

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala : Tercera de Decisión
Magistrado Ponente : CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA
Radicación : 159397-333-I-371-EJC
Procedencia : Juzgado Octavo de Brigadas
Ejército Nacional
Procesado : SLR. JONATHAN DAVID RENGIFO
DELGADO
Delito : Deserción
Motivo de alza : Apelación sentencia condenatoria
Decisión : Confirma sentencia.

Bogotá D.C., abril catorce (14) 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 el doctor JUAN CAMILO LONDOÑO LÓPEZ, Procurador 191 Judicial I Penal, en contra de la sentencia adiada 30 de noviembre de 2020 por medio

de la cual el Juzgado Octavo de Brigadas del Ejército Nacional, sito en Medellín (Antioquia), condenara al SLR. JONATHAN DAVID RENGIFO DELGADO a la pena de ocho (08) meses de prisión como autor responsable del delito de desertión, negándole coetáneamente la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal.

II. HECHOS

Dan cuenta las fojas que el entonces Soldado Regular JONATHAN DAVID RENGIFO DELGADO, orgánico del Batallón de Ingenieros No. 15 "*General Julio Londoño Londoño*" del Ejército Nacional acantonado en Unión Panamericana - Las Ánimas (Chocó), habiendo sido incorporado para prestar el servicio militar obligatorio en el primer contingente de 2018, en la tarde del 03 de agosto de 2018 abandonó sin autorización alguna las instalaciones de la unidad, permaneciendo ausente por más de cinco (05) días consecutivos, volviéndose a tener noticia de su paradero solo hasta el 24 de diciembre del mismo año cuando se presentó a rendir voluntariamente diligencia de indagatoria dentro de la presente causa.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Como consecuencia del episodio fáctico compendiado, el 02 de noviembre de 2018¹ el Juez 26 de Instrucción Penal Militar dispuso el inicio de formal investigación en contra del SLR. JONATHAN DAVID RENGIFO DELGADO por la presunta comisión del delito de desertión, librando, con el propósito de obtener su vinculación procesal, citaciones escritas a las direcciones registradas², citaciones también efectuadas mediante vía radial³.

Mediante Orden Administrativa de Personal adiada 03 de diciembre de 2018⁴ el prenombrado militar fue retirado del servicio activo del Ejército Nacional.

El sindicado se presentó voluntariamente al juzgado instructor el 24 de diciembre de 2018⁵ y el 12 de febrero de 2019⁶ fue vinculado mediante diligencia de indagatoria.

Su situación jurídica provisional fue resuelta casi cinco (05) meses después, el 30 de julio de la misma anualidad⁷, ello en el sentido de abstenerse de imponer medida de aseguramiento de detención al estimar que la misma no era necesaria.

Reputado perfeccionado el ciclo instructivo por parte del juez instructor, el sumario fue remitido el 31 de

¹ Folios 14 al 16 C.O.1.

² Folios 17 y 46 *Ibidem*.

³ Folio 26 *Ibidem*.

⁴ Folio 74 *Ibidem*.

⁵ Folio 49 *Ibidem*.

⁶ Folios 77 al 80 *Ibidem*.

⁷ Folios 84 al 99 *Ibidem*.

diciembre de 2019⁸ a la Fiscalía Once Penal Militar del Ejército Nacional, despacho que mediante auto del 15 de enero de 2020⁹ dispuso devolver el mismo para la práctica de algunas pruebas.

El expediente fue remitido por segunda vez a la citada Fiscalía Once Penal Militar el 23 de junio de 2020¹⁰, despacho que cerró el ciclo instructivo a través de auto del 15 de julio de la misma anualidad¹¹.

El mérito sumarial fue calificado el 04 de agosto de 2020¹², ello en el sentido de proferir resolución de acusación en contra del SLR. JONATHAN DAVID RENGIFO DELGADO como autor del punible de desertión.

Ejecutoriada la resolución de acusación el 31 de agosto de 2020¹³, el 1° de septiembre siguiente se remitió el plenario al Juzgado Octavo de Brigadas del Ejército Nacional sito en Medellín (Antioquia)¹⁴.

Este despacho de instancia, vía auto del 03 de noviembre de 2020¹⁵, fijó fecha y hora para la realización de la audiencia de acusación y aceptación de cargos, misma que se llevó a cabo el 18 de noviembre siguiente¹⁶, siendo declarando persona ausente al acusado, circunstancia esta última que

⁸ Folio 163 *Ibidem*.

⁹ Folios 165 al 167 *Ibidem*.

¹⁰ Folio 263 C.O. 2.

¹¹ Folio 265 *Ibidem*.

¹² Folios 273 al 291 *Ibidem*.

¹³ Folio 301 *Ibidem*.

¹⁴ Folio 302 *Ibidem*.

¹⁵ Folio 304 *Ibidem*.

¹⁶ Folios 314 al 325 *Ibidem*.

determinó se siguiere el rito propio de la Corte Marcial.

Mediante sentencia del 30 de noviembre de 2020¹⁷ el Juzgado Octavo de Brigada del Ejército Nacional condenó al SLR. JONATHAN DAVID RENGIFO DELGADO a la pena principal de ocho (08) meses de prisión como autor responsable del delito de desertión, negándole coetáneamente la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal.

Inconforme con tal determinación el doctor JUAN CAMILO LONDOÑO LÓPEZ, Procurador 191 Judicial I Penal, el 10 de diciembre siguiente interpuso y sustentó recurso de apelación¹⁸, mismo cuya resolución concita la atención de esta Tercera Sala de Decisión en esta oportunidad.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

La Juez Octava de Brigada del Ejército Nacional en encargo, Teniente Coronel (RVA) BRIGHITE PATIÑO PLATA, luego de establecer el acontecer fáctico, la identificación e individualización del procesado y la actuación procesal relevante, entre ella la intervención de los sujetos procesales en la audiencia de la Corte Marcial, indicó que para la fecha de los hechos el SLR. JONATHAN DAVID RENGIFO DELGADO tenía la calidad de Soldado Regular del Batallón de Ingenieros

¹⁷ Folios 326 al 347 *Ibídem*.

¹⁸ Folios 356 al 365 *Ibídem*.

No. 15 "General. Julio Londoño Londoño" del Ejército Nacional y, asimismo, que se le imputó la comisión del reato de desertión contemplado en el numeral 2° del artículo 109 de la Ley 1407 de 2010 al haber abandonado el servicio el 03 de agosto de 2018 permaneciendo ausente por más de cinco (05) días.

Indicó que el procesado abandonó el servicio de manera dolosa en tanto tenía plena conciencia y voluntad de lo que estaba haciendo y de las consecuencias que ello le acarrearía, pues había recibido instrucción en el área penal militar, por lo que -agregó- actuó a sabiendas de que su conducta era militarmente ilícita, además que su actuar estuvo libre de cualquier clase de coacción y su única intención era abandonar el servicio militar.

En torno a la antijuridicidad indicó que no existe medio de prueba que indique que el acusado se encontraba inmerso en alguna de las circunstancias de ausencia de responsabilidad contempladas en el artículo 33 de la Ley 1407 de 2010, además que aquel contaba con buena salud y no tenía obligaciones que le impidieran cumplir con sus deberes institucionales.

Añadió que igualmente se encontraba probado que el procesado no tiene la calidad de víctima del conflicto armado, que en el momento en que fue incorporado no era casado ni convivía en unión marital de hecho, que no tenía hijos ni personas que dependieran económicamente de él y que tampoco pertenecía a alguna comunidad indígena, por lo que no estaba exento para

la prestación del servicio militar obligatorio acorde con lo señalado en el artículo 28 de la Ley 48 de 1993.

En punto al escaño dogmático de la culpabilidad adujo la referida juez de primer grado que:

"(...) el aquí procesado tenía pleno conocimiento de la comisión del ilícito y deseó su realización, fue su deseo no regresar, ni siquiera se comunicó con superior alguno, ni siquiera por interpuesta persona, verbigracia, sus padres o familiares.

Su responsabilidad penal será entonces a título de dolo, toda vez que durante su formación militar se le dio a conocer sobre delitos militares y las consecuencias jurídicas que su condición le acarrearían, empero a lo anterior se determinó de manera consciente, deliberada y voluntaria a la realización de la conducta alcanzando efectivamente su resultado, como ha sido ampliamente analizado en acápite anterior. Por ende, actuó a sabiendas de que su conducta era militarmente ilícita, actuando el citado sin el influjo de ningún tipo de coacción, ni física ni emocional, así que según los elementos materiales probatorios que aquí reposan, su única intención era abandonar el servicio militar"¹⁹.

Indicó, asimismo, que estaban satisfechas las exigencias del artículo 396 del Digesto Castrense para dictar sentencia de condena, esto al estar probada la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad penal del procesado por el delito de desertión.

De otra parte, descartó los argumentos enarbolados por el representante del Ministerio Público y el defensor

¹⁹ Folios 341 y 342 C.O. 2.

en la audiencia de Corte Marcial, quienes solicitaron la cesación de procedimiento al haber operado la prescripción de la acción penal, para lo cual manifestó que atendiendo a los precedentes trazados por el Tribunal Superior Militar y Policial se ha de entender que el delito de desertión es un reato de mera conducta y de ejecución permanente *"pues en primer término el hecho se consuma con la sola ausencia del soldado sin depender de ningún resultado diferente y respecto a su conducta de carácter permanente el hecho punible no termina con el término de 5 días impuestos por el legislador sino que continua [sic] en el tiempo pues mientras persista la ausencia del referido el bien jurídicamente protegido continua violentándose."*

Afirmó que tratándose de un delito de ejecución permanente *"entenderíamos en este caso que el asunto no ha cesado pues el bien jurídico continúa violentado ya que el soldado RENGIFO DELGADO JHON ANDERSON permanece en contumacia"*. Para apuntalar su dicho citó y transcribió una decisión de esta Corporación²⁰ al respecto.

Para la tasación del *quantum* punitivo indicó que *"Al no existir ningún tipo de agravantes ni atenuantes específicos y tampoco generales como es la ausencia de antecedentes según se certifica, condénese a la pena mínima, es decir ocho (8) meses de prisión"*.

Finalmente, denegó la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa

²⁰ Radicado 158546 del 21 de noviembre de 2016, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.

prohibición legal contenida en el artículo 63 de la Ley 1407 de 2010.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El doctor JUAN CAMILO LONDOÑO LÓPEZ, Procurador 191 Judicial I Penal de la ciudad de Medellín, solicitó revocar la providencia impugnada, para lo cual indicó que *"este proceso no debió ni debe continuar pues LA ACCIÓN PENAL SE ENCUENTRA EVIDENTE E INDEFECTIBLEMENTE PRESCRITA y habilitar términos adicionales vía jurisprudencia de escasa representatividad y legalidad, es lo más parecido a vía de hecho"*, a reglón seguido transcribió los alegatos enarbolados en la audiencia de Corte Marcial, mismo en los que en síntesis señaló que la prescripción operó el 09 de agosto de 2020 y la ejecutoria de la resolución de acusación fue el 29 de agosto de dicho año.

Posteriormente señaló que se encontraba en desacuerdo con el argumento de la juez primaria quien indicó que el delito de deserción es de ejecución permanente, calificando dicha afirmación como una *"interpretación peligrosista y por demás [sic] desfavorable"*, cuestionando porqué en el momento en que el procesado se presentó voluntariamente a rendir diligencia de indagatoria no fue reincorporado para prestar su servicio militar, por lo que *"el argumento consistente en que ya fue retirado administrativamente de la institución, no tendría tampoco cabida alguna para negarse a ello, pues pareciera ser que este acto administrativo de*

vinculación o desvinculación en los de deserción [sic] es intrascendente, al punto que, si existen actos irregulares en el acto de incorporación, tampoco se desvirtúa la comisión del delito".

Afirmó que la decisión citada por la juez de primera instancia corresponde a una sola decisión emitida por una de las tres salas que integran el Tribunal Superior Militar y Policial, decisión cuyo contenido dijo respetar más no compartir, agregando, luego de transcribir apartes de la obra Derecho Penal General de Juan Fernández Carrasquilla en torno a las características del tipo penal, que la posición adoptada por esta Corporación es "injusta" y no consulta los principios de exhaustividad, exclusividad, incomunicabilidad, teleológico y de taxatividad al considerar el delito de deserción como un delito de ejecución permanente, ello al "adoptar una posición doctrinal sobre los delitos de ausencia, que hace referencia a situaciones que se presentaron en el transcurso de guerras mundiales, en contextos ajenos al colombiano, y que tocaban con el deber de presencia de los soldados para defender la humanidad del holocausto que en esas épocas se estaba presentando".

Estimó que con su decisión este Tribunal está ampliando el término de prescripción para el delito de deserción, además que la lectura del artículo 109 de la Ley 1407 de 2010 se concluye que dicho delito se consuma de forma instantánea al sexto día de haber estado evadido el conscripto, así mismo, que equiparar el mismo con delitos como el concierto para delinquir

y la desaparición forzada constituye una analogía en disfavor del procesado.

Refirió que el delito de deserción se puede equiparar a un delito de ejecución instantánea con efectos permanentes como el hurto o el homicidio, pues a pesar de ser de ejecución instantánea sigue produciendo efectos permanentes en el mundo fáctico, pero no por ello sus términos de prescripción se amplían de forma indeterminada.

Finalmente, añadió que:

*"(...) se ha dicho que considerar la deserción como delito instantáneo traería aparejado tratarlo como delito continuado, porque cada sexto día se materializaría, y ese argumento riñe de manera más drástica con el principio de legalidad que la posición antes señalada, pues el legislador no dispuso que por cada 5 días que pasen sin el reintegro del conscripto se consuma el delito, si no que lo hizo en una sola ocasión, por lo que aplicar dicha postura no tendría cabida alguna tampoco al interior de nuestro ordenamiento jurídico."*²¹

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El doctor JOSE FERNANDO ZULOAGA GIRALDO, Procurador 1º Judicial II de Apoyo a Víctimas ante esta instancia, en su concepto de rigor indicó que comparte los argumentos de su homólogo ante la primera instancia y solicitó se replantee el criterio de este colegiado en

²¹ Folio 364 *Ibídem*.

torno a que la conducta punible de deserción es de ejecución permanente.

Posteriormente definió y estableció la diferencia entre delitos de ejecución permanente y delitos de efectos permanentes, refiriendo que estos últimos corresponden a aquellos en los que la lesión del bien jurídico es instantánea pero se conservan las consecuencias de la infracción, más no el mantenimiento del injusto.

Afirmó que en su concepto la conducta punible de deserción es de ejecución instantánea y quizá por ello es que el artículo 111 de la Ley 1407 de 2010 establece que las penas de que tratan los artículos anteriores se reducirán hasta en la mitad cuando el responsable se presente voluntariamente dentro de los ocho (8) días siguientes a la "consumación" de la conducta, por lo que atendiendo a ello señaló:

*"Si aceptáramos, entonces, que la conducta de deserción es de ejecución permanente tendríamos que concluir que este artículo siempre se aplicaría al agente que en cualquier momento resuelva regresar a las filas, pues la consumación aun sucede. Empero, esa finalidad no fue la perseguida por el legislador, pues es claro que el delito de deserción se perfecciona, para el caso objeto de análisis, cuando el agente incorporado al servicio militar se ausente sin permiso por más de cinco días siguientes consecutivos del lugar donde preste su servicio, conforme reza el artículo 109 numeral 1 del Código Penal Militar"*²²

²² Folio 378 C.O. 2.

Refirió que en el presente evento el acusado abandonó la unidad militar el 03 de agosto de 2018 por lo que la conducta se perfeccionó el 09 de agosto siguiente.

Expuso que el delito de desertión se puede equiparar, guardadas diferencias, al reato de fuga de presos, delito este último respecto del cual la Corte Suprema de Justicia²³ ha señalado que se trata de una conducta de ejecución instantánea con efectos permanentes.

Finalmente, refirió que en el evento sub examine el delito de desertión se consumó el 09 de agosto de 2018 el fenómeno de la prescripción ocurrió el 09 de agosto de 2020 fecha en la cual la resolución de acusación no se encontraba ejecutoriada, pues dicha ejecutoria acaeció el 31 de agosto de 2020.

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 este año²⁴, como de los ocurridos

²³ Radicado 52871 del 13 de junio de 2018, M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABARLLERO, AP 664 de 2016, AP 2580 de 2015 y AP 2889 de 2019.

²⁴ 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.

con posterioridad a la misma -no empee 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 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

Llevada a cabo de esta manera la sinopsis de las principales actuaciones procesales adelantadas en la presente causa, al igual que extractadas las argumentaciones vertidas en el recurso de alzada a título de sustentación del disenso del recurrente respecto de la sentencia que es objeto de control ante esta instancia, mismas que apuntan a que se decrete la prescripción de la acción penal al estimar que el delito de deserción es de ejecución instantánea con efectos permanentes, como también la postura al

respecto del delegado del Ministerio Público ante esta instancia, se habrá de acometer aquel no empece, acota la Sala, que el ejercicio dialéctico inmerso en el mismo conduciría a su declaratoria de desierto, esto habida cuenta de la simple manifestación de desacuerdo frente a lo decidido por la *Iudex A quo* sobre el fenómeno prescriptivo, de la repetición de lo argüido al respecto en el alegato enarbolado ante la primera instancia sin señalamiento del *vitio in iudicando* que troca la decisión confutada en pasible de revocatoria y de la palmar gravitación del reproche impugnatorio pero no frente a la decisión de la Juez Octavo de Brigada del Ejército Nacional sino de cara a pronunciamiento de éste Tribunal Castrense que sobre la naturaleza tipológica del reato típicamente militar enjuiciado invocara aquella funcionaria, acometimiento que se hará, no empece lo anotado, en tanto acudiendo al principio de caridad²⁵ es dable extractar la existencia de una mínima argumentación frente al punto de Derecho en cuestión y a lo decidido por la falladora de primer grado.

Precisado lo anterior y con miras a dilucidar el tópico que concita la atención de la Sala, se seguirá el siguiente derrotero metodológico a título de carta de navegación: *i)* se reiterará lo que entraña la doctrina del precedente judicial y los criterios hermenéuticos de interpretación judicial; *ii)* se

²⁵ Principio propio de la filosofía analítica comporta que el intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, suponga dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones son correctas a efectos de desentrañar el sentido de las censuras. De esta forma, el operador judicial hará caso omiso de los errores, exponiendo cada postura jurídica desde la perspectiva más coherente y racional posible.

rememorará lo que esta Corporación ha decantado frente al término de prescripción del reato militar de deserción y a su naturaleza tipológica; y *iii*) se adoptará la decisión que en Derecho corresponde respecto del asunto sometido a conocimiento de esta Colegiatura.

i) La doctrina del precedente y los criterios hermenéuticos de interpretación judicial.

Como primera medida resulta pertinente rememorar que la actividad judicial implica la interpretación permanente de las diferentes disposiciones que integran el ordenamiento jurídico, por lo que el juez en su función de administrar justicia no puede limitarse a efectuar una disquisición literal de la ley, por el contrario, ésta actividad, dinámica por naturaleza, debe orientarse a lograr la interpretación armónica del sistema normativo, esto es, articularse bajo la idea de consistencia y coherencia de un sistema jurídico²⁶, razón por la cual debe apuntalarse en criterios hermenéuticos como el histórico, el finalista, el valorativo, el de ponderación de intereses y, además, en el precedente judicial.

Este último criterio, mismo en el que las autoridades avaladas al efecto desentrañan el sentido lógico jurídico de las normas, ha adquirido en el último siglo creciente importancia en nuestro sistema

²⁶ WRÓBLEWSKI, JERZY, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. A. Azurza, Madrid: Civitas, 1988, pp. 48-50.

jurídico de tradición romano-germánica, tornándose en fuente de Derecho, al punto que la Corte Constitucional al estudiar el artículo 230 de la Carta Magna que prescribe que los jueces solo se encuentran sometidos al imperio de la ley, aclaró que la palabra "ley" debe ser interpretada de manera amplia como el conjunto de normas que conforman el ordenamiento jurídico, incluidos los precedentes judiciales, esto es el concepto de ley en sentido material²⁷.

Precedentes cuya valía para la función pública de administrar justicia resulta innegable en tanto dado que los diversos operadores judiciales pueden tener, y tienen, comprensiones diferentes del contenido de una misma prescripción jurídica y derivar de ella, por tal razón, efectos distintos, su existencia y observancia se erige en correlato necesario de la autonomía judicial, bajo el supuesto de que la independencia interpretativa es un principio relevante pero que se encuentra vinculado por el respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales que fijan criterios para la interpretación del Derecho.

Cuando ese precedente emana de los altos tribunales de justicia en el país, adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza,

²⁷ Sentencias C-836 de 2001 (M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL), C-539 de 2011 y C-634 de 2011 (ambas con ponencia del Magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA). La consideración sobre el carácter amplio del concepto "*imperio de la ley*", como referente único de las decisiones judiciales, fue sostenida por la Corte desde la sentencia T-448 de 1998, y desde entonces, ha sido un elemento fundamental en la interpretación del artículo 230 de la Carta Política.

certeza del derecho y debido proceso. Adicionalmente, se le considera indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del ordenamiento jurídico²⁸.

Y ello es así, en tanto las normas y reglas jurídicas imperantes son susceptibles de traer consigo vacíos o ambigüedades que pueden generar, se itera, diversas interpretaciones, derivadas incluso de la imprecisión del lenguaje, haciendo necesario que los órganos encargados de interpretar las normas constitucionales y legales así lo hagan fijando su contenido y alcance -esto es precedente en estricto sentido-, ello en procura de la realización de la igualdad, de la buena fe, de la seguridad jurídica y de la necesidad de propender por un orden jurídico coherente y cohesionado.

Esto adquiere mayor relevancia en la medida que con una actividad interpretativa tal se garantiza el respeto del derecho de la igualdad en la aplicación de la ley y de la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades del Estado (art. 13, Constitución Política de 1991) que demandan, como elemento racionalizador de la actividad judicial, que problemas jurídicos semejantes o que planteen un punto de Derecho similar, sean resueltos por quienes administran justicia en las mismas condiciones en

²⁸ Cfr. sentencia T-292 de 2006 en la que se dijo: "En este sentido, la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable."

punto a la interpretación de la norma a aplicar y de la solución a aplicar en justicia.

En este orden de ideas se habrá de decir, por una parte, que los precedentes constitucionales -los que emanan de la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto que le compete- tienen un lugar privilegiado en el análisis de casos por parte de los operadores jurídicos, so pena de quebrantar principios constitucionales como la igualdad y la supremacía de la Constitución²⁹. En consecuencia, los jueces están obligados a acoger los precedentes constitucionales en la medida en que deben interpretar el derecho en compatibilidad con la Carta Axiológica³⁰. Es así, indudablemente, un límite a la autonomía judicial.

Dicha obligatoriedad implica de un lado la fuerza *erga omnes* de las decisiones que se adoptan en los fallos de control constitucional abstracto de las leyes y, por otra, la protección del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación e interpretación del Derecho llamado a regir problemas jurídicos, cuestiones constitucionales, hechos del caso, normas juzgadas o puntos de derecho análogos.

Y de otro lado, se ha de acrisolar, que ha sido la propia Corporación guardiana de la indemnidad y de la supremacía de la Constitución Política la que ha relevado la importancia del precedente de los órganos

²⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-640 de 1998, M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-688 de 2003. M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

judiciales que constituyen la segunda instancia de los procesos que se surten en las diversas jurisdicciones, esto al referirse al mismo, a la autonomía judicial en materia hermenéutica y a la posibilidad de apartarse de aquel, ello en decisión que se trasuntará *in extenso* dada su importancia para el cometido del presente trámite y cuyo estricto acatamiento se impone como quedó precisado líneas atrás. Así aquilató el Alto Tribunal:

"Sin embargo, también es claro que la autonomía judicial que se protege, en materia de interpretación, no es del todo absoluta. Al respecto, la sentencia T-688 de 2003³¹, recordó precisamente que en esta área concreta existen criterios objetivos que permiten fijar un límite legítimo a la interpretación judicial, en la medida en que orgánicamente establecen premisas generales que no pueden ser libremente desechadas por el fallador, así:

a) Los recursos de apelación y consulta en la estructura orgánica de la rama judicial, permiten precisamente que el superior revise una decisión del a quo. Si ello es así, es claro que el juez superior puede controlar la interpretación del inferior frente a normas concretas o aspectos jurídicos específicos, por lo que el juez inferior deberá en principio tener en cuenta las apreciaciones del juez superior al respecto, y no desoír libremente estas consideraciones. De ahí que si lo que pretende es apartarse de las consideraciones del superior, su carga mínima será fundar esa separación de las consideraciones del superior en su decisión. En este sentido, puede decirse objetivamente, que el juez de instancia está limitado por el precedente fijado por sus superior frente a la aplicación o interpretación de una norma concreta, por lo que en casos similares deberá evaluar sus consideraciones con base en las observaciones que se le hagan, so pena de que en sede

³¹ M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

de apelación le sea avalada o refutada la doctrina establecida en un caso concreto.

(...)

d) Por otra parte, el principio de doctrina probable³² constituye también un límite a la autonomía del juez. Precisamente en las sentencias C-836 de 2001 y SU-120 de 2003, la Corte Constitucional analizó el tema de esta doctrina y concluyó que **la doctrina probable supone el respeto de los órganos judiciales hacia la jurisprudencia fijada por el órgano superior**. Dicho respeto³³, además de apoyarse en el derecho a la igualdad, se desprende también del carácter unitario de la nación, y especialmente de la judicatura, que demanda la existencia de instrumentos de unificación de la jurisprudencia nacional.

En ese orden de ideas y acorde con la sentencia SU-120 de 2003³⁴, si bien el estado de certeza que crea el respeto por las decisiones judiciales previas no debe ser sacralizado en la medida en que las normas jurídicas requieren de la intervención de los jueces para que las apliquen en situaciones jurídicas cambiantes, la sujeción a la doctrina probable no implica una interpretación inmutable de la ley, sino un respeto a la confianza legítima de los asociados frente a las decisiones jurisprudenciales. Respetar esta doctrina asegura que los cambios jurisprudenciales no sean arbitrarios, que la modificación en la interpretación de las normas no se deba a un hecho del propio fallador, y que sea posible proteger las garantías constitucionales como el derecho a la igualdad, en la aplicación en interpretación de la ley.

(...)

³² De acuerdo con el artículo 4° de la Ley 169 de 1896, norma declarada exequible, tres decisiones judiciales de la máxima autoridad jurisdiccional constituyen "doctrina probable".

³³ En la aclaración de voto de los Magistrados CEPEDA y MONROY a la sentencia C-836 de 2001, se habla más de obligatoriedad del precedente, que de respeto.

³⁴ Corte Constitucional. M.P. ALVARO TAFUR GALVIS.

Evidentemente no es posible llegar a esa conclusión, en la medida en que es perfectamente plausible para una autoridad judicial apartarse de decisiones previas³⁵ que involucren hechos similares, siempre y cuando se sustenten debidamente las razones por las cuales el operador se aparta o modifica una posición³⁶ jurisprudencial anterior. En este sentido, aunque esa es la regla general, vale la pena distinguir como lo hace la jurisprudencia³⁷ constitucional, entre la preeminencia de precedentes horizontales y precedentes verticales, a fin de reconocer en cada caso, la contundencia o no de un precedente en la valoración que debe realizar el fallador en su sentencia. En ese sentido, los horizontales se refieren a precedentes fijados por autoridades de la misma jerarquía institucional y los segundos, se refieren a precedentes de autoridades judiciales con claras atribuciones superiores.

Así, en sentido vertical³⁸, se puede aceptar que un juez inferior se aparte del precedente de su superior si, i) después de hacer referencia expresa al referente y ii) luego de resumir su esencia y razón de ser, iii) se aparta voluntariamente de él exponiendo razones debidamente fundadas para justificar su decisión³⁹. Para apartarse de un precedente, por ejemplo, de la Corte Suprema de Justicia que es el órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria, será necesario que el juez de instancia ofrezca por demás razones de peso serias para separarse abiertamente del mismo, como pueden ser entre otras, acorde a la doctrina constitucional⁴⁰: a) que las razones de la sentencia anterior no se aplica al caso concreto, por existir elementos nuevos que hacen necesaria la distinción; b) que la Corte Suprema no haya valorado elementos normativos relevantes, que alteren en consecuencia, la admisibilidad del precedente,

³⁵ Sentencia T-123 de 1995. M.P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

³⁶ Sobre el tema véanse las sentencias: SU-047 de 1999, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO; T-1625 de 2000, M.P. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ y C-836 de 2001, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.

³⁷ Sentencia T-688 de 2003.M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Salvamento de Voto. T-1185 de 2001.

³⁸ En ese sentido ver la sentencia T.688 de 2003. M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

³⁹ Sentencia C-836 de 2001. M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.

⁴⁰ Sentencia T-688 de 2003. M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

para el nuevo caso; c) que desarrollos dogmáticos posteriores al pronunciamiento del operador, lleven a la convicción de que es posible adoptar una postura que responda mejor a la institución jurídica en sí misma considerada; d) que la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hayan pronunciado de manera contraria a la interpretación del la Corte Suprema de Justicia o, finalmente, e) que sobrevengan cambios normativos que hagan incompatible el precedente con el nuevo ordenamiento jurídico.

(...)

En el caso de los Tribunales, esta Corporación ha manifestado⁴¹ que como órganos jerárquicamente superiores en el nivel correspondiente, asumen igualmente la tarea de unificar la jurisprudencia dentro de su jurisdicción. De allí que la función de unificación jurisprudencial les es oponible en aquellas áreas en las que la Corte Suprema de Justicia, no ejerce por razones legales, esa competencia. **En ese sentido, esta Corte ha considerado que les son aplicables las reglas sobre precedente y doctrina probable, en la medida en que para lograr la igualdad de trato y la aplicación correcta del derecho, la unificación de jurisprudencia es indispensable también a ese nivel.**

(...)

En conclusión, y de manera general, para efectos de separarse del precedente horizontal o vertical, son necesarios entonces, dos elementos básicos: i) referirse al precedente anterior y ii) ofrecer un argumento suficiente para el abandono o cambio si en un caso se pretende fallar en un sentido contrario al anterior en situaciones fácticas similares, a fin de conjurar la arbitrariedad y asegurar el respeto al principio de igualdad. En este sentido, no debe entenderse que el deber del juez es simplemente el de ofrecer argumentos contrarios al precedente, sino que es su deber probar con argumentos por qué en un caso concreto el precedente puede ser aplicable y en otros

⁴¹ *Ibidem.*

no. Proceder de manera contraria, esto es, hacer caso omiso del precedente, -cualquiera que este sea-, de manera intencional, por desconocimiento o por despreocupación, permite que la discrecionalidad del juez en su área pueda llegar a introducir criterios de diferenciación no avalados por la constitución. Sólo este proceso permite superar la barrera que el derecho a la igualdad impone en la aplicación e interpretación del derecho para casos similares, en los estrados judiciales.”⁴². (Negrillas de la Sala)

Colígese de lo anterior que las autoridades públicas, y en especial aquellas que administran justicia, deben ceñirse en el ejercicio de su rol funcional a las pautas previamente trasuntadas, lo cual apareja la obligación de respetar y aplicar, en general, el precedente sentado por los tribunales a los que compete unificar la jurisprudencia, y, en particular, los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores, obligación que persiste mientras no exista un cambio de legislación que varíe el principio o regla jurisprudencial definida en la *ratio decidendi* de aquellos, aclarando que no empee lo hasta aquí dicho, asiste a tales autoridades la posibilidad apartarse del mismo, en ejercicio de la autonomía judicial, siempre y cuando -ceñidas a los criterios de transparencia y suficiencia-, argumenten de manera adecuada, razonada, fundada y con estricto apego al principio de suficiencia, los motivos por las cuales se apartan del precedente, motivos que habrán de hallar cabal sustentáculo en la misma jurisprudencia de los altos tribunales⁴³.

⁴² Corte Constitucional, sentencia T-698/04, M.P. RODRIGO UPRIMNY YEPES.

⁴³ Ver entre otras sentencias C-836 de 2001, T-683 de 2006, y T-170/15.

ii) El término de prescripción del reato militar de deserción y la naturaleza tipológica del mismo.

Al respecto se habrá de señalar, dada la pretensión del recurrente, que la prescripción de la acción penal es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción⁴⁴. Dicho fenómeno ocurre, como ha decantado la Honorable Corte Constitucional de nuestro país, cuando quienes tienen a su cargo el ejercicio de la acción penal dejan vencer el plazo señalado por el legislador para tal efecto, sin haber adelantado las gestiones necesarias tendientes a determinar la responsabilidad del infractor de la ley penal, lo que implica que la autoridad judicial competente pierde la potestad de seguir una investigación en contra de la persona beneficiada con la prescripción⁴⁵.

La prescripción de la acción penal, explica también la referida Corte, tiene una doble connotación: por un lado, obra a favor del procesado, quien se beneficia de la garantía constitucional que le asiste a todo ciudadano para que se le defina su situación jurídica, pues no puede quedar sujeto perennemente a la imputación que se ha proferido en su contra, además que la sociedad no puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los diversos delitos cometidos y que generan zozobra en la

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-556 de 2001, M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS.

⁴⁵ Cfr. sentencias C-416/02, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ y C-570/03, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

comunidad⁴⁶; y por otro, implica para el Estado una sanción frente a su inactividad.

Dicho instituto, ha dicho igualmente el órgano plural en cita, encuentra fundamento en el principio de la seguridad jurídica, ya que la finalidad esencial de la prescripción de la acción penal está íntimamente vinculada con el derecho que tiene todo procesado de que se le defina su situación jurídica, pues *"ni el sindicato tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad"*⁴⁷.

A la par de ello, este fenómeno preclusivo de la potestad estatal para investigar, enjuiciar y sancionar al autor o partícipe de una conducta típica, antijurídica y culpable, hace parte del núcleo esencial del debido proceso, puesto que su declaratoria tiene la consecuencia de culminar de manera definitiva una actuación, con efectos de cosa juzgada, contrariamente a lo que ocurre con los fallos inhibitorios, que no resuelven el asunto planteado y que dejan abierta la posibilidad para que se dé un nuevo pronunciamiento⁴⁸.

Al interior de esta jurisdicción foral, como se apuntalare en en anteriores pronunciamientos de este

⁴⁶ Sentencia C-176/94, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

⁴⁷ *Ídem*.

⁴⁸ Cfr. sentencia C-666/96, M.P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

Tribunal Castrense⁴⁹, el instituto jurídico de la prescripción de la acción penal se encuentra regulado en los artículos 82 a 87 de la Ley 522 de 1999, norma adjetiva aplicable en el presente evento⁵⁰, ello con similar redacción a la de los arts 75 a 79 de la Ley 1407 de 2010, codificación esta última cuya vigencia en el ordenamiento jurídico Colombiano es innegable como ha venido afirmando iteradamente este Colegiado, coincidiendo sus cánones 83 y 75, respectivamente, en señalar que el término establecido para que opere dicho fenómeno equivale al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de libertad, sin que en evento alguno, excepción hecha del delito de deserción, pueda ser inferior a cinco (5) años ni exceder de veinte (20) años, agregando que en tratándose de delitos comunes la acción prescribirá de acuerdo con las previsiones contenidas en el Código Penal ordinario para los hechos punibles cometidos por servidores públicos.

En punto a la referida excepción, es decir, en aquellos eventos en que la acción penal se origina en el delito de deserción, habrá de rememorar esta Sala de Decisión que ya la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentó precedente⁵¹ -mismo que se

⁴⁹ Autos abril 05 de 2018, radicado No. 158829; septiembre 07 de 2020, radicado No. 159311 y enero 27 de 2021, radicación No. 159388, M.P. CN. (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA, en el mismo sentido auto agosto 05 de 2020, radicado No. 159304, M.P. CR MARCO AURELIO BOLIVAR SUAREZ y auto agosto 26 de 2020, radicado No. 159290, M.P. CR. WILSON FIGUEROA GOMEZ, entre otras decisiones.

⁵⁰ Como quiera que no se ha implementado en la jurisdicción foral el esquema procesal de tendencia acusatorio establecido por la Ley 1407 de 2010, conforme lo estableciera la Corte Suprema de Justicia en el radicado No. 45.632 del 15 de julio de 2015.

⁵¹ 2016, enero 27 de 2016, radicación No. 38151.

erige en de obligatoria observación para este Tribunal dada la fuerza vinculante y la naturaleza de fuente formal del Derecho que le imprime el que aquel órgano plural sea en esta jurisdicción foral el legítimo intérprete del ordenamiento jurídico⁵²-, en el sentido de que el término de prescripción de aquella es el de dos (02) años regulado en el artículo 83, inciso 2º, de la Ley 522 de 1999 que rige los cauces rituales del presente proceso penal, y el mismo se ve interrumpido, independientemente de cualquier otra consideración, con la ejecutoria de la resolución de acusación⁵³, momento procesal a partir del cual inicia a correr nuevamente pero esta vez por un lapso equivalente a la mitad del previamente discurrido, esto es, por un (01) año más, como igualmente lo señalara aquella célula judicial en varios de sus pronunciamientos⁵⁴, inclusive en aquel precedente, y lo ha pregonado unívocamente este Tribunal⁵⁵.

Esto ha aquilatado al respecto el órgano de cierre de esta jurisdicción foral:

⁵¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto abril 1 de 2002, radicado 19002, M.P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU y auto julio 15 de 2015, AP 3976-2015, radicado No. 45632, M.P. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO, entre otros.

⁵² Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-083 de 1995, C-252 de 2001, C-836 de 2001 y C-539 de 2011. Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia casación 30571, febrero 09 de 2009; auto 30775, febrero 18 de 2009; auto 31115, abril 16 de 2009; auto 33659, abril 28 de 2010; revisión 32310, mayo 19 de 2010; sentencia segunda 33331 mayo 06 de 2010; auto 36973, septiembre 19 de 2011 y sentencia casación 34853, febrero 1º de 2012.

⁵³ Ley 522 de 1999, artículo 86, "Interrupción del término prescriptivo de la acción penal. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación.... Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 de este código."

⁵⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, radicado No. 19002, auto abril 11 de 2002, M.P. JOSE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU.

⁵⁵ Tribunal Superior Militar, radicado No. 158823, abril 05 de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ.

"El artículo 83 del Código Penal Militar señala:

"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 agravación y atenuación concurrentes.

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

Más adelante el artículo 86 establece:

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

Respecto del delito de desertión afloran, de acuerdo con ese conjunto dispositivo, los siguientes rasgos: goza de un régimen de prescripción privilegiado y está sometido a un procedimiento especial, según los artículos 578 y 128 del Código Penal Militar.

Estas dos características arrojan como consecuencia que después de la ejecutoria formal del auto que declarara la iniciación del juicio, el término de prescripción de la acción penal se reanude para el delito de desertión, pero con la precipitud de un lapso en extremo breve, pues corre de nuevo por la mitad del término de dos años que de ordinario le correspondía, es decir, por un año."⁵⁶

Y esto reiteró un tiempo después:

"7. No obsta lo anterior para analizar la prescripción de la acción en este asunto, durante el

⁵⁶ Auto abril 1 de 2002, radicado 19002, M.P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU.

juicio, sobre todo porque, sentado el supuesto de que la Ley 1407 de 2010 no le es aplicable en tanto el sistema penal acusatorio no se implementó, salvo que se trate de normas favorables a la situación del sindicado y por lo mismo síguese inaplicable la previsión de su artículo 352 esto es que "proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años", ha transcurrido desde la ejecutoria de la acusación, 4 de abril de 2014, un lapso no inferior a un año, esto es la mitad de aquél legalmente previsto como de prescripción del punible de deserción.

Lo anterior porque si en términos de la Ley 522 de 1999 el lapso de prescripción para la acción penal derivada del delito de deserción es de dos años, que se interrumpe en el sumario con la ejecutoria de la acusación y en el juicio con la de la sentencia, significa que en esta etapa la de segunda instancia no tiene la virtud de suspender la prescripción por ser inaplicable el citado precepto 352 dado precisamente el criterio hermenéutico acá adoptado, sino sólo su ejecutoria.

En este asunto, como ya quedó visto, el período previsto en fase de instrucción de dos años no se concretó, de ahí lo infundado del reparo propuesto, toda vez que los hechos acaecieron en marzo de 2013 y la acusación quedó en firme el 4 de abril de 2014.

8. Pero sí en fase de juzgamiento, porque él se reduce a la mitad del previsto para la etapa sumarial, es decir que, siendo en este evento de dos años en la instrucción, en la causa corresponde a uno, tal como lo ha sostenido la sala en auto penal del 11 de abril de 2012 radicado N° 19002, el cual efectivamente ya transcurrió desde la ejecutoria de la resolución acusatoria sin que, de otro lado, la sentencia haya cobrado firmeza.

Es que si bien en términos generales la acción penal prescribe por el transcurso de un tiempo igual al máximo de pena privativa de libertad señalado en la respectiva disposición, sin que en el sumario sea

inferior a cinco años y en el juicio por un lapso igual a la mitad de aquél sin que tampoco sea inferior a un lustro, es innegable que la propia ley, en este caso la 522 de 1999, ha establecido una excepción al señalarle al delito de deserción un término especial de dos años durante la etapa de investigación.

Luego, por razón del artículo 86 de la citada ley, en el juicio el período prescriptivo se reduce a un año por manera que en esas condiciones tal fenómeno se concretó en tanto, se reitera, la acusación cobró ejecutoria el 4 de abril de 2014 y a la fecha no ha ocurrido lo mismo con la sentencia."⁵⁷ (Resaltos fuera de texto).

Derrotero interpretativo que también ha seguido, se reitera, este Tribunal Castrense en punto a un tópico tal, resultando procedente evocar lo acrisolado en pretérita oportunidad en la que se acotare:

"Conforme a lo anterior, el término prescriptivo de la acción penal en el delito de deserción puede darse en dos eventos: El primero, tiene lugar desde que la conducta se entiende consumada⁵⁸ hasta el momento en que cobra ejecutoria la resolución de acusación, período que de superar los dos años determinará la extinción de la acción penal. El segundo evento, registra como hito base el momento desde el cual cobra ejecutoria la resolución de acusación hasta el día en que queda en firme la sentencia, período que de superar el año determinará la prescripción de la acción penal. Así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, en el último pronunciamiento que sobre el tema expidió, al señalar:

(...)

⁵⁷ Auto julio 15 de 2015, AP 3976-2015, radicado No. 45632, M.P. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

⁵⁸ Tribunal Superior Militar, radicado No. 158237, agosto 14 de 2015, MP. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ.

Bajo ese entendido, no obstante que por vía jurisprudencial se ha establecido que los delitos de contenido castrense o de función son objeto de aplicación del incremento del término prescriptivo aplicable a los servidores públicos, dispuesto en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000⁵⁹, según sea el caso⁶⁰, se exceptúa de aquella regla general al punible de desertión, en tanto la ley penal militar estableció dicho lapso de manera particular."⁶¹.
(Destacado de la Sala)

A las anteriores precisiones -que indican de manera prístina que la acción penal que halla su génesis en el reato típicamente militar de desertión prescribe en el período de dos años que señala el precepto 83 del códex castrense de 1999, que éste se ve interrumpido en la fase de juicio con la ejecutoria de la resolución de acusación y que a partir de allí mentado lapso inicia a correr nuevamente por un año más sin que sea aplicable el incremento del término prescriptivo como regla general en tratándose de delitos cometidos por servidores públicos-, habrá de agregarse, para efectos de la resolución del caso que concita la atención de esta Sala de Decisión, que contrario a lo señalado por el distinguido apelante, esta Corporación ha trazado una línea de pensamiento uniforme, pacífica y mayoritaria en punto a la

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia Nos.17466 del 24 de octubre de 2003, MP HERMAN GALAN CASTELLANOS; 24067 del 18 de mayo de 2006, MP. MARINA PULIDO DE BARON; 28830 del 5 de diciembre de 2007, MP. SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ; 26392 del 2 de diciembre de 2008, MP ALFREDO GOMEZ QUINTERO; 34153 del 30 de junio de 2010, MP. YESID RAMIREZ BASTIDAS; 44829 del 7 de abril de 2012, MP. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ.

⁶⁰ En el entendido que, si los hechos investigados acaecieron antes del 12 de julio de 2011, el aumento para la prescripción será de 1/3 parte de la pena a imponer, por el contrario, si la conducta punible se ejecutó posterior a la fecha antes señalada, el aumento de prescripción de la acción penal se aumentará en la mitad conforme lo dispone la Ley 1474 de 2011.

⁶¹ Vid. Nota 58.

naturaleza de ejecución permanente⁶² del citado delito de ausencia y a las consecuencias que en torno al conteo del referido periodo prescriptivo deriva de ello al interior del trámite procesal, resultando irrefragable la existencia de un conjunto de decisiones que de manera reiterada e inalterable han abordado y desarrollado a profundidad un tema de Derecho de palmar trascendencia al interior de la jurisdicción foral, entendiéndose que esa reiteración implica ya una decantada posición que reclama de los operadores judiciales, en tanto precedente judicial, asumirla o continuarla, posición vertida en variados pronunciamientos *verbigratia* en el que se traerá a colación acto seguido, mismo en el que el asunto jurídico en cuestión fue abordado en estos términos:

"Pero más allá de ello, la Sala abordará el tema objeto de alza desde dos ejes para concluir que en el caso de marras el fenómeno de la prescripción no se ha producido, estos son: i) el tipo de delito que constituye la deserción, y, ii) la norma aplicable para interrumpir la prescripción de la acción penal. Finalmente, se realizara un estudio detallado sobre las razones por las cuales el legislador disminuyó el término de prescripción de la acción penal para el delito de deserción en el artículo 76 de la Ley 1407 de 2010, para precisar que no se debió a razones enraizadas en el cambio del sistema procesal en la

⁶² Véase entre otras decisiones del Tribunal Superior Militar y Policial, radicado 158237, agosto 14 de 2015, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ. Radicado 158236, agosto 28 de 2015, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. Radicado 158206 del 2 de septiembre de 2015, M.P. CN. JULIAN ORDUZ PERALTA. Radicado 158263, auto octubre 30 de 2015. MP MY (RA) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME. Radicado 158061 enero 27 de 2016, M.P. CN. JULIAN ORDUZ PERALTA. Radicado 158586, febrero 14 de 2016. MP MY (RA) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME. Radicado 158417, junio 7 de 2016, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. Radicado 158546, noviembre 21 de 2016, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. Radicado 158662, agosto 15 de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ. Radicado 158946 diciembre 12 de 2018, M.P. CN. JULIAN ORDUZ PERALTA. Radicado 159099, julio 9 de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ. Radicado 159119, septiembre 20 de 2019, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ. Radicado 159190 octubre 7 de 2019, M.P. CN. JULIAN ORDUZ PERALTA.

jurisdicción castrense, sino a una circunstancia que aconteció en el trámite que se surtió en el parlamento Colombiano durante el proceso de formación de la hoy Ley 1407 de 2.010.

8.1. La Deserción como conducta permanente y su prescripción.

Jurisprudencial y doctrinalmente se ha dicho que los tipos penales se pueden dividir bajo cuatro criterios básicos, a saber: i) por su estructura, ii) por su contenido; iii) en relación con el sujeto activo, y, iv) en relación con el bien jurídico tutelado.

En punto de su contenido encontramos los denominados tipos de conducta permanente, definidos, por algunos tratadistas, como aquellos en los que el comportamiento del agente se vive renovando persistentemente en el tiempo, tal como sucede con el secuestro, desplazamiento forzado⁶³.

El tema viene siendo abordado por esta Sala respecto de los llamados delitos de ausencia, puntualmente con lo atinente al reato de Abandono del Servicio y de manera indirecta con la Deserción, concluyendo que se trata de conductas de ejecución permanente.

Sobre el particular, es pertinente recordar in extenso los planteamientos esbozados en pretérita oportunidad para arribar a tal conclusión⁶⁴:

"Respecto a éste último, cuyo abordaje es el que interesa a la Sala para el cometido antes anunciado, se habrá de recordar que no aparece definido en nuestro ordenamiento penal a diferencia de otras figuras de similar estructura como son el delito continuado o el concurso de delitos, indefinición normativa que ha implicado que, tanto doctrina como jurisprudencia, no mantengan conceptos unívocos en torno a lo que debe entenderse por delito permanente, por lo que, las más de las veces, la determinación de si una figura delictiva posee o no tal naturaleza y las incidencias

⁶³ Manual de Derecho Penal, parte general, FERNANDO VELÁSQUEZ V, quinta edición, Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

⁶⁴ Tribunal Superior Militar, Tercera Sala de Decisión, providencia del 24 de junio de 2015, M.P. Capitán de Navío JULIAN ORDUZ PERALTA.

jurídico procesales de ello, suele variar de un órgano judicial a otro.

A nivel de la doctrina, el inolvidable maestro Alfonso Reyes Echandía sostuvo:

"C) **Tipos de conducta instantánea y tipos de conducta permanente.** Tipos de conducta instantánea son aquellos en los que la realización del comportamiento descrito o la producción del evento señalado se agotan en un solo momento.

De esta clase es la injuria (art. 313), en cuanto el ataque al honor o la reputación de una persona se agota en un instante en que se haga público; la bigamia (art. 260), que se consuma en el instante en que culmina la ceremonia matrimonial; y el aborto (art. 343), que se estructura en el momento en que se expulsa el feto como consecuencia de las maniobras realizadas sobre la madre embarazada.

De conducta permanente son aquellos tipos en los que la conducta del sujeto activo se prolonga en el tiempo, de tal manera que su proceso consumativo perdura mientras no se le ponga fin por propia determinación del agente, como resultado de maniobras de la víctima o en razón de las circunstancias ajenas a los protagonistas de la acción. En estos casos, dice PANNAIN, se ocasiona la lesión de un bien jurídico en un momento dado y se prolonga luego esta situación a partir del momento inicial de tal lesión⁶⁵. MAGGIORE sostiene a este respecto que en tales casos el hecho continúa consumándose mientras dure el estado de ilicitud⁶⁶."⁶⁷

Edmundo Mezger en su obra "La antijuridicidad en materia penal", afirmó:

"3) Los delitos permanentes. Son aquellos en los que **mediante la manifestación de voluntad punible del sujeto activo se crea un ulterior estado antijurídico duradero**, como, por ejemplo, en las detenciones ilegales del parágrafo 239 del Código. En tales casos existe legítima defensa, en el sentido del parágrafo 53 del Código, no solo contra la conducta que fundamenta tal situación, sino

⁶⁵ REMO PANNAIN, Manuale di Diritto Penale.

⁶⁶ GIUSEPPE MAGGIORE, Derecho penal, vol. 1.

⁶⁷ REYES ECHANDÍA, ALFONSO, Tipicidad, Santa fe de Bogotá, Editorial Temis, 1999, páginas 139 a 140.

también contra la **permanencia del estado antijurídico**. El concepto de estos delitos es también de importancia para la complicidad⁶⁸.⁶⁹

Por su parte, Carlos Arturo Gómez Pavajeau sostiene:

"3) **Tipos de conducta instantánea y de conducta permanente**. Los primeros son aquellos en que la afectación del bien jurídico se produce en forma instantánea, es decir que con una sola acción se ocasiona el menoscabo o la destrucción; mientras que en los segundos la afectación del bien jurídico se prolonga en el tiempo, de manera que tal acción permanece vulnerando el bien jurídico hasta tanto no cese la conducta delictuosa; por lo tanto, son tipos penales de conducta permanente aquellos que protegen intereses jurídicos que sólo son susceptibles de menoscabo, mas no de supresión, y por ello pueden en otras oportunidades volver a ser blanco de conductas típicas.

Ejemplos claros del primero son el hurto y el homicidio; del segundo, el secuestro y la inasistencia alimentaria"⁷⁰

Finalmente, por no extendernos en más citas doctrinales, Fernando Velásquez Velásquez, afirma:

"Se mencionan, en tercer lugar, los tipos de conducta instantánea para designar los supuestos de hecho en los que la realización del comportamiento descrito o el resultado, según el caso, se agotan en un solo momento. Así, por ejemplo, la injuria (artículo 220), el homicidio (artículo 103) o el incendio (artículo 350, inciso 1°).

En cuarto lugar, se señalan los tipos de conducta permanente, esto es aquellos en los que **el comportamiento del agente se renueva de manera continua, permanente, en el tiempo**, como sucede con el concierto para delinquir (artículo 340, inciso 1°, en concordancia con la ley 733 de 2002, artículo 8°), el secuestro (artículo 168, en armonía con la ley 733 de 2002, artículo 1°), la fraudulenta internación en asilo o clínica

⁶⁸ M. E. MAYER, 125

⁶⁹ MEZGER, EDMUNDO, La antijuridicidad, Bogotá, D.C., Editorial Leyer, 2005, p. 54.

⁷⁰ GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO, El principio de la antijuridicidad material, Ediciones jurídica Radar, Santa fe de Bogotá, D.C., 1994, p. 22.

(artículo 186, inciso 1°) y el desplazamiento forzado (artículo 180).”⁷¹

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como atrás se dijo, tampoco ha sido homogénea en lo atinente a cuándo una determinada conducta se ha de entender permanente y si ello deriva del contenido de la acción típica, de su agotamiento, de la continuidad de sus efectos consumativos en el tiempo o de la continuidad de la lesión al bien jurídico objeto de salvaguarda. Así ha dicho:

“A diferencia del delito instantáneo en el cual **la consumación** tiene lugar en un momento específico, esto es, cuando de conformidad con la teoría de la acción adoptada en el artículo 26 por el legislador del 2000 **se ejecuta la conducta o debió realizarse el comportamiento omitido, en el delito permanente la consumación se prolonga en el tiempo hasta cuando cesa el atentado al bien jurídico objeto de tutela, sin que corresponda a una realización del comportamiento por tramos.**

Para la comisión de este punible **es necesario que el estado dañoso o de peligro, provenga de la conducta del sujeto activo de manera continua, es decir, que no se agote en un solo instante, sino que prosiga durante determinado tiempo, y que la prórroga de la situación antijurídica se deba a la exclusiva conducta voluntaria del sujeto, quien persiste en ella ininterrumpidamente después de la realización del hecho que constituye el inicio del punible.**

(...)

“No admite discusión que la desaparición forzada **es una conducta punible de ejecución permanente, esto es, que desde el acto inicial, la retención arbitraria de la víctima, el hecho continúa consumándose de manera indefinida en el tiempo, y el límite final de ejecución del delito** está dado por la terminación de ese estado de privación de libertad, ya porque de alguna manera se recupera ésta (el victimario la libera, es rescatada, etc.), ya porque se ocasiona su deceso.

(...)

⁷¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, Manual de derecho penal, Bogotá, D.C., Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Sexta edición, 2014, página 411.

"Teniendo en cuenta esa afirmación, observa la Sala que el casacionista olvidó que el delito de fraude procesal **es de conducta permanente y que es cometido mientras la inducción en error continúa produciendo efectos hasta que sea descubierta** o hasta la ejecutoria de la resolución de acusación, como quiera que en este acto procesal se hace el pronunciamiento sobre las connotaciones fáctico-jurídicas de la conducta punible.

En otros términos, son dos las posibilidades que la Corte ha precisado como determinantes del momento consumativo del fraude procesal: i) la referida a la cesación de los efectos de la inducción en error al servidor público y ii) la relacionada con la ejecutoria de la resolución de acusación.

En cuanto a la primera posibilidad, la Corte ha dicho:

"... **puede tratarse de un delito cuya consumación se produzca en el momento histórico preciso en que se induce en error al empleado oficial, si con ese error se genera más o menos de manera inmediata la actuación contraria a la ley. Pero si el error en que se indujo al funcionario se mantiene durante el tiempo necesario para producir la decisión final contraria a la ley cuya finalidad se persigue, y aún con posterioridad a ésta, si requiere de pasos finales para su cumplimiento, durante todo ese lapso se incurre en la realización del tipo y la violación al bien jurídico tutelado, pues durante ese tiempo se mantiene el fraude a la administración de justicia.**"⁷² (Sin subrayas y negrillas en el texto original)

"En tercer lugar, al entenderse que se trata de un tipo penal de ejecución permanente, se precisa valorar lo expuesto por esta Sala:

"En tal virtud no pueden (...), desligarse unos hechos de otros, entre otras razones, por cuanto el delito de concierto para delinquir investigado **es de aquellos denominados de "conducta permanente", no es de ejecución instantánea, es decir, tal como lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte, su realización no es ocasional o momentánea, por el contrario, debe evidenciar continuidad y permanencia en el propósito delictivo, mientras perdure esa asociación para delinquir y por ello el**

⁷² Sentencia agosto 19 de 2009, radicado 31790, M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

tipo no requiere un término específico, sino la proyección en el tiempo del propósito en el cual se persiste para la comisión, en ese caso, de la promoción de dichas agrupaciones delictivas que en sí conforman un concierto, por ello no existe diferencia alguna entre promover el concierto y promover el grupo de armados ilegales, pues esta última solo es una modalidad agravada de la misma conducta” .

(...)

En conclusión, al determinarse que el delito de concierto para delinquir **es un tipo penal de ejecución permanente**, la jurisprudencia de esta Sala ha concluido que la conducta se configura aún después de ser elegido como congresista y hasta el cumplimiento de los pactos acordados, incluso sin ser necesaria la presencia física de quien se juzga para conocer y participar en la asociación ilícita; toda vez que **la conducta no se agota con el sólo acto de acordar -aunque ahí ya es típica-, continúa permanente en el tiempo, hasta tanto la finalidad por la cual se acordó se desnaturalice o deje de producir efectos.**⁷³ (Sin subrayas y negrillas en el texto original)

Así las cosas, evidente resulta, la falta de uniformidad doctrinal y jurisprudencial en punto a la determinación de cuándo un determinado tipo penal es de conducta permanente pues, como quedó visto y se reitera, algunas veces ello se hace pender del agotamiento -total o no- de la acción típica, y en otras ocasiones de que se trate de una consumación comportamental instantánea o prolongada en términos de temporalidad, del mantenimiento en el tiempo de la afectación del bien jurídico protegido por la norma legal o duración de la ofensa, de la renovación continua del comportamiento del agente, de la continuidad y permanencia del propósito delictivo del sujeto agente, o de si el bien jurídico tutelado es susceptible de menoscabo o supresión con la acción típica.

No obstante lo anterior, se habrá de precisar que resulta palmar que varios de los anteriores referentes demandan una reconceptualización en tanto edificados en un concepto causal de acción, por lo que una actual

⁷³ Sentencia mayo 25 de 2011, radicación 32792, M.P. JAVIER ZAPATA ORTIZ.

aproximación a lo que debe entenderse por delitos de conducta permanente ha de consultar la moderna teoría del delito y llevarse a cabo bajo el espectro de una orientación dogmática como la que informa el códex penal militar del año 2010 en el que, como ya ha tenido oportunidad esta Sala de decantar⁷⁴, se acoge un concepto complejo de tipo integrado básicamente por una fase subjetiva y objetiva. La primera, integrada por dolo, culpa o preterintención y en algunos tipos por los llamados elementos anímicos o teleológicos, especiales procesos de motivación o finalidades que por excepción suelen incluirse en el tipo junto al dolo (caso de los móviles bajos, eróticos, la piedad, las finalidades de lucro o repercusión política, etc.). Y la segunda compuesta por la parte externa de la acción, por la afectación al bien jurídico tutelado (lesión o peligro de lesión) y por la relación jurídica que permite imputar o atribuir, más allá de concepciones netamente naturalísticas, el resultado a la conducta del autor y que haya explicación en la teoría de la imputación objetiva.

Una aproximación conceptual así elaborada, se habrá de acotar, requiere no obstante de establecer en cada caso concreto y particular cuál es el fin de protección de la norma, ello con miras a evitar confusiones con delitos de similar naturaleza y/o estructura, v.gr. el delito continuado.

Así las cosas, resulta procedente, en consecuencia, reputar como delitos de conducta permanente aquellos en que la acción típica puede tener o no agotamiento naturalístico en un solo momento, pero independientemente de ello, los efectos del injusto y del proceso consumativo se proyectan en el tiempo, de manera tal que aquel sigue cometiéndose y lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico protegido por la norma hasta tanto su autor no decida hacerlo cesar o hasta tanto no tenga lugar un evento externo que ponga final a tales efectos.

Esto, de cara a los reatos militares de ausencia como el del Abandono del Servicio en los que el fin de protección de la norma es la plena disponibilidad del militar o policial al servicio, o, lo que es lo mismo, el deber de presencia de estos de manera tal que no

⁷⁴ Auto junio 05 de 2015, radicación 158191.

exista interrupción injustificada alguna en el cumplimiento de los deberes que le atañen como servidores públicos y como miembros de la institución castrense, conduce a reputar como de conducta permanente el tipo penal en el que se hallan insertas las diferentes hipótesis comportamentales que lo pueden llegar a constituir, como igual acontece con los otros injustos típicamente militares subsumibles en aquella categoría, v.gr. el de la desertión y el de Abandono del Servicio de soldados voluntarios o profesionales por no citar más, aserto plenamente concordante con lo que en pretérita oportunidad aquilató esta Colegiatura en decisión en la que se dijo:

"No debe olvidar el Ad Quo que la aludida rebaja de pena no procede para casos de flagrancia, por lo que se debe al invocar el artículo 446 del C.P.M., verificar los contenidos que identifican tal instituto de cara al episodio fáctico, el momento de la captura y la naturaleza o clase de tipo penal, vale decir, observar si se trata de tipos penales de mera conducta, tipo penal de resultado o **tipos de conducta permanente que son aquellos en los que el comportamiento del agente se consuma indefinidamente en el tiempo mientras dure el estado de ilicitud, de tal manera que su proceso consumativo perdura mientras el sujeto agente no ponga fin a la conducta ya que está en él hacer continuar o cesar esa situación antijurídica, como acontece con el delito de Desertión, que se prolonga su ejecución en el tiempo mientras se mantenga la situación delictiva, en el entendido que quien realiza la conducta de Desertión y se mantiene contumaz, permanece en él un deber de presencia que le acompaña incluso en su ausencia mientras no defina la situación militar y que sólo se interrumpe cuando el agente activo regresa al servicio.**⁴⁷⁵ (Negrillas de la Sala)

⁴. G. MAGGIORE. "Se llama delitos de conducta permanente el delito cuyo proceso ejecutivo y por lo tanto su estado antijurídico, perdura en el tiempo. No es que se prolongue como erróneamente se dice, más allá de la consumación, sino que continúa consumándose indefinidamente, mientras dure el estado de ilicitud. En poder del agente está el hacer continuar o cesar esa situación antijurídica; pero mientras ésta perdure, el delito se reproduce a cada instante en su esquema constitutivo. La permanencia puede ser necesaria o eventual. Es necesaria y la prolongación indefinida de la acción ha sido supuesta por la ley como elemento esencial del delito (por ejemplo, la conspiración, la asociación para delinquir, el secuestro de persona, el rapto, **LA RETICENCIA AL SERVICIO MILITAR.**" (Pág. 295. Cáp. I. Editorial Temis.

⁷⁵ Sentencia noviembre 26 de 2008, radicado 155365, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.

Y es que a no otra conclusión se puede atracar si se parte de la especial circunstancia consistente en que el legislador de 2010 bien pudo, al regular las conductas contenidas en el arto 107 del código de dicho año, mismo que describe el injusto del Abandono del Servicio, hacerlo bajo el entendido que la acción típica tenía lugar al abandonar los deberes propios del cargo por cinco (05) días consecutivos y no "por más de cinco (5) días consecutivos", de lo cual se colige sin mayor esfuerzo racional que en razón de esto último, dicha acción puede tener lugar en el sexto día pero también en el séptimo, en el décimo, en el vigésimo o, por no ir más allá, en el sexagésimo día de ausencia, lo que se traduce en que los efectos del injusto en realidad de verdad, así aquella acción típica tenga lugar en un momento específico, rebasan el marco temporal circunscrito a una determinada fracción de tiempo, en este caso el de cinco días, de manera tal que sigue cometiéndose y lesionando el bien jurídico protegido por la norma hasta tanto su autor no desista de su proceder reasumiendo sus deberes o sea aprehendido o se profiera acusación en su contra.

Una consideración diferente, esto es, que el tipo en mención es de conducta instantánea y de contera la acción típica se consume, diferente a "se consume", en un solo evento naturalístico que coincide con el advenimiento de un día adicional a los cinco de ausencia, conduciría la imperiosa conclusión de que, habida cuenta que en los días que van más allá de esa sexta data también hay una afectación del bien jurídico protegido, al término de cada sexto día habrá un delito de ausencia consumado y de que asimismo habrá un concurso real de punibles a razón de tantos de ellos arroje el guarismo resultante de dividir el tiempo final de ausencia por seis, lo que en últimas resultaría no sólo más gravoso para el ausente, sino además contrario al espíritu del legislador.

Otro tanto habrá de decirse de lo que podría denominarse como el abandono del servicio impropio, negativo u omisivo - el no presentarse -, ello en tanto el hecho de que en el referido tipo penal se estableciere que la acción típica tiene lugar cuando la presentación - ingrediente normativo de contenido jurídico que hace parte del tipo objetivo - no se llevare a cabo dentro de los cinco días siguientes a las situaciones administrativas que allí se señalan, no

quiere significar que la abusiva y arbitraria prolongación de un estado, que en su origen pudo ser legítimo pero que una vez transcurrido tal plazo entra de lleno en la esfera de represión penal, se erija en irrelevante para el derecho penal una vez superado ese "dies a quo", pues de ser así no sólo se desnaturalizaría el antes referido fin de protección de la norma, sino que además no se entendería la razón de ser del precepto enclavado el artículo 22 de la Ley 1407 de 2010 que da cuenta de la posibilidad de que la acción, o conducta, se ejecute en un momento determinado aunque su resultado, sin el cual no se puede reputar consumado el injusto, ocurra en momento diverso."

Ciertamente, concluye la Sala, en los delitos tentados o permanentes el lapso prescriptivo parte del momento en que se ejecuta el último acto, mientras que en las conductas omisivas el término comienza a correr desde que haya cesado el deber de actuar, conforme lo establece el artículo 87 de la Ley 1407 de 2010 y lo ha expresado esta Corporación en reciente decisión.

Respecto del delito de Deserción, concretamente, en lo que atañe a la hipótesis conductual omisiva y **dada su innegable naturaleza de injusto de ejecución permanente, el último acto o el momento en que cesa el deber de actuar para efectos del inicio del cómputo del término de prescripción de la acción penal, concurre con alguno de los siguientes eventos, el que tenga primero ocurrencia:** i) por regla general cuando se realicen actos positivos demostrando la cesación de la ilicitud; ii) **con la captura o el desacuartelamiento del contumaz⁷⁶**, 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 presupuestos⁷⁷⁷⁸. (Últimas negrillas fuera del texto original)

⁷⁶ Ver Sentencias T-628 de 2013, M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO y T-626 de 2013, M.P. ALBERTO ROJAS RIOS, Corte Constitucional.

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 20 de junio de 2005, radicado 19915, M.P. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

⁷⁸ Radicado 158236, agosto 28 de 2015, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.

Tópico de Derecho, el vertido a espacio y suficiencia en las decisiones éste Tribunal Castrense contenidos en el pronunciamiento transliterado con inmediata precedencia, sobre el cual igualmente la Colegiatura aquilató lo siguiente:

"Una mirada sutil, sin detenimiento alguno, vale decir, sin ningún análisis fáctico y jurídico, llevaría a predicar a priori que ha operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal, dada que ha transcurrido más de dos años desde el momento de la consumación inicial de la conducta, hasta la fecha en que fue remitido el proceso a esta instancia para conocer del recurso de alzada incoado contra la providencia mediante la cual el señor Juez de Instrucción define la situación jurídica del encartado, no obstante, de cara a los presupuestos establecidos en la ley punitiva para declarar la prescripción de la acción penal para el delito de desertión, esto es, el tiempo requerido para que opere este fenómeno, los límites o momentos procesales desde los cuales comienza a correr el término prescriptivo de la acción penal, la interrupción y finalmente, la consolidación formal y material de este fenómeno, atendiendo la categoría de delito permanente, se habrá de señalar que, en el caso bajo estudio, no ha operado la prescripción de la acción penal.

En este orden de ideas, el problema jurídico que esta Sala de Decisión debe examinar en este caso concreto, no solo se contrae a resolver el recurso de apelación, sino que como aspecto inescindible de la alzada, con el fin de hacer prevalecer el derecho sustancial, e igualmente, con el objeto de imprimirle la coherencia y la lógica que debe observar la argumentación en la que se fundará la decisión que debe adoptarse en relación con el recurso de apelación, inicialmente la Sala deberá abordar el tema de la prescripción, pues de haber operado este fenómeno, se haría nugatorio cualesquier pronunciamiento sobre los aspectos tratados en la impugnación.

Bajo ese entendido, este Colegiado inicialmente deberá determinar si se hallan la acreditados los presupuestos establecidos en la ley para declarar la prescripción de la acción penal para el delito de desertión, en cuanto al tiempo requerido para que opere este fenómeno, identificar los límites o momentos procesales desde los cuales comienza a correr el término prescriptivo de la acción penal, la interrupción y finalmente, la consolidación formal y material de este fenómeno, para ello, en principio se hace necesario establecer la categoría del tipo penal al que corresponde en relación con su contenido, conforme a la descripción inequívoca que el código penal militar hace del delito de desertión, en cuanto esta característica se constituye en una circunstancia determinante al momento de comprobar la consumación del fenómeno, atendiendo lo preceptuado en el artículo 85 de la ley 522 de 1999, reproducido de manera literal en el artículo 78 de la ley 1407 de 2010.

(...)

1.- Sentadas las anteriores consideraciones de orden general, en punto de la conducta punible endilgada al aquí sumariado, esto es la prevista en el numeral primero del artículo 109 de la ley 1407 de 2010, "Se ausente sin permiso por más de cinco (5) días consecutivos del lugar donde preste su servicio", salta de bulto que en la propia redacción o descripción del tipo penal, el legislador le imprimió ese carácter de conducta permanente, véase como con la expresión "por más de cinco (5) días consecutivos" introduce una circunstancia de orden temporal en la que, si bien fija un límite para determinar el momento de consumación inicial de la conducta punible, permite que la conducta antijurídica se siga consumando de manera indefinida en el tiempo, mientras que persista la ausencia deliberada de quien la ejecuta.

2.- Si nos atenemos a la estructura formal determinada por el legislador, es evidente que en la hipótesis sometida a estudio, se establece un hito que determina la consumación inicial de la conducta típica, esto es, transcurridos cinco días desde el momento en que se

presenta la ausencia deliberada del conscripto, en esa medida, la persistencia voluntaria de la conducta a partir de las 00:01 horas del sexto día, cristaliza la fase consumativa más allá de su consumación inicial, en la medida en que la conducta se prolonga en el tiempo sin que se produzca una segmentación de la acción, como ocurre con el delito continuado.

3.- La deserción por ausentarse de manera injustificada y sin autorización de sus superiores del lugar donde el conscripto presta su servicio, perdura en el tiempo mientras éste no ponga fin a esa acción de manera voluntaria, o desaparezca por cualquier circunstancia ajena a la voluntad de éste que le impida cumplir con el deber de presencia y/o permanencia, como cuando es capturado, en esa medida la conducta se ejecuta de manera continua e ininterrumpida, hasta que se produzca su interrupción, por tanto, no se trata de una pluralidad de acciones u omisiones, sino de una sola acción u omisión, circunstancia que le imprime esa condición de ejecución permanente.

(...)

Corolario de lo expuesto debe señalarse que el delito de deserción, en la modalidad de ausentarse por más de cinco días consecutivos del lugar donde presta su servicio, descrita en el numeral primero del artículo 109 de la ley 1407 de 2010, corresponde a un delito de ejecución permanente, categorización que debe tenerse en cuenta para efectos de fijar el momento desde el cual debe empezar a contar el término de prescripción.”⁷⁹.

Posición hermenéutica reiterada en aquel otro pronunciamiento, emanado de la Sala Segunda de Decisión de éste Tribunal, en el que de manera meridiana se acrisolare:

⁷⁹ Tercera Sala de Decisión, radicado No. 158263, auto agosto 14 de 2015, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ.

"Esta Sala de decisión considera que el delito de Deserción en relación con su contenido corresponde a un tipo penal de ejecución permanente, en virtud de lo siguiente:

4. El Congreso de la República en desarrollo de la libertad de configuración legislativa, determinó al definir el tipo penal de Deserción, particularmente respecto de la conducta señalada en el numeral 2° del artículo 109 de la Ley 1407 de 2010, que está incluyera un ingrediente normativo de contenido temporal, correspondiente a la ausencia de las filas por más de cinco días por parte de quien se encuentre incorporado al servicio militar. El lapso establecido dentro del tipo penal no implica que al cumplirse el primero, segundo, tercero, cuarto o quinto día sin que el bajo banderas se presente a sus superiores respectivos no se afecte el servicio, sino que está adquiere carácter disciplinario y no penal.

Así, el delito de Deserción conlleva el incumplimiento del deber de presencia por un período definido normativamente, que superado determina la configuración típica de la conducta omisiva, en virtud del principio de última ratio del derecho penal. No es cualquier ausencia la que resulta reprochable punitivamente sino aquella que comporta la entidad suficiente, por el transcurso del tiempo, para que el legislador considerara suficientemente grave y capaz de afectar el bien jurídico del servicio. Situación que no impide que quien se encuentre incorporado al servicio militar sea objeto de acción disciplinaria por el incumplimiento del deber funcional que no alcanzó la trascendencia para ser objeto de reproche penal, pues una consideración en sentido contrario, sería tanto como afirmar que el servicio en su acepción relativa al deber de presencia no sufre afectación de ninguna índole en tanto no sobrepase el período antes citado, lo que a todas luces resultaría ilógico y contra ius.

En este orden de ideas, el hecho de que el tipo penal de Deserción involucre un periodo dentro del cual el agente debe presentarse a sus superiores al término de un permiso, licencia, incapacidad o comisión, no

determina que la conducta punible se consuma totalmente en el preciso momento en que vence el plazo otorgado por la norma penal, es decir, a las 00:01 horas del sexto día; por el contrario, la afectación al bien jurídico persiste por el periodo en que se registra la ausencia de las filas de quien ha sido incorporado para prestar el servicio militar.

El delito de Deserción señalado en el artículo 109.2 del Código Penal Militar, corresponde a un tipo penal de ejecución permanente en la medida que al cumplirse el sexto día de ausencia se configura el injusto típico sin que ello implique que su consumación se haya agotado, en tanto continúa consumándose de manera indefinida en el tiempo mientras el autor persista en la omisión de presentarse al servicio. La conducta típica no se agota por el cumplimiento del término de cinco días, es decir, a las 00:01 horas del sexto día de producido el abandono, sino que se mantiene en incesante ejecución hasta cuando el servidor público uniformado decida reasumir la obligación constitucional de la cual ha hecho apostasía, o ello se produzca como consecuencia de un evento ajeno a su voluntad.”⁸⁰

iii) Del asunto sometido a conocimiento de la Colegiatura.

Entendiéndose, en consecuencia, que los delitos de ejecución permanente son aquellos en que la acción típica puede tener o no agotamiento naturalístico en un solo momento, pero independientemente de ello, los efectos del injusto y del proceso consumativo se proyectan en el tiempo, de manera tal que aquel sigue cometiéndose y lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico protegido por la norma hasta tanto su autor no decida hacerlo cesar o tenga lugar un evento

⁸⁰ Segunda Sala de Decisión, radicado No. 158263, auto octubre 30 de 2015. M.P. MY ® JOSE LIBORIO MORALES CHINOME.

externo que ponga final a tales efectos, como se acotare a espacio y suficiencia en las decisiones previamente transliteradas y de cara a los reatos militares de ausencia como el de desertión en los que el fin de protección de la norma es la plena disponibilidad del militar o policial al servicio, o, lo que es lo mismo, el deber de presencia de estos de manera tal que no exista interrupción injustificada alguna en el cumplimiento de los deberes que le atañen como servidores públicos y como miembros de la institución castrense, se habrá de decir sin mayores ambages que en el evento *sub examine* la razón está de parte de la señora Juez Octava de Brigada del Ejército Nacional autora de la decisión confutada y no del recurrente.

Y no a otra conclusión puede arribarse al amparo de los precedentes conceptuales y jurisprudenciales previamente traídos a colación, en tanto meridiano se avizora que el acriminado, fue desacuartelado por vía de la orden administrativa de personal No. 2232 del comando del Ejército Nacional del 03 de diciembre de 2018, de manera tal que el inicial lapso prescriptivo de dos (02) años ínsito al reato de desertión investigado, acusado y juzgado en el presente cartulado no había fenecido para 31 de agosto de 2020, data en que se produjo la ejecutoria formal y material de la pieza acusatoria, que es el tema que postula sin éxito, se habrá de decir desde ya, el censor con afincamiento en los reparos de supra enlistados y que en punto al recurso por él impetrado delimitan el sendero por el cual ha de discurrir el raciocinio

lógico jurídico de este Juez Plural, salvada excepción, se itera, de los aspectos inescindiblemente vinculados⁸¹ con el fallo.

Reparos que por manera alguna infirman el razonamiento judicial vertido en la sentencia de primer grado disentida, menos aún cuando el apelante por manera alguna se preocupó -acorde a lo que imbrica el principio *stare deciris*⁸²- por desvirtuar la sólida línea que desde el año 2015, antes del pronunciamiento enarbolado en la decisión confutada y que él tilda de ser singular de una de las Salas de Decisión de esta Corporación, ha venido siendo trazada por esta última y según la cual, se itera, el injusto penal de deserción es de carácter permanente porque “se prolonga su ejecución en el tiempo mientras se mantenga la situación delictiva, en el entendido que quien realiza la conducta de Deserción y se mantiene contumaz, permanece en él un deber de presencia que le acompaña incluso en su ausencia mientras no defina la situación militar y que sólo se interrumpe cuando el agente activo regresa al servicio”⁸³.

⁸¹ Son aquellos que dependen directamente del supuesto básico analizado y de sus fundamentos o se vinculan de manera necesaria con ellos, de manera tal que pueden ser estudiados por el superior. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia febrero 04 de 2015, SP740-2015, radicación N° 39417, M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

⁸² Cfr. sentencia T-775/14, M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, en la que la Corte Constitucional sostuvo: “El valor de los precedentes judiciales en tanto fuente de derecho es un asunto que se define de forma distinta en cada ordenamiento jurídico. Sin embargo, suele considerarse que el respeto por el precedente, representado en el principio *stare decisis* (o de estarse a lo resuelto) es una característica intrínseca a los sistemas de derecho anglosajón, mientras que en los de corte romano suele privilegiarse la ley como fuente principal de derecho. Esa concepción de los sistemas y tradiciones jurídicas ha variado intensamente durante el último siglo, pues es posible constatar la importancia creciente que el derecho jurisprudencial ha adquirido los sistemas derivados de la tradición romano-germánica, así como la fuerza creciente de los estatutos (leyes) en países anglosajones.”

⁸³ Sentencia noviembre 26 de 2008, radicado 155365, M.P. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.

Postura interpretativa respecto de la cual el censor dejó de lado, además, evidenciar la existencia de un cambio hermenéutico que haya aparejado dejar sin valor las reglas jurídicas y sopesadas consideraciones vertidas en los diferentes pronunciamientos emitidos por la Colegiatura desde el radicado No. 158224 del 24 de junio de 2015, lo que le imponía una carga argumentativa alta como ha acrisolado esta Colegiatura⁸⁴ y desatendió, a la par de ello, que la jurisprudencia constitucional ha anotado que las diferentes Salas de los Tribunales están atadas a sus decisiones anteriores⁸⁵ salvada excepción de los eventos también decantados por el órgano guardián de la Carta Política⁸⁶, limitándose tan sólo a afirmar que al haberse ceñido la juez primaria, como era su deber, al pluricitado precedente de esta Corporación estaba realizando una *"interpretación peligrosista y por demás desfavorable"*; que la posición hermenéutica de esta Colegiatura es *"injusta"* y no consulta los principios anejos al de legalidad de los tipos penales, amén de corresponderse a *"situaciones que se presentaron en el transcurso de guerras mundiales, en contextos ajenos al colombiano, y que tocaban con el deber de presencia de los soldados para defender la humanidad del holocausto que en esas épocas se estaba presentando"* y, finalmente, que el delito de desertión no se puede equiparar a otros como el concierto para delinquir y la desaparición forzada, pero sí a los de hurto y homicidio pues a pesar de ser de ejecución instantánea

⁸⁴ Cfr. auto marzo 02 de 2020, radicación No. 159241, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ y auto agosto 18 de 2020, radicación No. 159212, M.P. CN (RA) JULIAN ORDUZ PERALTA.

⁸⁵ Cfr. Sentencias T-340 de 2004 y T-683/06, entre otras.

⁸⁶ Cfr. Sentencias SU-047 de 1999, T-688 de 2003 y T-683/06, entre otras

sigue produciendo efectos permanentes en el mundo fáctico.

Asertos con los cuales se pretende desconocer el precedente de éste Tribunal Castrense, que definitivamente se tornan vacuos en tanto su autor, el agente del Ministerio Público delegado ante el juzgado de conocimiento que actúa como recurrente en el presente trámite procesal, ni siquiera se preocupó por llenarlos de un contenido dialéctico tendiente a hacer suyo el atrás citado principio *stare deciris*, amén que en el relativo al deber de presencia de los miembros de la Fuerza Pública, que en últimas se erige en el fin de protección de las normas que tipifican los delitos de ausencia, descontextualizó el contenido ontológico de dicho deber al pretermitir el principio de legalidad al que él mismo alude, el mandato superior contenido en el artículo 217 de la Constitución Nacional⁸⁷, el precedente constitucional sobre la permanencia de la Fuerza Pública Colombiana sin distinción alguno de si se está ante situaciones de paz o de hostilidades⁸⁸, el precedente del órgano de

⁸⁷ 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)

⁸⁸ Cfr. Corte Constitucional, 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

cierre de esta jurisdicción foral⁸⁹ y las disposiciones legales vigentes en la materia⁹⁰.

Y en punto al atinente a la naturaleza de delito de ejecución instantánea con efectos permanentes que imprimió al reato enjuiciado en su afán de sacar adelante su propuesta recursal, entendió satisfecha la carga argumentativa que como apelante le incumbía con el simple parangón al que acudió frente a otros delitos que -acertadamente o no- enlistó en tal categoría tipológica, sin realizar disertación dogmática alguna tendiente a infirmar la depurada

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).

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, acción de revisión, marzo 14 de 2002, radicación No. 9921, M.P. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE, en la que se acrisoló "6.1. Dada su naturaleza y características, conforme se desprende de su configuración típica, **el punible de desertión se ha clasificado como uno de los atentados o infracciones contra el deber de presencia**, o lo que es igual, que se reprocha el abandono de quien se encuentra incorporado a las Fuerzas Militares prestando el servicio,...". (Negritillas ajenas al texto original).

⁹⁰ Ley 1862 de 2017, "Artículo 10. **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)

línea jurisprudencial construida por esta Corporación y los razonamientos judiciales y jurídicos que le sirven de sustentáculo y, amén de ello, incurrió en palmar confusión en tanto olvidó que en los delitos a que aludió -a diferencia de los de ejecución permanente con los que aquellos comparten la nota característica de obedecer a una clasificación tipológica por razón de su contenido- la acción se agota, al igual que lesión del bien jurídico, de manera instantánea y lo que perdura son las consecuencias naturalísticas de la infracción como señalare el señor Procurados delegado ante esta instancia, no el proceso consumativo, proceso éste que en tratándose de los reatos de ejecución permanente, se itera, sí se prolonga en el tiempo, sin agotarse en un sólo instante, hasta cuando cesa el atentado al interés jurídico objeto de salvaguarda por el legislador, lo que hace que el injusto se mantenga, sin que corresponda a una realización del comportamiento por tramos como ha aquilatado éste Tribunal.

Elucidaciones que conllevan a la Sala a estimar, además, que resulte incorrecto equiparar el pluricitado delito lesivo del bien jurídico del Servicio con un delito que atenta contra la Eficaz y Recta Impartición de Justicia en el que la acción típica es "*se fugue*", inflexión verbal que sin hesitación alguna denota un agotamiento conductual instantáneo a diferencia del ventilado en las fojas, mismo que obedeció a una imputación fáctica y jurídica concreta por cuanto debidamente fue demostrado que la

conducta desplegada por el SLR. JONATHAN DAVID RENGIFO DELGADO se subsumió en la hipótesis comportamental de *"se ausente sin permiso por más de cinco (5) días consecutivos"* de la unidad militar en que cumplía con su servicio militar obligatorio, acción típica y referente temporal que *contrario sensu* dan cuenta que irrefragablemente se trata de un reato de conducta permanente en la medida el legislador de 2010 bien pudo al regular el delito de desertión, hacerlo bajo el entendido que la acción típica tenía lugar al abjurarse del deber de permanencia por seis (06) días consecutivos y no *"por más de cinco (5) días consecutivos"*, de lo cual se colige sin mayor esfuerzo racional, como ya ha tenido oportunidad de aquilatar esta Corporación, *"que en razón de esto último, dicha acción puede tener lugar en el sexto día pero también en el séptimo, en el décimo, en el vigésimo o, por no ir más allá, en el sexágésimo día de ausencia, lo que se traduce en que los efectos del injusto en realidad de verdad, así aquella acción típica tenga lugar en un momento específico, van más allá de una determinada fracción de tiempo, en este caso el de cinco días, de manera tal que sigue cometiéndose y lesionando el bien jurídico protegido por la norma hasta tanto su autor no desista de su proceder reasumiendo sus deberes o sea aprehendido o se profiera acusación en su contra."*⁹¹.

Así las cosas, bastándose por sí mismas las premisas considerativas vertidas en los precedentes párrafos para despachar en disfavor del censor el recurso de alzada génesis de éste pronunciamiento y confirmar en

⁹¹ Vid. Nota 64.

lo recurrido el fallo de primer grado objeto de disenso, se procederá a ello en la *resolutio* del presente proveído, lo que no es óbice para invitar a aquel para que en el futuro se abstenga en sus intervenciones procesales de acudir a aseveraciones como que la decisión de la *Iudex A quo* sobre su pretensión central se traduce en una "*interpretación peligrosista y por de más [sic] desfavorable*" y que la postura hermenéutica de esta Corporación en punto a la naturaleza tipológica del delito de deserción es "*injusta*" y no consulta los principios ínsitos al de legalidad del tipo penal, pues manifestaciones de esta índole, a más de no corresponderse con la técnica del precitado recurso, riñen con los deberes que le competen como sujeto procesal y como servidor público, mismos por los cuales debe "*Abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus intervenciones*"⁹² y debe "*Guardar el respeto debido a los servidores judiciales y a los demás intervinientes en el proceso penal*"⁹³, al igual que "*Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio*"⁹⁴, pretermisión de deberes que eventualmente lo tornaría en pasible de la acción disciplinaria del caso.

Procedente resulta enfatizar, 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

⁹² Ley 1407 de 2010, artículo 302.3.

⁹³ *Ibidem*, artículo 302.4.

⁹⁴ Ley 734 de 2002, "*Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*", artículo 34.6.

enteramiento, no demanda de manera perentoria y exclusiva del denominado "acuse de recibo" como formalidad *ad probationem* o tarifa legal⁹⁵ 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 Justicia⁹⁶.

Lo previamente acotado, agrega la Sala, no obsta para que la secretaria común de la Corporación, a efectos de calcular el inicio de los términos de ejecutoria de la decisión, solicite a los por notificar accuse de recibo o constate por otro medio⁹⁷ el acceso de los destinatarios del mensaje al mismo, esto en los términos del Decreto Legislativo 806 de 2020 y de la sentencia C-420 de 2020.

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

IX. RESUELVE

PRIMERO: DESATENDER los argumentos del apelante y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia de primera

⁹⁵ 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.

⁹⁶ *Ídem*.

⁹⁷ Esto en virtud del principio de libertad probatoria.

instancia calendada 30 de noviembre de 2020 a través de la cual la Juez Octava de Brigada del Ejército Nacional condenare al SLR. JONATHAN DAVID RENGIFO DELGADO a la pena principal de ocho (8) meses de prisión como autor responsable del delito de desertión, negándole coetáneamente la concesión del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal, ello de conformidad con lo expuesto en la *ratio decidendi* de la presente decisión y en los términos allí señalados.

SEGUNDO: CONTRA la presente decisión colegiada procede el recurso extraordinario de casación discrecional, mismo que podrá interponerse, previa precisión de esta modalidad⁹⁸, en los términos de ley⁹⁹ conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000¹⁰⁰.

TERCERO: En firme la presente decisión judicial de conformidad con la normatividad penal aplicable al rito procesal penal militar¹⁰¹, vuelva la actuación al

⁹⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 23701, auto junio 22 de 2005, M.P. MAURO SOLARTE PORTILLA.

⁹⁹ 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.

¹⁰⁰ Modificado por el artículo 101 de la Ley 1395 de 2010.

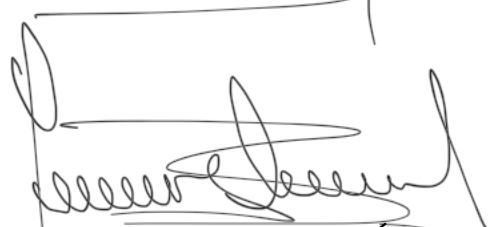
¹⁰¹ Ley 522 de 1999, artículo 341, "**FORMAS DE NOTIFICACIÓN.** Las notificaciones al procesado que estuviere detenido y al agente del Ministerio Público, siempre se harán en forma personal.

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

juzgado de conocimiento de origen, para lo de su competencia, esto una vez surtido el trámite que normativa, reglamentaria y jurisprudencialmente compete a la secretaría común de la Corporación.

RADÍQUESE, CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


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


Brigadier General **MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ**
Magistrado


Coronel **WILSON FIGUEROA GÓMEZ**
Magistrado

MARTHA FLOR LOZANO BERNAL
Secretaria

Ley 600 de 2000, artículo 187, "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."