídem.*

¹⁶ Ver folio 244 del C.O. 2.

¹⁷ Citó Auto del 25 de febrero de 2015 dentro del radicado 42960.

alzada por el defensor, para seguidamente advertir que no le asistía razón frente al decreto de la prescripción de la acción penal en favor del procesado.

La representación de la Procuraduría General de la Nación expresó que si bien *"la favorabilidad resultaría obligatoria, con sujeción al principio de legalidad, la misma no podía alegarse para pretender que se reconozca el término prescriptivo de un (1) año"* (fl.250) en la presente causa porque como bien lo argumentó la juez de instancia, la Ley 522 de 1999 y la 1407 de 2010 comportan una naturaleza jurídica distinta y no comparten institutos jurídicos similares en su aspecto procedimental, pues la primera se soporta sobre un sistema inquisitivo en tanto que la segunda tiene características propias de un sistema acusatorio, cuyas etapas preclusivas y diferenciadas no se pueden equiparar.

Añadió que la pretensión del impugnante debía ser desestimada en la segunda instancia, por dos razones fundamentales: *i)* el proceso se adelantó bajo la ritualidad de la Ley 522 de 1999 por cuanto el sistema penal acusatorio aún no se ha implementado en la Jurisdicción Penal Militar, luego no tendría cabida un instituto jurídico de otra ley, so pena de crearse una llamada *"Lex Tertia"* y, *ii)* de cara al criterio jurisprudencial que rige actualmente, el principio de favorabilidad no puede aplicarse en favor del encartado en razón a que no coexisten similares presupuestos fácticos-procesales entre uno y otro ordenamiento.

Bajo los anteriores supuestos solicitó a la Corporación se imparta confirmación a la decisión proferida por la juez de instancia, pues de reconocerse el termino de prescripción de un (1) año para el delito de deserción se estaría violentando el principio de legalidad.

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 año¹⁸, como de los ocurridos con posterioridad a la misma, no empece encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010, Ley 1407 de este año, mismo que resulta aplicable al caso *sub judice* -dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación- en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial, mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Autos Mayo de 2011, radicado 36412; Junio 22 de 2011, radicado 36737, Noviembre 08 de 2011, radicado 37797; y Marzo 07 de 2012, radicado 38401.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 de la Ley 522 de 1999, en el sentido que el recurso en comento permite a esta instancia revisar únicamente los aspectos impugnados, ello claro está salvo que se trate de eventos de nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El planteamiento realizado por el abogado de la defensa, con miras a obtener la prescripción de la acción penal del delito aquí investigado, se sustentó en la aplicación por favorabilidad del artículo 76 de la Ley 1407 de 2010¹⁹, por ser la norma vigente para el momento en que se cometieron los hechos -19 de junio de 2017-, fecha en la cual se cumplieron los cinco (5) días desde el momento que el SLR. GENNER ANDRÉS LOZANO se ausentó de las instalaciones de la unidad donde prestaba su servicio militar obligatorio, sin permiso de sus superiores.

Según el apelante al procesado no se le podía aplicar el término contemplado en el artículo 83 de la Ley 522 de 1999, ya que éste establece para la prescripción de la acción penal del delito de deserción un término de dos (2) años, cuando en realidad le resultaría más favorable el término de un (1) año determinado por el nuevo Código Penal Militar de 2010, máxime cuando esta

¹⁹ "Artículo 76. Término de prescripción de la acción penal. La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo fijado en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20). Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes...Para el delito de deserción, la acción penal prescribirá en un (1) año."

es la norma llamada a gobernar las conductas cometidas después del 17 de agosto de 2010; en otras palabras, para el impugnante la acción penal para el caso en concreto estaría prescrita desde el pasado 19 de junio de 2018, por haber transcurrido más de un (1) año sin que se hubiera surtido ningún acto que interrumpiera tal fenómeno procesal.

Escindida así la petición defensiva, desde ya esta Judicatura advierte que los argumentos esgrimidos por el defensor sustentando la aplicación del artículo 76 de la Ley 1407 de 2010 en punto de la prescripción de la acción penal para el delito de deserción no están llamados a prosperar.

Para arribar a dicha conclusión deviene necesario abordar dos temáticas sustanciales: *i)* establecer cuál es el término de prescripción de la acción penal que gobierna el delito de deserción en la jurisdicción castrense y, *ii)* si en el presente caso hay lugar al decreto de la extinción de la acción penal por vía prescriptiva.

8.1. Del término de prescripción de la acción penal para el delito de deserción.

Es bien sabido que la Ley 1407 de 2010 se encuentra vigente desde el 17 de agosto de esa calenda, y que en principio es aplicable a todos los hechos ocurridos con posterioridad de la fecha citada; sin embargo, por encontrarse bajo la condición de exequibilidad expresada mediante sentencia C-444 de

2011²⁰ y sujeta a un régimen de implementación que la misma prevé en su artículo 628, no es posible por ahora dar plena eficacia o aplicabilidad a todo el conjunto normativo que en ella se encuentra contenido.

Así entonces, es cierto que de conformidad con el artículo 109.2 de la Ley 1407 de 2010, vigente para la época de los hechos, el delito de deserción tiene prevista una pena de entre ocho (8) meses y dos (2) años de prisión, como también lo es, que el término prescriptivo de la acción penal es de dos (2) años, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 83 de la Ley 522 de 1999²¹, vigente y aplicable en lo que hace referencia al sistema procesal que regula el asunto, tiempo que según el canon 86 *ibídem* se interrumpe así:

"La prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación.

²⁰ "la Sala estima necesario declarar la inexecutable desde el momento en que la norma fue promulgada, es decir que el fallo tendrá efectos desde el 17 de agosto de 2010 fecha de su publicación en el Diario Oficial, a partir de la cual **se entenderá vigente la norma para todos los efectos**, sin perjuicio de la aplicación de lo prescrito en aparte final del artículo 628 -no demandado-, según el cual los procesos en curso -al entrar en vigencia la ley- continúan su trámite por la Ley 522 de 1999 y las normas que la modifiquen, aspecto que no demanda realizar ningún tipo de integración normativa para efectos de la presente decisión."

²¹ "TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. La acción penal **prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad**, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20). Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.

En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco (5) años. **Para el delito de deserción, la acción penal prescribirá en dos (2) años.**"

En el procedimiento especial con la ejecutoria formal del auto que declara la iniciación del juicio.

Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 de este código."

De lo anterior se extrae que en tratándose del delito de deserción pueden establecerse dos premisas normativas reguladoras a saber: *i)* que la acción penal prescribe en dos (2) años y *ii)* que la prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación.

Han sido prolíferas las distintas decisiones emitidas por esta Corporación, a través de las cuales se han ratificado las anteriores conclusiones con el fin de zanjar las discusiones suscitadas en torno al tema de imposibilidad de aplicar la reducción del término de la prescripción que se introdujo con la Ley 1407 de 2010²², dentro de las que cabe recordar la siguiente:

"(...) reiterados pronunciamientos de esta Corporación en sus diferentes Salas de Decisión han abordado el tema frente al término prescriptivo de la acción penal en el delito de Deserción, concluyendo unánimemente que pese a la entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2010, el lapso prescriptivo aplicable al referido reato no

²² Entre otras véase, TSM, radicado 159098, MP. CR. MARCO AURELIO BOLIVAR, 31 de mayo de 2019. Radicado 158946, MP. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA, 12 de diciembre de 2018. Radicado 158236 MP. CR. MARCO AURELIO BOLIVAR, 28 de agosto de 2015. Radicado 158237 MP. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, 14 de agosto de 2015.

*corresponde al de un año, establecido en el artículo 76 de la citada codificación, sino al de dos años referido en el artículo 83 de la Ley 522 de 1999, hasta tanto no halle aplicación el sistema penal oral de tendencia acusatoria*²³.

El tema no ha sido ajeno a la jurisprudencia nacional, la que ha abordado suficientemente la cuestión estableciendo que resulta inaplicable, bajo los cauces procesales de la Ley 522 de 1999, el lapso prescriptivo de un año que para el delito de deserción fue establecido por el artículo 76 de la Ley 1407 de 2010, básicamente por las siguientes razones:

"(...) la aplicación del artículo 76 y siguientes de la Ley 1407 de 2010, norma que ciertamente es más favorable en la medida en que establece un lapso prescriptivo para el delito de deserción de un año mientras que la Ley 522 lo determinaba en dos, resulta posible a condición, se reitera, de que no contenga una regulación típica o de la esencia del sistema oral acusatorio que se pretende implementar también en la Justicia Penal Militar.

4. Ciertamente ambos ordenamientos regulan lo relativo a la extinción de la acción penal por prescripción, pero no menos cierto es que lo hacen de forma diferente y atendidas obviamente las incidencias procesales de cada sistema de modo que el lapso prescriptivo de un año para la deserción sí resulta de la esencia del sistema acusatorio y a la vez incompatible con los términos procesales

²³ Radicado 158237 del 14 de agosto de 2015, MP. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Tribunal Superior Militar.

en que se desarrolla el proceso previsto en la Ley 522."²⁴.

Adiciónese a lo anterior, que el nuevo Código Penal Militar introdujo un esquema procesal de claro tinte acusatorio a la jurisdicción penal militar, el que hasta la fecha no ha sido posible implementar debido a la inexistencia de decretos regulando la ley²⁵ que desarrolló instituciones jurídicas de gran importancia para el funcionamiento de este nuevo sistema, como lo son la Fiscalía General Penal Militar y el Cuerpo Técnico de Investigación, situación por la que ha sido necesario, como se advierte en el *sub examine*, continuar aplicando el sistema procesal y los ritos contemplados por la Ley 522 de 1999.

De esta manera, aun cuando en principio se podría aceptar que el Libro I de la Ley 1407 de 2010 tendría plena aplicación sobre las conductas acaecidas después del 17 de agosto de 2010, en tanto constituye la parte sustantiva de la codificación, no sería absoluta la proposición anterior, como quiera que la interrupción de la prescripción de la acción penal en este sistema únicamente procede con la formulación de la imputación, habida cuenta que su artículo 79²⁶ así claramente lo expresa, cuestión que no podría equipararse con una causa que este siendo adelantada bajo el procedimiento de la Ley 522 de 1999 so

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 45632, sentencia del 15 de julio de 2015, Magistrado Ponente LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

²⁵ Nos referimos a la Ley 1765 de 2015.

²⁶ Ley 1407 de 2010, artículo 79 "Interrupción del término prescriptivo de la acción penal. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación."

pretexto de dar cabida al principio de favorabilidad, como lo pretende el impugnante en esta ocasión.

Bajo este enfoque, tenemos que el artículo 79 del Código Penal Militar de 2010 si bien está ubicado en la parte sustantiva del mismo es de carácter procedimental, en tanto fija mediante qué acto procesal se interrumpe el fenómeno de la prescripción de la acción penal y qué sucede al darse ello, razón por la cual actualmente no es factible aplicarlo y no tiene cabida en el sistema imperante, por cuanto, se reitera, no ha sido implementado.

Así entonces, resulta claro que mientras no se implemente el sistema procesal regulado por la Ley 1407 de 2010, debe aplicarse el término de dos (2) años previsto en el artículo 83 de la Ley 522 de 1999, y en materia de interrupción lo contenido en el artículo 86 *ibídem*, con la advertencia que el inciso segundo del artículo referido²⁷ no resulta aplicable en tanto regulaba el procedimiento especial contemplado en los artículos 578 Y 579 *ídem* que fueron declarados inexecutable por la sentencia C-178/02²⁸, en el que se obviaba la etapa de calificación y por ello la interrupción del término prescriptivo de la acción penal se hacía con la ejecutoria del auto de iniciación a juicio.

²⁷ Ley 522 de 1999, Artículo 86: "Interrupción del término prescriptivo de la acción penal. (...) En el procedimiento especial con la ejecutoria formal del auto que declara la iniciación del juicio.

²⁸ Sentencia C-178 del 12 de marzo de 2002 MP. DR. MARCO GERARDO MONROY CABRA Corte Constitucional.

8.2 La extinción de la acción penal por vía de la prescripción en el caso concreto.

La deserción ha sido catalogada como una conducta punible de ejecución permanente, por tanto es a partir del último acto o momento en que cesa el deber de actuar, que se debe iniciar a contabilizar el término de prescripción de la acción penal, el cual concurre casi siempre con alguno de los siguientes eventos: *i)* por regla general cuando se realizan actos positivos demostrando la cesación de la ilicitud; *ii)* con la captura o el desacuartelamiento del contumaz²⁹, cuando se produzca antes del cierre de investigación, y, *iii)* con la ejecutoria del auto mediante el cual se cierra la investigación, cuando no se hayan dado ninguno de los anteriores presupuestos³⁰.

Así entonces, en el caso bajo estudio se puede verificar que ninguno de los eventos tuvo ocasión, pues el uniformado LOZANO no hizo presentación a sus superiores luego de que se evadió de la unidad militar³¹, esto es el 19 de junio de 2017, tampoco se dio su detención física porque el Estado no asumió el control de las actividades del procesado luego de cometida la conducta, de hecho la estrategia investigativa estuvo orientada a insistir ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Coyaima (Tolima), desde

²⁹ Ver Sentencias T-628 de 2013 MP. DR. LUIS GUILLERMO GUERRERO y T-626 de 2013 MP. DR. ALBERTO ROJAS RIOS Corte Constitucional.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 20 de junio de 2005, radicado 19915, Magistrado Ponente ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

³¹ De acuerdo con el informe No 6220-MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMOP-DIV05-BR6-BICAI-EJE-S1-1.9 del 27 de octubre de 2017, el SLR. LOZANO GENNER ANDRÉS luego de ausentarse de la unidad no volvió a realizar presentación ante sus superiores. (obra a folio 78 C.O.1).

el 13 de septiembre de 2017³² y hasta el 19 de febrero de 2019³³, para escucharlo en diligencia de indagatoria, sin que fuera librada orden de captura en su contra.

Por otro lado, tampoco obra en el paginario que se hubiere proferido acto administrativo de desacuartelamiento, que hiciera presumir a esta instancia judicial la extinción de la obligación jurídica de presencia y permanencia del procesado a las filas del Ejército Nacional a partir de la fecha de su promulgación, pues únicamente fueron aportadas las copias de las planillas de pago de nómina para los meses de junio y julio de 2017, en las cuales se reportó al SLR. GENNER ANDRÉS LOZANO como desertor³⁴.

Como vemos, la conducta desertora se mantuvo en el tiempo hasta el 19 de febrero de 2019, fecha en la cual, durante la diligencia de indagatoria, el procesado de manera libre, espontánea y voluntaria aceptó los cargos que le fueron imputados y con ello el funcionario instructor levantó la correspondiente acta que equivale a la resolución de acusación en el sistema procesal vigente³⁵, siendo a partir de allí

³² Obra a folios 39 y s.s. C.O.1 despachos comisorios No 057/2017, 033/2018 librados a la autoridad judicial referida con el fin de escuchar en diligencia de indagatoria al investigado.

³³ Obra a folios 220-221 C.O.2 diligencia de indagatoria rendida el 19 de febrero de 2019 por el soldado GENNER ANDRÉS LOZANO.

³⁴ Obra a folios 80-85 C.O.1

³⁵ **LEY 1765 DE 2015, ARTÍCULO 97. ACEPTACIÓN DE CARGOS.** "Cuando durante la investigación el procesado sea escuchado en indagatoria, y dentro de esta diligencia aceptare los cargos que le impute el juez de instrucción, tendrá derecho a una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible. Para tal efecto, **el juez de instrucción procederá a levantar acta que suscribirá con el sindicado y su defensor, en la que consten los cargos aceptados por el procesado, la cual equivaldrá a la resolución de acusación y, remitirá de**

que se debe iniciar el nuevo conteo del término de un (1) año que a la fecha no ha fenecido, razón por la cual no resultaría factible decretar la prescripción de la acción penal solicitada en el recurso de apelación por el abogado de la defensa.

Al no existir, en consecuencia, posibilidad alguna de acoger los argumentos enarbolados por la defensa técnica del SLR. GENNER ANDRÉS LOZANO, respecto que la oportunidad del Estado para ejercer válidamente su potestad punitiva se encontrare fenecida a la fecha del presente proveído, fuerza concluir que en el *sub examine* se impartirá confirmación a la sentencia de primer grado.

Sin más consideraciones, la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de ley,

IX. RESUELVE:

PRIMERO: DESATENDER los argumentos de la apelación y, en consecuencia, **CONFIRMAR** íntegramente la sentencia calendada 15 de marzo de 2019, mediante la cual el Juzgado 7° Penal Militar de Brigada del Ejército Nacional condenó al SLR. (R) GENNER ANDRÉS LOZANO por el delito de deserción a la pena principal de ciento

forma inmediata todo lo actuado al juez de conocimiento quien verificará si se imputaron adecuadamente los cargos, si su aceptación fue libre, voluntaria, espontánea y procederá a aceptarla, sin que a partir de allí sea posible retractación alguna; seguidamente dictará sentencia. En este evento no será necesario resolver la situación jurídica”.

veinte (120) días de prisión, 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 del presente proveído.

SEGUNDO: PROCEDE contra la presente providencia el recurso de casación 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.

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

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), 48713 (28-09-16) *Ídem*.

Capitán de Navío (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA

Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL

Secretaria