

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala : Tercera de Decisión
Magistrado Ponente : CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Radicación : 158769-084-I-095-PONAL
Procedencia : Juzgado de Primera Instancia
DESAN
Procesado : PT (R). LUIS MIGUEL TOVIO GIL
Delito : Abandono del servicio
Motivo de alzada : Apelación sentencia condenatoria
Decisión : Confirma decisión.

Bogotá, D.C., junio nueve (09) de dos mil veintiuno (2021).

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede la Tercera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a adoptar la decisión que en Derecho corresponde en relación con el recurso de apelación impetrado por la abogada DIANA ROCIO MORALES MEDINA, defensora del PT (R) LUIS MIGUEL TOVIO, en contra de la sentencia del 09 de agosto de 2017 por medio de la cual el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Santander condenó al aludido uniformado a la pena

principal de doce (12) meses de prisión como autor responsable del delito de abandono del servicio, negando coetáneamente la concesión del subrogado penal de la condena de ejecución condicional por virtud de expresa prohibición legal.

II. HECHOS

Se desprende de los informes Nos. S-2014-0832/DECAS-ESORO-29.25 del 24 de abril de 2014¹ y S-2014-0832/DECAS-ESORO-29.25 del 08 de mayo de 2014², signados por el ST. JHON ANDRES PORRAS MORENO, Comandante de la Estación de Policía Orocué que el entonces Patrullero LUIS MIGUEL TOVIO GIL no se presentó a la unidad policial en cita luego de haber disfrutado 25 días de vacaciones autorizadas por el comando del departamento, presentación que le incumbía hacer el día 21 de abril de 2014 a las 07:00 horas, desconociendo, dijo el denunciante, los motivos o circunstancias que tuvo el prenombrado para no asistir a sus labores, siendo imposible comunicarse con el mismo pese a las múltiples llamadas efectuadas al mismo.

En el segundo de los informes, afirmó el denunciante que el 07 de mayo de 2014 a eso de las 10:00 horas, se presentó el mencionado policial luego de estar retardado y que el día 08 de ese mismo mes y año, al hacerle un llamado de atención, de manera agresiva,

¹ Folio 5 C.O. 1

² Folio 3 C.O. 1

grosera y altanera lo desafió y le manoteó, con intenciones de agredirlo, ello en presencia de algunos policiales.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por razón del marco fáctico antes bosquejado, el Juzgado 152 de Instrucción Penal Militar vía auto del 13 de junio de 2014³ dispuso la apertura de indagación preliminar en contra del PT. TOVIO GIL LUIS MIGUEL por los presunto punibles de abandono del puesto e insubordinación, escuchándolo en versión libre y espontánea el 15 de diciembre de 2014⁴. Una vez recopilado material de prueba, con auto del 30 de septiembre de 2015 ordenó la apertura formal de la investigación penal en contra del versionado por los mismos punibles y con auto del 20 de noviembre de ese año⁵ dispuso, dados los hechos denunciados, vincular al procesado, además, por el delito de abandono del servicio.

Escuchado el sindicado en diligencia de indagatoria el día 15 de diciembre de 2015⁶, le fue resuelta provisionalmente situación jurídica con proveído del 21 de enero de 2016⁷, absteniéndose el titular del despacho instructor de imponerle medida de aseguramiento alguna por los delitos de abandono del servicio e insubordinación al estimar que no

³ Folios 6 y 7, *Ibidem*

⁴ Folios 94 al 96 C.O. 1

⁵ Folio 178 C.O. 1

⁶ Folios 190 al 193 C.O. 1

⁷ Folios 200 al 223 C.O. 2

resultaba necesaria. En ese mismo auto ordenó el juez instructor la cesación de procedimiento a favor del procesado por el delito de abandono del puesto.

Declarada instruida en lo posible la investigación⁸, esta fue remitida a la Fiscalía 162 Penal Militar adscrita al Departamento de Policía Boyacá, despacho que mediante auto del 29 de febrero de 2016 clausuró el ciclo instructivo⁹ y el 06 de mayo del citado año calificó el mérito del sumario profiriendo resolución de acusación¹⁰ en disfavor del PT(R) LUIS MIGUEL TOVIO GIL como autor del reato de abandono del servicio previsto en el artículo 107 de la Ley 1407 de 2010, norma sustancial vigente para la fecha de la comisión de la conducta punible objeto de investigación.

En ese mismo proveído cesó procedimiento a favor del procesado por el delito de insubordinación y dispuso el envío del expediente, una vez ejecutoriado el auto, al Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Boyacá.

En firme la pieza acusatoria¹¹, el 21 de junio de 2016¹², se remitió la actuación al referido juzgado de instancia, despacho que, tras efectuar el respectivo control de legalidad, decretó la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de

⁸ Folio 235 C.O. 2

⁹ Folio 238, *ibídem*.

¹⁰ Folios 252 a 273, *ibídem*.

¹¹ Folio 284, *ibídem*.

¹² Folio 190, *ibídem*.

acusación¹³, devolviendo el proceso a la Fiscalía 162 Penal Militar, esto para que, subsanada la pertinente irregularidad, calificara nuevamente el mérito del sumario el 26 de agosto de 2016¹⁴ mediante resolución de acusación en contra del procesado por el delito de abandono del servicio, proveído en el que por segunda ocasión cesó procedimiento el delito de insubordinación, ordenando el envío del expediente al juzgado de instancia en cuestión, remisión materializada con el oficio No. 133-MDN-DEJPMGDJ del 11 de octubre de 2016¹⁵.

Con resolución No. 000291 del 1º de junio de 2017¹⁶ la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar dispuso la redistribución de la carga laboral de múltiples despachos de la jurisdicción, circunstancia por virtud de la cual la presente causa penal correspondió al Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Santander sito en Bucaramanga (Santander del Sur).

Juzgado que, una vez realizado el respectivo control de legalidad, fijó fecha y hora para la celebración de la vista pública¹⁷, la que se realizó el 27 de agosto de 2017, anunciándose, luego de la intervención de las partes, el sentido del fallo de carácter condenatorio¹⁸.

¹³ Folios 287 al 291 C.O. 2

¹⁴ Folio 312 al 334 y 356 al 358 C.O. 2

¹⁵ Folio 340 C.O. 2

¹⁶ Folios 371 al 379 C.O. 2

¹⁷ Folio 392, *ibídem*.

¹⁸ Folios 438 al 451 C.O. 3.

El 09 de agosto de 2019 se profirió la respectiva sentencia condenatoria¹⁹, decisión apelada²⁰ por defensora del procesado, DRA. DIANA ROCÍO MORALES MEDINA, recurso que concita en esta oportunidad la atención de esta Tercera Sala de Decisión.

IV. DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

La Juez de Primera Instancia del Departamento de Policía Santander, luego de hacer un recuento de la situación fáctica, de la filiación del procesado, del acervo probatorio obrante y de la intervención de los sujetos procesales en la audiencia de corte marcial, sostuvo que de acuerdo con las certificaciones de Talento Humano, se podía establecer que el procesado salió con 25 días de vacaciones a partir del 27 de marzo de 2014, el 28 de marzo de ese mismo año se realizó una cirugía de rinoseptoplastia funcional en la Clínica del Meta de Villavicencio extendiéndosele incapacidad por 21 días. Afirmó, asimismo, que los 25 días de vacaciones de TOVIO GIL culminaron el 20 de abril de 2014, debiéndose presentar a laborar a la estación de policía el 21 de abril de 2014, no obstante, a partir de ese día iniciaba a correr una incapacidad absoluta de 10 días, la que terminaba el 30 de esos mes y año.

¹⁹ Folios 453 al 497, C.O. 3

²⁰ Folios 233 a 235, *ibídem*.

Manifestó que el procesado tenía conocimiento de los días de incapacidad que le otorgó la doctora HAYDY VILLARRAGA, tanto el día en que fue expedida, como cuando llevó a cabo el trámite para hacer la transcripción y reporte a la Policía Nacional, por lo que consideró que LUIS MIGUEL TOVIO GIL era consciente del deber de presentarse el 1° de mayo, esto es, el día siguiente de terminar la referida incapacidad de 10 días.

Dijo que al procesado durante sus vacaciones y como consecuencia de la cirugía de nariz le fue otorgada una incapacidad de 21 días, tiempo que el médico tratante calculó sería el necesario para su recuperación, la que se dio estando el procesado de vacaciones, en tiempo diferente al laborable, razón por la cual TOVIO GIL no entregó el reporte de la incapacidad a la Oficina de Talento Humano, ni a Sanidad, pues sabía que no la tendrían en cuenta, optando por esperar hasta terminar sus vacaciones y reportar la excusa de 10 días debido a que ya se hallaba en tiempo para prestar su servicio y debía informar la incapacidad dada para que no recibiera los rayos del sol con el fin de que lo ubicaran a trabajar en oficina, sin embargo, no se presentó a la unidad.

En ese orden de ideas, consideró la juez de instancia que el procesado no tenía justificación, ni impedimento alguno para no presentarse a laborar durante el lapso del 1° al 07 de mayo de 2014, sabía

que su incapacidad culminaba el 30 de abril y si bien el 03 de mayo de 2014 fue nuevamente al centro médico del Meta, allí le indicaron que solo debía cuidarse del sol, pero a pesar de ello decidió estar ausente otros 04 días, hasta el 07 de mayo, fecha en que se presentó a la base policial, demostrando su voluntad de abandonar el servicio por más de 05 días.

Argumentó la funcionaria judicial que con tal conducta el procesado vulneró el bien jurídico de el Servicio del 1° al 7 de mayo 2014, completando más de 05 días de ausencia, sufriendo el servicio mengua al disminuirse las condiciones de seguridad, protección y convivencia pacífica requeridas para el municipio de Orocué, viéndose mermada así la seguridad, presencia, disposición y funciones policiales en un tiempo superior a 05 días, por lo que esa conducta antijurídica.

Insistió en que el policial TOVIO GIL abandonó de manera voluntaria sus deberes de prestación del servicio de vigilancia, seguridad, convivencia y disponibilidad, sin justificación alguna, alterando y afectando las condiciones del servicio, de donde se infería el desvalor de resultado y lo reprochable de su actuar al dejar de asistir al servicio por más de 05 días siendo que la institución necesitaba de la totalidad del personal presto a atender las órdenes, requerimientos y disposiciones, para brindar un eficiente servicio.

Adujo, además, que el procesado había recibido formación y capacitación sobre los deberes del servicio, sabía de las conductas prohibidas y contempladas como delitos en el Código Penal Militar, tenía experiencia en las lides policiales y sabía las consecuencias de abandonar su trabajo sin autorización, era consciente de la ilicitud de su conducta y la realizó, razones por las cuales concluyó que el acervo probatorio allegado a la investigación la llevaba a la certeza de la materialidad del ilícito y la responsabilidad del procesado, estando cumplidos los requisitos objetivos y subjetivos de la tipicidad de la conducta enrostrada al policial LUIS MIGUEL TOVIO GIL en la comisión de la conducta punible de abandono del servicio, tal como lo exigía el artículo 396 de la Ley 522 de 1999, al dejar de asistir por más de 05 días al servicio, comportamiento asumido de manera dolosa, pues conocía la ilicitud de su conducta, sin embargo, dirigió su voluntad de manera consciente y deliberada, pese a que tenía plena capacidad de comprensión y autodeterminación al momento de cometer el ilícito.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La recurrente, la defensora del condenado, solicitó como primera medida la revocatoria de la decisión de primera instancia y que para ello se analice de fondo la causal excluyente de responsabilidad que

cobija el actuar de su prohijado, para luego de ello hacer referencia a la negativa para decretar la nulidad pedida en la audiencia de Corte Marcial.

En tal sentido argumentó que se evidenciaba que dentro del material probatorio "no reposa y que además el Despacho no indaga sobre el mismo, por cuanto el delito de abandono de servicio sino [sic] asistió a dichos días sería porque se encontraba en un postoperatorio y sin excusa, circunstancia que sería injustificado, pues otra cosa sería que no informó debidamente. Entonces esta defensa se pregunta ¿debemos condenar por no informar?. Esto es solo de resorte y de reproche disciplinario y como consecuencia una sanción de descuento de esos días, y ya se dio la sanción disciplinaria, más no estaríamos hablando de una conducta penal como quiera que el señor TOVIO venía de unas vacaciones, luego de una excusa de un postoperatorio y una asistencia al médico que le indica que dentro de esos tres (3) días no debía asolearse y que debía solicitar excusa, interrumpiendo dichos días, por cuanto se investiga desde el 01 al 07 de mayo pero muestra una asistencia al médico el día 03 de mayo del mismo año obrante a folio 109 a 122, circunstancia aun que justifica su inasistencia como quiera que se encontraba verdaderamente en un postoperatorio, debió entonces el Despacho dentro de la investigación solicitar y allegar la historia clínica del procesado y haberse llamado al médico que lo trató para que diera respuesta de si el señor Tovio podía o no acudir al servicio"²¹.

²¹ Folios 509 al 510 CO. 3

Adujo que era un hecho cierto que el procesado se realizó una cirugía, por esa razón fue incapacitado, pero esa circunstancia era una situación de fuerza mayor excluyente de responsabilidad, pues la conducta en el derecho penal debía ser antijurídica, y de frente a los hechos de estudio, no hubo daño en la prestación del servicio, al no haberse afectado éste, pues el procesado estuvo en vacaciones y continuó con la excusa médica, tiempo durante el cual fue reemplazado por otro uniformado.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 04 Judicial II Penal, doctor JAIRO ENRIQUE CORREA RANGEL, luego de hacer referencia a los hechos investigados, a la decisión impugnada y las razones de inconformidad de la apelante, en su concepto solicitó a esta Magistratura mantener la decisión de primer grado, *petitum* que fincó en que sin duda existía la certeza de la materialidad del delito y la responsabilidad penal del acusado, esto al estar reunidos los requisitos objetivos y subjetivos de la conducta delictiva de abandono del servicio.

Afirmó que la conducta investigada reunía todos los requisitos legales del artículo 107 del Código Penal Militar, pues el procesado era miembro de la Policía Nacional en servicio activo y a pesar de saber que debía comparecer el 1° de mayo de 2014 a su unidad,

se presentó sólo hasta el 07 de estos mes y año, sin que entre estos días obre certificación alguna que justificara su ausencia por virtud de incapacidad, vacaciones, licencia, ni nada por el estilo y sin que TOVIO GIL comunicara a sus superiores, a la oficina de talento humano o al servicio de salud de la Policía Nacional novedad alguna que justificara su ausencia.

Adveró que el procesado era conocedor que la incapacidad que previamente le habían extendido había terminado y que por ende debía presentarse a laborar, pero lo que intentó fue prorrogar la incapacidad sin éxito al acudir al médico el 03 de mayo de 2014, pero lo único que consiguió fue la recomendación de no exponerse al sol.

Con su proceder, dijo, el procesado lesionó el bien jurídico tutelado al no presentarse el día 1° de mayo de 2014 a laborar, haciéndolo tan solo hasta el día 07 de mayo a las 10:00 horas de acuerdo con el informe del comandante de la estación, unidad policial en la que en la minuta de guardia se dejó constancia diaria de la ausencia del PT. TOVIO GIL.

Esa ausencia, razonó, se reflejó en la reducción de las posibilidades de seguridad, sana convivencia, protección de los derechos y libertades públicas de los ciudadanos de Orocué al no contar con la totalidad de los uniformados para los servicios, los turnos, los relevos, durante esos 5 días.

Adicionó que no obraba en el proceso prueba alguna de que el actuar del procesado estuviere emparado por una causal eximente de responsabilidad, estando demostrada su calidad de servidor público con 07 años de experiencia, sabedor de sus deberes, conocedor de lo prohibido y permitido de las conductas al abandonar el servicio y siendo una persona capaz de entender los efectos jurídicos de su comportamiento, no obstante lo cual decidió actuar de manera dolosa ausentándose, esto en tanto conocía la ilicitud de la conducta y quiso su realización.

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación cuya resolución concita la atención de la Sala Tercera de Decisión en el presente evento, ello de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, normatividad que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada tanto respecto de hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de éste año²², 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, el que resulta aplicable al caso *sub judice* dada la fecha

²² 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.

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.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 del código de 1999 en el sentido de 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

Compendiadas las principales actuaciones procesales surtidas en el presente sumario, al igual que extractadas las censuras vertidas por la recurrente respecto de la decisión judicial que conoce esta instancia por vía del disenso y en ejercicio del control de la actividad jurisdiccional que le es propia por expresa disposición constitucional y legal, como también las racionales reflexiones del agente del Ministerio Público ante esta instancia, habrá de rememorarse que ocupa a esta Sala de Decisión el acometimiento, estudio y resolución en Derecho de la propuesta impugnatoria impetrada por la abogada DIANA ROCIO MORALES MEDINA, defensora del

PT (R) LUIS MIGUEL TOVIO GIL, en contra de la sentencia adiada 09 de agosto de 2017 por la cual el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Santander condenare al mencionado a la pena principal de doce (12) meses de prisión como autor responsable del reato de abandono del servicio, negando a la par de ello la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Propuesta con la cual anhela la revocatoria del fallo de primer grado, esto, habrá de decirse, en sucinto escrito en el que, sin entrar en detalle respecto de los escaños dogmáticos del injusto penal en cuestión, argumenta que no se indagó lo favorable a su prohijado por cuanto "si no asistió a dichos días sería porque se encontraba en un post operatorio, y sin excusa, circunstancia que sería injustificado" [sic], (destacado de la Sala).

Precisado lo anterior y con miras a la adopción de la decisión que impone el recurso interpuesto de cara a los fundamentos fácticos y jurídicos de la sentencia que por su vía se reprocha, se servirá la Colegiatura del siguiente derrotero metodológico a título de carta de navegación: i) se recordarán cuáles son los errores de valoración probatoria en que puede incurrir el operador judicial y cuál es su incidencia en la motivación propia de las decisiones judiciales, señalando los efectos que ello genera y, acto seguido, de determinará la viabilidad de abordar si ello aconteció en el *sub judice* al haberse cumplido el presupuesto dialéctico al

efecto; *ii*) se llevarán a cabo las elucubraciones que se imponen en relación con la real dimensión dogmática que apareja la fuerza mayor como causal excluyente de responsabilidad penal y, finalmente, *iii*) se adoptará la decisión que en últimas zanjará la controversia sometida a conocimiento de esta Colegiatura por vía del bastión de alzada.

8.1. Los errores de valoración probatoria al interior del proceso penal, su incidencia en la motivación propia de las decisiones judiciales y los efectos que ello genera.

Dado que la recurrente arguye que a su defendido no se le investigó "*tanto lo favorable como lo desfavorable*" [sic], circunstancia que la lleva a reiterar lánbilmente la existencia de una nulidad ya postulada en sede de juicio pero sin más argumentos, sin acudir a los principios orientadores de las mismas²³ y olvidando que las nulidades originadas en

²³ Ley 522 de 1991, artículo 392, "*Principios que orientan la declaratoria de las nulidades y la convalidación de actos irregulares.*

1. *No se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa.*

2. *Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial, afecta garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento.*

3. *No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica.*

4. *Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales.*

5. *Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial.*

6. *No podrá declararse ninguna nulidad distinta a las señaladas en el artículo 388 de este código."*

la investigación que no sean invocadas hasta el término de ejecutoria de la resolución de acusación sólo podrán ser debatidas en el recurso de casación²⁴, habrá de decirse que estas inobjetables circunstancias, en especial la última, relevan a esta Corporación de pronunciarse al respecto, razón por la cual se abstendrá la misma de hacerlo.

No empece, habida cuenta de lo también aseverado por aquella en relación con la presunta falta de valoración probatoria en el fallo de primer grado, habrá de verificarse si lo argüido al efecto en sede impugnaticia se ajusta a la carga procesal retórica que al efecto le incumbía en su calidad de recurrente y, de ser así, corresponderá a la Sala entrar a hacer la disquisición del caso atinente a constatar si en el raciocino judicial vertido en la sentencia recurrida se cometió algún yerro de valoración probatoria por virtud del cual se dejara de lado el apreciar y valuar en su justa medida y de acuerdo a las reglas de la sana crítica el material suasorio obrante en el *dossier*, para luego, de haber ello acontecido, adoptar la determinación que ello amerita.

En ese orden de ideas, cabe recordar que en materia penal el método de contemplación de las pruebas en nuestro país es el denominado de la persuasión racional o sana crítica, según el cual, aquellas

²⁴ *Ibidem*, artículo 391, "Oportunidad para invocar nulidades originadas en la etapa de instrucción".

deben ser apreciadas y valoradas primero en forma singular y luego en conjunto, es decir, de forma articulada con los demás elementos probatorios y evidencias allegadas al proceso, esto de conformidad con las reglas de la lógica, de la ciencia, de la experiencia y del sentido común, método que permite asignar a tales elementos de juicio un determinado mérito persuasivo, una específica fuerza demostrativa, franqueando así el arribar a la verdad material aneja a cada caso en particular.

Una valoración así efectuada, supone necesariamente, añade la Sala, echar mano de criterios objetivos, racionales, serios y responsables, sin caer en valoraciones arbitrarias, irracionales o caprichosas de los elementos suasorios sometidos al conocimiento del administrador de justicia.

No obstante, una labor tal, que por obvias razones involucra el intelecto y la capacidad de discernimiento de cada dispensador de justicia, no está exenta de fallas o desaciertos, los que de producirse dan lugar a los denominados yerros en la valoración probatoria, mismos que pueden generarse como consecuencia de: (a) una omisión judicial, como sucede cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa o no practica y aduce al *dossier* las pruebas conducentes al *thema probandum*; (b) por vía de una acción positiva, que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en

la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas y al hacerlo se desconoce la Constitución, o por la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto; o (c) por desconocimiento de las reglas de la sana crítica, esto es, de las reglas de la lógica y de la ciencia y de las máximas de la experiencia.

Estas insuficiencias probatorias, o errores en la contemplación probatoria como también las denomina la jurisprudencia nacional, son las que dan origen a lo que se ha denominado defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio allegado al proceso, defecto que se traduce en vulneración sustancial del derecho al debido proceso y que tiene lugar cuando el funcionario judicial al momento de valorar la prueba la niega, la valora arbitraria, irracional o caprichosamente, o pretermite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados²⁵, lo que conlleva a que sin razón valedera dé por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente²⁶ o *contrario sensu*, agrega esta Sala, reputa probado esta o aquel sin que así lo señale en realidad el elemento probatorio o el arsenal suatorio objetos de escrutinio racional.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-086 de 2007.

²⁶ *Cfr.* Corte Constitucional, sentencias T-576 de 1993 y T-442 de 1994.

Lo anterior, por razones más que obvias, tiene directa incidencia en la motivación de las decisiones judiciales, dando lugar a la denominada motivación *sofística, aparente o falsa*, que es aquella que no encuentra respaldo en la verdad probada a través del proceso; vicio *in iudicando*²⁷ que se explica en tanto el error lo comete el administrador de justicia bien al apreciar las pruebas -al aprehender lo que objetivamente dicen sin atribuirles ningún valor persuasivo-, ora al valorarlas- esto es al asignarles valor probatorio, credibilidad-, pues al suponer o desconocer las mismas, al cercenar o adicionar su contenido demostrativo o al tergiversar lo que objetivamente señalan, se aparta flagrantemente de la verdad probada arribando a una conclusión jurídica diversa de la realmente correcta.

Este vicio de motivación de las decisiones judiciales con claro origen en la errada contemplación probatoria, se itera, tiene como inexorable efecto el que se deba revocar la decisión que adolece del mismo y dictar la determinación de reemplazo, a diferencia del efecto propio de los otros vicios que en materia de argumentación judicial se pueden dar -v.gr. ausencia total de motivación, motivación dilógica o ambivalente o motivación incompleta-, los que de acaecer conllevan

²⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias del 12 de diciembre de 2005 y del 7 de febrero de 2007, radicaciones números 24011 y 23331, respectivamente, entre otras.

a la nulidad de la decisión en que ellos tienen ocurrencia.

Ahora bien, la revocatoria de la decisión afectada del primero de estos vicios y el proferimiento de la que deba reemplazarla, también se habrá de acotar, no se produce *ipso facto* con el sólo señalamiento o la escueta mención del defecto, pues quien enarbole el mismo debe correr con la carga procesal de demostrar qué dice la prueba que en su concepto resultó omitida, supuesta o distorsionada, cuál era su real contenido material y cuál fue el que le atribuyó el juzgador y, lo que es más importante, la manera como el defecto incidió en la decisión cuestionada, ello en tanto el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser flagrante, manifiesto, trascendente y con incidencia directa en la decisión, de manera tal que ninguna repercusión tendrán los yerros que no se ajusten a unas características tales.

Cernido el ejercicio dialéctico enarbolado por la impugnante por el tamiz que brindan las anteriores precisiones conceptuales y jurisprudenciales, palmar se avizora que aquella, la defensora del PT (R). LUIS MIGUEL TOVIO GIL, abjuró de la carga procesal que incumbía en tanto más allá de construir aseveraciones como las arriba mencionadas, que no van más allá de ser su particular visión del asunto y un fallido intento de logomaquia jurídica enfilado a lograr la absolución de su prohijado, no se

preocupó por evidenciar qué señalan las pruebas que estima dejadas de practicar en sede instructiva, ni tampoco por demostrar cómo ellas, de haber sido valoradas en la sentencia reprochada -a ningún otro medio suasorio hace referencia-, desembocarían irrefragablemente una vez apreciadas acorde con las reglas de la sana crítica en la prenombrada absolución.

Su ejercicio retórico se circunscribió a afirmar supinamente que *"debió entonces el Despacho dentro de la investigación solicitar y allegar la historia clínica del procesado y haberse llamado al médico que lo trató para que diera respuesta de si el señor Tovio podía o no acudir al servicio"*, pero sin entrar a construir razonamiento alguno sobre lo previamente acrisolado, menos en relación con la conducencia, pertinencia y utilidad de tales probanzas o en punto a porqué las mismas aparejaban tal fuerza demostrativa y persuasiva que inexorablemente al haber sido aupadas al *dossier* y objeto de judicial apreciación infirmarían la valoración que del acervo probatorio hiciera la *Iudex A quo* traduciéndose ello en un fallo de inocencia, falencias que definitivamente trocan tal propuesta, se habrá de decir sin más ambages, en impróspera como así de plasmará en la *resolutio* de la presente providencia.

8.2.La fuerza mayor como causal de ausencia de responsabilidad.

Estima por otra parte la apelante que la conducta de su defendido encuentra justificación en un evento de fuerza mayor, razón por la cual no puede endilgársele responsabilidad penal alguna, esto, adverbó, al ser un hecho cierto y además demostrado que LUIS MIGUEL TOVIO GIL para la fecha de consumación del delito por el cual fuere condenado se encontraba en un postoperatorio, circunstancia que explica, en su decir, la inasistencia de éste al servicio.

Así las cosas, en procura de analizar si lo así planteado por la opugnante resulta relevante para el cometido que busca con el recurso impetrado, ha de señalarse que la fuerza mayor está integrada por dos elementos fundamentales concurrentes -la imprevisibilidad y la irresistibilidad-, lo cual se traduce en que si el hecho o suceso ciertamente es imprevisible pero es resistible no se estructura un fenómeno tal eximente de responsabilidad penal, como tampoco acontece cuando a pesar de ser irresistible pudo preverse, de suerte tal que la ausencia de uno de estos elementos intrínsecos al precitado fenómeno elimina la estructuración de la contingencia y, en consecuencia, no es dable su alegación o reconocimiento en materia penal.

Esa fuerza mayor puede explicarse por el acaecimiento de fenómenos de la naturaleza o por la actividad de una persona, esto es, generada por un evento externo -de carácter físico o moral- que en

tanto que irresistible tiene la suficiente virtualidad, se itera, para doblegar y/o subyugar la voluntad del individuo quien no lo puede dominar, es una fuerza absoluta o *vis absoluta* -diversa de la *vis compulsiva* o fuerza intimidante- por virtud de la cual el acontecer causal no es elegido por el hombre sino impulsado o impelido por aquella energía ajena a su ámbito de dominio, lo que suprime la voluntariedad y dado que sin voluntariedad no hay acto, al patentizarse naturalísticamente hablando una ausencia de acción²⁸, es innegable la ruptura de la relación causal entre un accionar humano y el resultado fenoménico.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, radicación No. SC071-2005, M.P. CARLOS IGNASIO JARAMILLO: "2. Para dilucidar estos cuestionamientos, es necesario memorar, así sea sucintamente, que la fuerza mayor o caso fortuito, por definición legal, es "el imprevisto a que no es posible resistir" (art. 64 C.C., sub. art. 1º Ley 95 de 1890), lo que significa que el hecho constitutivo de tal debe ser, por un lado, ajeno a todo presagio, por lo menos en condiciones de normalidad, y del otro, imposible de evitar, de modo que el sujeto que lo soporta queda determinado por sus efectos.

No se trata entonces, per se, de cualquier hecho, por sorpresivo o dificultoso que resulte, sino de uno que inexorablemente reúna los mencionados rasgos legales, los cuales, por supuesto, deben ser evaluados en cada caso en particular -in concreto-, pues en estas materias conviene proceder con relativo y cierto empirismo, de modo que la imprevisibilidad e irresistibilidad, in casu, ulteriormente se juzguen con miramiento en las circunstancias específicas en que se presentó el hecho a calificar, no así necesariamente a partir de un frío catálogo de eventos que, ex ante, pudiera ser elaborado en abstracto por el legislador o por los jueces, en orden a precisar qué hechos, irrefragablemente, pueden ser considerados como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito y cuáles no.

Justamente sobre este particular, bien ha precisado la Sala en jurisprudencia uniforme, que "la fuerza mayor no es una cuestión de clasificación mecánica de acontecimientos" (sent. 145 de 7 de octubre de 1993); por eso, entonces, "la calificación de un hecho como fuerza mayor o caso fortuito, debe efectuarse en cada situación específica, ponderando las circunstancias (de tiempo, modo y lugar) que rodearon el acontecimiento -acompañadas con las del propio agente-" (Sent. 078 de 23 de junio de 2000), sin que un hecho pueda "calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito" (cas. civ. de 20 de noviembre de 1989; cfme: sent. 087 de 9 de octubre de 1998).

Ahora bien, como quiera que la fuerza mayor es consecuencia de un hecho, acontecimiento, acaecimiento, suceso, contingencia o fenómeno imprevisto y extraño al sujeto agente al que no es posible resistir como tampoco evitar, de conformidad con la teoría de la imputación objetiva -propia de la tipicidad de la conducta- ante un evento de tal naturaleza el resultado no se puede predicar en el ámbito de persona alguna dentro del rol que desempeña dentro del conglomerado social, siendo dogmáticamente imposible imputarle como obra suya aquel resultado en tanto aquella circunstancia reductora -no supresora- de autodeterminación torna jurídicamente inviable hacer dicha atribución, precisión esta última que se impone hacer con apalancamiento en la línea de pensamiento que edificó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 05 diciembre 2007, dentro del radicado No. 26513²⁹.

En punto a lo anterior, y previa acotación consistente en que no constituyen fuerza mayor o caso fortuito -denominación esta con la cual también se le identifica aunque apunta más a lo imprevisible que a lo irresistible- los hechos que acontecen

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación No. 26513, sentencia diciembre 05 de 2.007, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA: "7.3.2. Cuando se hace alusión a un caso fortuito, lo que se quiere expresar en términos de la teoría de la imputación objetiva es que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico no se puede determinar en el ámbito de competencia de persona alguna, entendida ésta como la portadora de un rol socialmente comprensible²⁹, o bien la imposibilidad de establecer una relación entre el sujeto activo y el resultado típico para que se le pueda atribuir al primero como 'obra suya' lo segundo²⁹. Es decir, el caso fortuito se refiere directamente a circunstancias en las que desde el punto de vista dogmático se presenta una ausencia de acción."

frecuentemente o con cierta periodicidad, ni hay fuerza mayor o caso fortuito cuando el obstáculo dificulta el cumplimiento de una obligación, pero no la imposibilita, como tampoco cuando el hecho imprevisto e irresistible es atribuible a la culpa del sujeto agente, procedente resulta evocar igualmente, dado lo argüido por la impugnante en relación con al sentencia de primer grado de la cual disiente, que el juicio de responsabilidad penal ha de gravitar sobre el desvalor de la acción -desaprobación del acto descrito por el legislador o desvalor sobre la acción-, el desvalor de resultado -antijuridicidad formal y material- y el desvalor de autor -juicio de reproche o juicio de exigibilidad esencialmente normativo en tanto el infractor de la ley pudiendo y debiendo actuar *secundum legem*, lo hizo en sentido contrario-.

Atinente al juicio sobre el desvalor de acción que deriva del proceso de adecuación típica y que en últimas es el escaño dogmático impactado por la exigente de responsabilidad pregonada por la censora, ha de remembrarse que el mismo comprende dos aspectos, el primero de naturaleza objetiva que toca con la verificación de la ocurrencia del supuesto de hecho inserto en la norma de prohibición y con la adecuación de ese supuesto fáctico a los enunciados normativos que describen un comportamiento como delito conforme al principio de estricta legalidad y el segundo de índole subjetiva conformado por los elementos cognitivo y volitivo

que estructuran el dolo, así como de los demás aspectos subjetivos distintos a éste.

Así, de encontrarse que el comportamiento se acomoda de manera exacta en el supuesto normativo, necesariamente se tendrá que concluir que la conducta resulta típica, pero si en el proceso de valoración del acontecer fáctico el operador judicial encuentra que la conducta, bien por falta de un componente del aspecto objetivo del tipo (atipicidad objetiva), ora por ausencia del elemento subjetivo (atipicidad subjetiva), es atípica, lo que se impone es la declaratoria de no responsabilidad penal del individuo³⁰.

³⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicación No. 31726, sentencia febrero 03 de 2010, M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, en la que se consignó: "Ello implica para el juez la obligación de constatar, mediante un juicio valorativo de imputación, que en la acción u omisión endilgada en un específico caso se reúnen todos y cada uno de los elementos establecidos en el canon normativo para imponer la consecuencia jurídica (o pena) también definida en la ley.

Por consiguiente, la categoría jurídico penal de la tipicidad no es más que la directa emanación del principio de estricta legalidad y supone un proceso valorativo de atribución respecto de una concreta situación fáctica que debe derivarse de una norma de mandato o de prohibición y ajustarse a una descripción hipotética abstracta contenida en el denominado tipo penal, esto es, en el precepto que alude al ámbito situacional sancionado punitivamente por el legislador.

La opinión dominante suele distinguir entre un aspecto objetivo y uno subjetivo del más común de los tipos penales, el llamado tipo doloso, de manera que en el examen que efectúa el funcionario al momento de verificar la tipicidad de una conducta de tal índole tiene que establecer antes que todo la ocurrencia de aquellos elementos que configuran el aspecto objetivo, pues el segundo, al referirse de manera principal e ineludible a un estado tanto cognitivo como volitivo del primero, presupone su existencia.

(...)

Cuando el proceso de valoración de la situación fáctica analizada por el funcionario judicial conduce a la no atribución de la conducta, bien sea porque falta un componente del aspecto objetivo del tipo, o por ausencia del elemento subjetivo, se configura el fenómeno de la atipicidad y, por lo tanto, de la no responsabilidad en materia penal del individuo".

Quiere decir lo anterior que el fenómeno de la atipicidad objetiva puede presentarse por ausencia de los elementos que comprenden el esquema básico del delito, esto es, por a) falta de un sujeto activo; b) por ausencia de conducta externa; c) por imposibilidad de realizar una imputación objetiva del resultado o de la conducta, etc., y el de la atipicidad subjetiva tiene lugar cuando a pesar de haberse materializado el aspecto objetivo, no se obra con conocimiento y/o voluntad o con el elemento subjetivo especial determinado por el tipo penal, como ocurre en los siguientes eventos: a) fuerza irresistible, que corresponde a la fuerza mayor; b) caso fortuito; c) movimientos o actos reflejos; d) estados de plena inconsciencia; e) error de tipo y f) error de prohibición, entre otras.

Precisado lo anterior, huelga recordar que la apelante, abogada DIANA ROCIO MORALES, en su escrito impugnatorio arguyó en la conducta de su prohijado, PT (R). LUIS MIGUEL TOVIO GIL, concurrió una fuerza mayor por virtud de la cual no es plausible enrostrarle responsabilidad penal alguna, pues asistió a un médico el 03 de mayo de 2014 quien le indicó que dentro de los tres (3) días siguientes no debía asolearse y que debía solicitar una excusa y dado que en el decurso procesal le fue endilgado el abandono del servicio del 1° al 07 de mayo de dicho año, aquello interrumpió éste lapso, a lo que agregó que "Entonces, es un hecho cierto pues está demostrado

que la cirugía se realizó y es cierto también de su incapacidad, circunstancia esta que se debe a una situación de FUERZA MAYOR EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD³¹ y, además, que no era dable condenar a su defendido en tanto éste ya fue sancionado disciplinariamente por los mismos hechos ventilados en esta causa penal.

Esto conduce a la Sala a acotar que apreciado y valorado el material probatorio que milita en el paginario, efectivamente se colige, como en su momento hiciere la falladora de primer grado, que allí está suficientemente acreditado que al entonces uniformado LUIS MIGUEL TOVIO GIL, integrante de la patrulla de vigilancia en la Estación de Policía Orocúe (Casanare)³², le fueron autorizados 25 días de vacaciones a partir del 27 de marzo de 2014³³ y debía retornar nuevamente a sus labores policiales el 21 de abril de ese mismo año, interregno en el cual se sometió a una cirugía de nariz (septorinoplastia funcional) en la Clínica del Meta, procedimiento por el cual le fue expedida incapacidad absoluta por 10 días, misma que empezó a correr a partir del 21 de abril de 2014³⁴ y fue transcrita, reconocida y avalada por la Seccional de Sanidad de la Policía Nacional en Villavicencio³⁵, de manera tal que TOVIO GIL, el aquí encausado, debía reasumir su servicio y las funciones inherentes a éste el 1° de mayo de 2014, lo que en últimas no hizo, presentándose en la

³¹ Folio 510 CO. 3

³² Folios 12 CO. 1

³³ Folio 18 CO. 1

³⁴ Folio 111 CO. 1

³⁵ Folio 119 CO. 1

repartición policial de la que era orgánico tan sólo hasta el 07 de estos mes y año, lo que fue evidenciado, se itera, en la urdimbre procesal con el informe No. S-2014-0832/DECAS-ESORO-29.25 del 08 de mayo de 2014³⁶ que sirvió de génesis a la investigación penal, con la copiosa prueba testimonial, con las múltiples constancias en el libro de guardia de aquella estación policial obrantes a folios 33 al 47 del CO. 1 en las que se anotó día a día la ausencia del procesado y con los registros de la minuta de servicios obrantes a folios 68 al 83 *ejusdem* que dieron al entonces PT. LUIS MIGUEL TOVIO GIL como "evadido".

Acervo probatorio en el que, además, obran elementos de convicción que dan cuenta que el procesado asistió a una cita médica el 03 de mayo de 2014 en la mencionada clínica luego de su cirugía y ya finalizada la incapacidad médica referida de supra, centro asistencial en el que el galeno que lo atendiere le expidió constancia de asistencia a la consulta, más no incapacidad ni documento similar, y asimismo le libró una recomendación para no realizar actividades con exposición solar³⁷.

Se pone de bulto así, valorados los medios de convicción en su singularidad y universalidad e igualmente bajo la reglas de la sana crítica, la inexistencia de un evento externo, imprevisible e irresistible que impulsara a TOVIO GIL a actuar,

³⁶ Folio 03 C.O. 1

³⁷ Folios 108 a 109 C.O. 1

subyugada su capacidad de autodeterminación, en sentido diverso del que jurídicamente le correspondía, evidenciándose *contrario sensu* que pese a ser consciente que debía reasumir su servicio policial, que no se hallaba cobijado por incapacidad médica o circunstancia alguna que le impidiera hacerlo y que dicha reasunción de deberes no se hallaba imposibilitada por evento externo de ninguna índole, optó deliberadamente, a pesar de estar a tiempo para evitar la trasgresión de la norma penal militar en tanto sólo llevaba tres días de retardo, por abandonar aquellos y por no presentarse ante su superior el 1° de mayo de 2014, conducta omisiva a la que sólo puso término seis días después, esto es, el 07 de esos mes y año cuando a las 10:00 horas arribare a su unidad orgánica.

Actuar indudítivamente doloso en la medida que era de su conocimiento que transgredía la ley penal militar -no en vano fue que aquel 03 de mayo de 2014 buscó infructuosamente una segunda incapacidad médica a fin de justificar su retardo- con el cual encuadró, sin justificación alguna como quedó visto, su proceder en la concreta descripción vertida por el legislador en la norma de prohibición contenida en el artículo 107 del *código* castrense de 2010 el cual en su tenor literal reza: "*El Oficial o Suboficial de la Fuerza Pública, o el personal de agentes o del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que abandone los deberes propios del cargo por más de cinco (5) días consecutivos, o no se presente al respectivo superior dentro del mismo término contado a partir de la fecha*

señalada por los reglamentos u órdenes superiores, para el cumplimiento de actos del servicio, o no se presente dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha del vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones o de su cancelación comunicada legalmente, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años", patentizándose así el desvalor de acción anejo al juicio de responsabilidad penal como acertadamente se concluyere en la sentencia reprochada.

Una ausencia de tal jaez, por otra parte, dio lugar a que el bien jurídico tutelado de el Servicio se viere realmente conculcado en la medida que por el referido lapso la Estación de Policía de Orocué contó con un efectivo menos para el cumplimiento de la misión que le era connatural (desvalor de resultado), esto, aclara la Sala, no empece que por tratarse de delito de peligro en punto a la antijuridicidad material no requiere para su configuración que se produzca un daño real al bien jurídico objeto de legal salvaguarda, pues el legislador le ha conferido una protección ex ante que se materializa en la tipificación en la antes citada norma del injusto penal por el que se procede en el presente asunto, al igual que con la tipificación de las otras conductas punibles enlistadas en el título II, "Delitos contra el Servicio", de la parte especial del Estatuto Punitivo Castrense de 2010.

Norma aquella concebida, como igualmente lo fueron las que describen concretamente esas otras conductas

punibles, para la preservación y efectividad del servicio y para la incolumidad del deber de presencia que incumbe a todo miembro de la Fuerza Pública³⁸, pues lo primero demanda, entre otros aspectos, el contar con un permanente pie de fuerza

³⁸ Cfr. Constitución Nacional, "Artículo 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares **permanentes** constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea...". (Destacado de la Sala)

Asimismo sentencia C-430/19, M.P. ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO, en la que se consignó: "4. La función constitucional y el régimen especial de las fuerzas militares. 4.1.El problema jurídico planteado en este proceso de constitucionalidad debe ser resuelto a la luz de la función constitucional de las fuerzas militares como integrantes de la fuerza pública del Estado y de la obligación que la Constitución les impone a todos los colombianos, para lo cual ha instituido el servicio militar, de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan con el objeto de defender la independencia nacional y las instituciones públicas... 4.3. Es, en este contexto, que se inserta el deber fundamental de los militares de **permanente disposición** para defender a Colombia, incluso con la entrega de la propia vida cuando sea necesario, expresión que los demandantes encuentran contraria "al derecho fundante de todo nuestro ordenamiento jurídico, es decir, el derecho a la vida", razón por la que a continuación se hará una breve referencia al régimen especial que la Constitución establece para el servicio militar y luego al derecho a la vida a la luz de las funciones constitucionales de las fuerzas militares.". (Destacado de la Sala).

Asimismo, sentencia C-180/20, M.P. ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO, en la que se dijo: "131.Como se expuso más ampliamente en el análisis del juicio de finalidad, las múltiples funciones que cumple la Fuerza Pública requieren **asegurar su pie de fuerza** como una necesidad imperiosa para la protección de bienes comunitarios de la población colombiana, así como de derechos tales como la seguridad, la convivencia ciudadana y la salubridad..145. En primer lugar, sobre la idoneidad de la medida, es necesario reiterar lo estudiado a lo largo de esta decisión. El Decreto 541 de 2020 establece como medida para solventar la imposibilidad de realizar el proceso de vinculación a la fuerza pública, la prórroga del servicio militar obligatorio hasta por el término de tres (3) meses, por una única vez, contados a partir de la fecha prevista para el licenciamiento, de aquellos conscriptos que se encontraban en servicio activo al momento de la expedición del decreto objeto de control. La importancia de la medida recae en que permite que las labores de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no se vean impactadas ante una posible disminución de su pie de fuerza. Situación que resulta relevante en el contexto actual pues las acciones que estas instituciones prestan son de sustancial importancia para garantizar los derechos fundamentales, tales como la seguridad, la salud pública y la pacífica convivencia, entre otros, necesidad que tiene mayor relevancia en las actuales circunstancias de la pandemia.". (Resaltado de la Sala).

De igual forma Ley 1862 de 2017, "Artículo 1o. **DEBER FUNDAMENTAL DEL MILITAR. Es deber fundamental del militar por su honor, la disposición permanente para defender a Colombia**, incluso con la entrega de la propia vida cuando sea necesario, cumpliendo la Constitución Política, las leyes y los reglamentos, respetando los preceptos, principios, valores y virtudes inherentes a la carrera militar.". (El resaltado es propio)

que lo dinamice en condiciones óptimas, tornándose vacuo, por ende, lo argüido por la abogada apelante en el sentido de no haber existido daño en la prestación del servicio en tanto su prohijado venía de unas vacaciones y de una excusa médica y que por tal razón estaba siendo reemplazado por otro uniformado, improbada circunstancia esta última, ha de señalar también la Sala, que refiere en su escrito incurriendo no sólo en una evidente petición de principio (*petitio principii*)³⁹ en tanto debiendo soportar tal aseveración en hechos concretos y probados, dio por descontada tal circunstancia sin haber aportado prueba alguna como le incumbía en tanto acto procesal de parte que viene actuando en el *dossier* de tiempo atrás, sino además en en una clara dilogía argumentativa al tratar de desvirtuar la antijuridicidad material de la conducta por la cual fuere condenado TOVIO GIL, no obstante haber pregonado previamente la concurrencia de un evento de fuerza mayor que de realmente haber tenido ocurrencia trocaría, se reitera, su conducta en atípica.

Improsperidad que asimismo permea lo adverado por la impugnante en punto a la improcedencia de sanción penal por cuanto el acriminado fue objeto de reproche y escarmiento por los mismos hechos en el ámbito disciplinario, pues con una postulación tal pretermite que se trata de dos ramas del Derecho que

³⁹ Falacia argumentativa consistente en dar como probado aquello que debe demostrar, es decir, que se afirman como ciertas e inamovibles hechos o circunstancias que debiendo ser probados no lo han sido.

si bien comparten su naturaleza sancionatoria, se hallan conformadas por normas de protección que tienen fundamentación ontológica diferente y de ellas derivan acciones independientes y autónomas que persiguen finalidades también diversas, de manera tal que las decisiones que se adopten en los procesos disciplinarios por hechos que coetáneamente se investigan en la jurisdicción penal pueden resultar símiles o disímiles a las que en esta última se profieran, a lo que cabe agregar que el derecho penal protege bienes jurídicos específicos que involucran a todo el conglomerado social, mientras que el derecho disciplinario tiene como única finalidad el cumplimiento por parte de los servidores públicos de las funciones establecidas en la Constitución y en la ley.

Disparidad que puede traducirse eventualmente en que en un determinado caso se declare la existencia de responsabilidad disciplinaria mientras que en el ámbito penal se profiera absolución o al contrario, resultando ambas soluciones en Derecho acordes con el ordenamiento jurídico en la medida que no existe identidad de objeto y causa por el sólo hecho de surtirse sendas investigaciones -penal y disciplinaria- contra la misma persona y por los mismos hechos⁴⁰, potísima razón por la cual tampoco

⁴⁰ Cfr Corte Constitucional, sentencia C-244/96, mayo 3° de 1996, M.P. CARLOS GAVIRIA DIAZ en la que se decantó: "Cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de

resultaría acertado, de ser el caso, predicar la transgresión del principio *nom bis in ídem* al haberse impuesto sanción previamente en el ámbito disciplinario al aquí condenado.

Así las cosas, evidenciándose irrefragablemente, amén de lo ya acotado en relación con la propuesta impugnatoria, que analizada la actuación sometida a conocimiento de esta Corporación al igual que la sentencia recurrida resulta palmario que el grado de certeza a que arribó la juzgadora de primer grado no fue abstracto, ni producto de un error en la valoración probatoria -esto en la medida que, como quedó acrisolado, no existió valoración arbitraria, irracional o caprichosa de la prueba, ni falta de práctica y decreto de una prueba conducente al caso debatido-, sino producto de una persuasión racional sobre la existencia de la conducta y la responsabilidad del procesado fincada en material probatorio que sí resultaba útil, pertinente y conducente para el *thema probandum* que interesaba a la presente actuación y que da cuenta en grado de certeza racional de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad del comportamiento enrostrado en autos al PT (R). LUIS MIGUEL TOVIO GIL, desestimaré la Sala las

contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios (...)Siendo la acción disciplinaria distinta de la acción penal, cada una puede adelantarse en forma independiente, sin que de su coexistencia se pueda deducir infracción al principio non bis in ídem, pues en este caso no existen dos juicios idénticos.'

pretensiones de la recurrente y, conteste con ello, procederá a impartir confirmación a la sentencia condenatoria objeto de reproche como se plasmará en la *resolutio* del presente proveído.

Confirmación que halla sustento, además, en la perspicua evidencia de que el escrito impugnatorio, como se dijere *ut supra*, no va más allá de ser un esfuerzo de logomaquia jurídica que sólo imbrica la subjetiva y particular visión de la distinguida abogada defensora del prenombrado y de conllevar un soterrado esfuerzo por reavivar, por un lado, lo alegado en sede de primera instancia respecto a una supuesta nulidad -misma que no tamiza por sus principios orientadores y que en tanto inherente al principio de investigación integral resulta inoportuna en esta etapa procesal- y, por otra parte, de postular una supuesta concurrencia en la conducta del sumariado de un evento de fuerza mayor, punto de Derecho éste último que fue resuelto en la sentencia recurrida y cuya innegable inexistencia se evidenciare en la presente providencia, sin que la censora se haya tomado el más mínimo esfuerzo por controvertir e infirmar los fundamentos fácticos y jurídicos de aquella, abjurando del ejercicio dialéctico y lógico demostrativo que le imponía el trámite recursal, indiscutibles falencias cuya consecuencia lógica es el estimar que sus premisas impugnatorias amén de desacertadas en tanto apuntaladas en indemostrados y nebulosos puntos de vista, no trascienden la naturaleza de alegatos de

instancia ya resueltos en la decisión apelada, desprovistos, por ende, de la contundencia para resquebrajar la doble presunción de acierto y legalidad con la que arribó amparado el fallo de primer grado.

Aquilatado lo anterior, habrá de señalarse, finalmente, que dado el trámite notificadorio que por virtud del principio de publicidad anejo a la presente providencia se habrá de dar a esta, su surtimiento, en tanto deberá hacerse vía correo electrónico como instrumento de enteramiento, no demanda de manera perentoria y exclusiva del denominado "acuse de recibo" como formalidad *ad probationem* o tarifa legal⁴¹ para acreditar la recepción de una notificación por medios electrónicos y, por razón de ello, tampoco de trámites supletorios, esto ultimo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia⁴².

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

IX. R E S U E L V E

⁴¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, STC13993-2019, octubre 11 de 2019, radicación No. 2019-00115; STC690-2020, febrero 03 de 2020, radicación No. 2019-02319 y STC junio 03 de 2020, radicación No. 11001-02-03-000-2020-01025-00.

⁴² *Ídem*.

PRIMERO: DESATENDER LOS ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN impetrada por la abogada DIANA ROCÍO MORALES MEDINA, defensora del PT (R). LUIS MIGUEL TOVIO GIL y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 09 de agosto de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia del Departamento de Policía Santander por medio de la cual se condenara al procesado en cuestión a la pena principal de doce (12) meses de prisión como autor responsable del delito de abandono del servicio, negando coetáneamente la concesión del subrogado penal de la condena de ejecución condicional, ello de conformidad con lo expuesto en la *ratio decidendi* de la presente decisión judicial.

CONTRA la presente decisión procede el recurso de casación discrecional, mismo que podrá interponerse, previa precisión de su modalidad⁴³, en los términos de ley⁴⁴ conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000⁴⁵.

TERCERO: Una vez en firme la presente decisión de conformidad con la normatividad aplicable al rito procesal penal militar⁴⁶ y surtido el trámite a que

⁴³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 23701, auto junio 22 de 2005, M.P. MAURO SOLARTE PORTILLA.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP noviembre 11 de 2009, radicado No. 28937; AP diciembre 05 de 2007, radicado No. 27965; AP mayo 22 de 2008, radicado No. 25471; AP septiembre 28 de 2016, radicado No. 48713; y radicado No. 48159, septiembre 29 de 2016; y STP-6010, julio 09 de 2020, radicado No. 1317/11234, entre otros pronunciamientos.

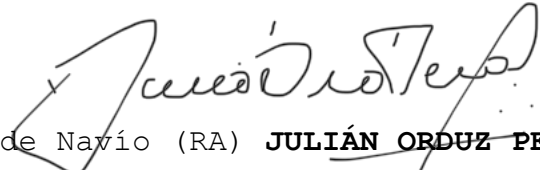
⁴⁵ Modificado por el artículo 101 de la Ley 1395 de 2010.

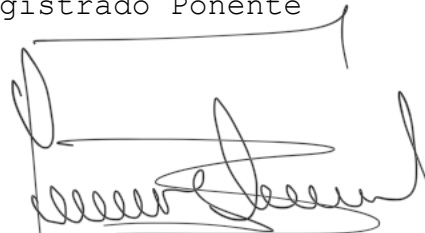
⁴⁶ Ley 522 de 1999, artículo 341, "FORMAS DE NOTIFICACIÓN. Las notificaciones al procesado que estuviere detenido y al agente del Ministerio Público, siempre se harán en forma personal.

Las notificaciones al procesado que no estuviere detenido, a los defensores y al apoderado de la parte civil, se harán personalmente si se

haya lugar por parte de la Secretaría común de la Corporación, vuelva la actuación al juzgado de conocimiento de origen para lo de su competencia.

RADIQUESE, CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.


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


Brigadier General **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**
Magistrado


Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado

presentaren a la secretaría dentro de los dos (2) días siguientes al de la fecha de la providencia; pasado este término sin que se haya hecho la notificación personal, habiéndose realizado las diligencias para ello, las sentencias, las resoluciones acusatorias y los autos de cesación de procedimiento se notificarán por edicto. Los demás autos se notificarán por estado."

Ley 600 de 2000, artículo 187 [Modificado por el artículo 101 de la Ley 1395 de 2010], "EJECUTORIA DE LAS PROVIDENCIAS. Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes.

La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente."

Abogado **ALVARO IVAN QUINTERO GAYON**
Secretario encargado