

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala: Primera de Decisión
Magistrado ponente: BG. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ
Radicación: 159478-XVI-37-EJC
Procedencia: Juzgado Segundo de Brigada del
Ejército Nacional
Procesado: SL. HEILER ALDAIL ORTIZ GÓMEZ
Delito: Deserción
Motivo: Apelación sentencia condenatoria
Decisión: Confirma decisión.

Bogotá D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

I. ASUNTO POR RESOLVER

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la defensora pública del soldado HEILER ALDAIL ORTIZ GÓMEZ contra la sentencia del 5 de abril de 2021¹, por medio de la cual el Juzgado Segundo de Brigada del Ejército Nacional lo condenó como autor responsable del delito de deserción a la pena principal de doscientos cuarenta (240) días de prisión.

¹ Ver folios 197 y ss., del C.O.2

II. HECHOS

Fueron reseñados en la sentencia cuestionada, así:

"(...) de acuerdo con el informe presentado el día 11 de marzo de 2019 por el señor SS. VANEGAS CESAR AUGUSTO, en donde indica que el suboficial de servicio C3. BEJARANO GOMES JOSE DAVID informa que el SLR. ORTIZ GOMEZ HEILER ALDAIL al momento de verificarse el aseo de las áreas asignadas a la compañía, se percató que no se encontraba en su área asignada, es de advertir que se realizó búsqueda, pero no fue hallado, por lo que desde esta fecha ha permanecido ausente por más de cinco días consecutivos sin hacer presentación a la unidad militar (...)”².

III. ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

3.1 Con base en los hechos acaecidos en las instalaciones del Batallón de Instrucción y Reentrenamiento No. 5 del Ejército Nacional acantonado en el Juncal (Cesar), procedió el Juzgado 34 de Instrucción Penal Militar el día 4 de abril de 2019³ a ordenar apertura formal de investigación en contra del soldado HEILER GÓMEZ ORTIZ por el presunto delito de desertión.

La vinculación del procesado se cumplió a través de diligencia de indagatoria surtida el 11 de septiembre de 2020⁴ y la situación jurídica se resolvió el 23 de

² Cfr. Folio 161 del C.O.1

³ Folio 15-16 ibídem.

⁴ Folio 93-94 ibídem.

octubre del mismo año⁵, en el sentido de abstenerse de proferir medida de aseguramiento en contra del sumariado al no encontrar cumplidos los requisitos constitucionales ni legales para la restricción de la libertad.

3.2 Agotada la primera etapa sumarial, el proceso fue calificado por la Fiscalía 25 Penal Militar el 5 de febrero de 2021⁶, la que dictó resolución de acusación en contra del soldado HEILER ORTIZ GÓMEZ por el reato de deserción, decisión ésta que cobró ejecutoria el 25 de febrero siguiente⁷.

3.3 Superada así la fase calificatoria, el expediente fue remitido al Juzgado Segundo de Instancia de Brigada del Ejército Nacional con sede en Bucaramanga (Santander), quien avocó el conocimiento y de manera virtual llevó a cabo audiencia de aceptación de cargos el 24 de marzo de 2021⁸, en la cual el acusado decidió no aceptar la imputación que se le hizo por lo cual fue agotado el debate probatorio y seguidamente el despacho de instancia emitió decisión de fondo el 5 de abril de 2021⁹, mediante la cual se condenó al encausado por el delito de deserción. Siendo esta sentencia recurrida por la defensora pública, ocupa ahora la vista de este Juez Colegiado.

⁵ Folios 124 y ss., del C.O.1.

⁶ Folios 161 y ss., del C.O.1.

⁷ Ver folio 181 ibídem.

⁸ Ver folios 193 y ss., *ídem*.

⁹ Folios 197 y ss., del C.O.2.

IV. PROVIDENCIA OBJETO DE APELACIÓN

Luego del resumen de los medios documentales, testimoniales y periciales, el *A quo* procedió en la sentencia controvertida a dar respuesta a los alegatos propuestos por los sujetos procesales en la audiencia de Corte Marcial.

Frente a la solicitud presentada por la defensa y el representante del Ministerio Público con el fin que se reconozca el estado de necesidad en favor del acusado, adujo la falladora que no resultaría viable si se analiza la historia clínica de la señora LUCILA GÓMEZ URIBE, madre del desertor, pues de allí se infiere que cuando su hijo abandonó el servicio militar no lo hizo porque estuviera comprometida de forma grave la salud de la citada mujer ya que nunca solicitó permiso ni manifestó a sus superiores que tuviera problemas familiares que justificaran su ausencia de la unidad, sumado al hecho que ha permanecido contumaz en el proceso dejando en evidencia su intención de abandonar las obligaciones castrenses.

Seguidamente procedió al análisis típico de la conducta asumida por el soldado HEILER ORTIZ GÓMEZ, en tal sentido indicó que se adecuaba dentro del tipo penal de deserción, descrito en el artículo 109 de la Ley 1407 de 2010, dentro de la hipótesis de quien estando incorporado al servicio militar obligatorio se ausenta por cinco (5) días sin justificación alguna.

Señaló que la calidad militar del sujeto activo quedó acreditada en la foliatura con la Orden Administrativa No. 218 del 19 de noviembre de 2018, por lo que, para la fecha de los hechos, el 17 de marzo de 2019 el enjuiciado ya era soldado regular orgánico del Batallón de Ingenieros No. 5 "CR. FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS" del Ejército Nacional e integrante del cuarto contingente de 2018, según consta en todos los soportes documentales que permiten certificar su legal y debida incorporación al servicio militar. Agregó que en dicha condición el procesado se ausentó de la unidad por un término superior a cinco (5) días.

Recordó que el delito de deserción es de ejecución permanente, y en el caso concreto se prolongó en el tiempo hasta cuando se produjo la ejecutoria del auto de cierre de la investigación, es decir el pasado 3 de febrero. Asimismo, expuso que la acción fue dolosa, pues de acuerdo con los testimonios de los señores TE. CARDONA YEPES, S.S. CESAR VANEGAS y SLR. MORENO ROJAS, el encartado se ausentó desde el 11 de marzo de 2019 y pese a las llamadas telefónicas que se le hicieron tanto a su progenitora como al procesado no fue posible su retorno, aun cuando se le informó de la apertura de un proceso penal.

Agregó que el desertor no tuvo justificación alguna para no retornar a filas, pues de acuerdo con su injurada aceptó haber recibido instrucción en Justicia Penal Militar, y aunque no lo confirmó en dicha diligencia con los demás testimonios de sus compañeros se pudo establecer que incurrió de manera libre y

voluntaria en la conducta porque estaba aburrido y tenía a su novia en estado de embarazo, más no porque se le haya presentado una necesidad familiar con su señora madre como lo asegura, pues de haber tenido ocasión la calamidad deprecada una vez superada dicha crisis debió retornar a su base militar, situación que nunca ocurrió aun cuando pasaron más de dos (2) años desde la comisión del reato.

Frente a la antijuridicidad sostuvo que con la conducta del SL. ORTIZ GÓMEZ se había lesionado el bien jurídico del Servicio, pues tenía el deber constitucional y legal del cumplir con el servicio militar, reiterando que no pudo ser demostrado que actuó amparado por un estado justificante respecto de las exculpaciones esgrimidas en relación con la presunta enfermedad de su señora madre.

Respecto de la culpabilidad refirió que el acusado tenía pleno conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, siéndole exigible por tanto su presencia en la unidad militar, pues sabía que mientras estuviera prestando el servicio debía cumplir las órdenes impartidas, al efecto concluyó:

"(...) tenía la capacidad de comprender y auto determinarse de acuerdo con esa comprensión, le era exigible permanecer en el servicio para no atentar contra el bien jurídicamente tutelado, pues otra persona puesta en su lugar no se hubiera ausentado de la unidad sin permiso, no se hubiera alejado de la obligación constitucional por más de cinco (5) días consecutivos, otra

*persona puesta en su lugar, si hubiera una situación que realmente lo ameritara, hubiera pedido permiso y lo hubiera sustentado como era lo requerido, pero a sus superiores pidió permiso pero no les manifestó la causa del mismo, porque sabía que su mamá realmente no estaba grave ni su estado de salud representaba un peligro actual ni inminente*¹⁰.

Con base en los parámetros establecidos para el ejercicio de dosimetría penal contenidos en los artículos 56 y siguientes del Código Penal Militar vigente, condenó al soldado ORTIZ GÓMEZ imponiéndole una pena de ocho (8) meses de prisión por el delito de desertión y le negó el beneficio de la condena de ejecución condicional por tratarse de un atentado contra el Servicio.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La defensora pública impetró recurso vertical con el fin que se revoque la condena impuesta a su prohijado. Su tesis principal sostiene que en el asunto sí estaría configurado un estado de necesidad que exoneraría de toda responsabilidad al acusado, esto en contravía de lo sustentado por la juez de primer grado en la sentencia.

La togada consideró desacertados los argumentos expuestos en la decisión de condena cuando se descartó que en la comisión de la conducta no medió la situación de salud que presentaba la señora LUCILA

¹⁰ Cfr. Folio 231 del C.O.2.

GÓMEZ URIBE, madre del desertor, como quiera que en su criterio la historia clínica allegada da cuenta que la citada mujer se encontraba enferma y tenía padecimientos en su tracto digestivo, lo cual fue corroborado por el testimonio del S.S. VANEGAS, quien afirmó que *"sostuvo una conversación con la progenitora del soldado, cuando se desertó de las filas, la cual le manifestó que ella se encontraba enferma pero que no le había comentado al soldado porque no lo quería preocupar"*¹¹.

Hizo claridad en el memorial recursivo que en derecho penal no existía una tarifa legal para probar el peligro inminente, como por ejemplo que la madre del soldado necesariamente tuviera que estar hospitalizada, pues con los medios probatorios allegados resultaban más que suficientes para demostrar que existió una enfermedad que obligó al soldado a ausentarse de sus obligaciones legales para cumplir las morales con su núcleo familiar.

Destacó que el hogar del soldado ORTIZ GÓMEZ pertenece al estrato 1, según se evidencia del estudio de seguridad acopiado, por lo cual dedujo que la atención médica no se presta de forma oportuna como lo indicó el *a quo* en la sentencia, pues contrario a ello la señora LUCILA se encontraba en un estado de vulnerabilidad que requería de la atención y la colaboración de su hijo.

¹¹ Cfr. Folio 243 RV, del C.O.2.

Respecto del requisito del peligro actual e inminente expuso que, si bien la progenitora del enjuiciado venía recibiendo de años anteriores tratamiento médico por sus constantes padecimientos, también lo es que ante el crítico estado de salud que presentó para la época de los hechos, una hermana del soldado ORTIZ GÓMEZ se vio en la necesidad de llamarlo como quiera que era el único de los hijos que no tenía obligaciones y podía hacerse cargo de la enferma.

Adicionó que con el testimonio del TE. CARDONA YEPES quedó evidenciado que su apadrinado sí solicitó un permiso para salir de la unidad porque presentaba un problema, aun cuando el testigo negó haber recibido información sobre el propósito que tenía la salida del militar; para la recurrente era claro que su interés era auxiliar a su señora madre según lo afirmó el acusado en diligencia de indagatoria.

Frente al sacrificio que representó la vulneración del servicio indicó:

"(...) el SLR. GÓMEZ se vio enfrentado a dos obligaciones Constitucionales y legales, por un lado, la que tenía que ver con el servicio obligatorio a la Patria, y por el otro, también de orden moral, que dice relación a la necesidad de defender y proteger a su progenitora la cual se encontraba en delicado estado de salud (...) "¹².

Enfatizó que la única persona que podía acudir a estabilizar a la señora LUCILA era su hijo el soldado

¹² Cfr. Folio 823 del C.O.5.

GÓMEZ, pues sus otros hermanos no vivían con ella, y que una vez el uniformado cumplió su cometido de salvaguardar la vida de su progenitora manifestó su deseo de regresar a las filas castrenses, sin embargo, el TE. CARDONA YEPES y el SS. VANEGAS le indicaron que ya no era posible porque le habían pasado el respectivo informe. Ante tales hechos concluyó la letrada que la balanza debe inclinarse ante el bien jurídico de la familia al quedar probado en el proceso la ausencia de dolo por la presencia de un estado de necesidad.

VI. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El DR. CARLOS ANDRÉS VALENZUELA, Procurador 05 Judicial II Penal, solicitó a la Corporación confirmar en todas y cada una de sus partes la sentencia apelada toda vez que se encuentra ajustada a derecho, más aún porque los argumentos defensivos no tuvieron la virtualidad de derruir su acierto y legalidad.

Con fundamento en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 14 de marzo de 2002 e identificada con *radicado 9921 (sic)*, en la cual se estudia la naturaleza y las características del delito de deserción, aseguró que en el caso concreto se configuró típicamente la conducta enrostrada al soldado ORTIZ GÓMEZ, en tanto se demostró que estando incorporado en las Fuerzas Militares para la prestación del servicio militar, según Orden del Día No. 218 del 19 de noviembre de 2018, decidió abandonar la base militar el 11 de marzo siguiente sin contar

con el respectivo permiso de sus superiores y sin regresar dentro de los cinco (5) días siguientes para continuar cumpliendo con sus deberes castrenses.

Indicó que por la investidura militar del acusado para la época de los hechos, le resultaría exigible el cumplimiento del deber jurídico frente al Servicio, asimismo que el conocimiento de los hechos constitutivos del injusto penal se desprendía no solo de la calidad adquirida a través de su incorporación sino de su voluntad manifiesta para no hacer presentación ante sus superiores.

En lo que tiene que ver con la pretensión del reconocimiento del estado de necesidad como causal excluyente de responsabilidad, recordó que debían configurarse todos los elementos que componen tal eximente, y en el caso bajo estudio consideró que no existe prueba fehaciente que demuestre que la salud de la progenitora del justiciable se encontraba en un real peligro, pues lo evidenciado fue que recibió sin contratiempos el tratamiento adecuado para su patología.

Con lo anterior también corroboró que el elemento del peligro actual e inminente nunca estuvo presente, porque, reiteró, para el momento de la evasión del soldado ORTIZ su progenitora estaba recibiendo un tratamiento médico idóneo. En suma, al no existir tal peligro concluyó el que tampoco surgiría la necesidad de sacrificar el servicio por salvaguardar un derecho ajeno y por sustracción de materia estarían

descartados los demás elementos configuradores de la causal pretendida por la recurrente.

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa, de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999 y 203.3 de la nueva codificación castrense -Ley 1407 de 2010-, normatividad aquella que en punto a la ritualidad procesal ha venido siendo aplicada para hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia del *códex* castrense de ese año¹³, como de los ocurridos con posterioridad a la misma, no obstante encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico colombiano el Código Penal Militar de 2010, mismo que resulta aplicable al caso *sub judice*, dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación, en lo tocante con aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial, mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones.

Lo anterior, se habrá de recordar, con la limitación impuesta por el artículo 583 de la Ley 522 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

¹³ Autos según radicado 36412 de mayo de 2011; radicado 36737 del 22 de junio de 2011; radicado 37797 del 08 de noviembre de 2011; y radicado 38401 del 07 de marzo de 2012, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

nulidad, razón vinculante o temas inescindiblemente ligados a aquel que es objeto de disenso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Entra la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del soldado HEILER ORTIZ GÓMEZ contra la sentencia condenatoria del 5 de abril de 2021 proferida por la Juez Segunda de Instancia de Brigada del Ejército Nacional,alzada que gravita básicamente sobre la tesis defensiva de ausencia de responsabilidad penal por haber obrado el acusado amparado por un estado de necesidad, el cual se halla comprendido dentro del numeral 7° de la Ley 1407 de 2010.

Es cardinal dejar escindido que el reproche propuesto por la defensora recae únicamente sobre el reconocimiento de la causal de ausencia de responsabilidad citada y por tanto el cometido a resolver por la Segunda Instancia estará circunscripto exclusivamente sobre este tópico.

Habiéndose hecho las precisiones de rigor, huelga evocar que en los términos de los artículos 396 y 401 de la Ley 522 de 1999, para condenar se requiere que de la apreciación en conjunto de las pruebas sea posible arribar a la certeza racional sobre la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad del procesado.

En el presente asunto considera la recurrente que tales presupuestos no se encuentran suficientemente acreditados, dado que las evidencias procesales darían cuenta que si bien se configuran los elementos constitutivos del reato militar de deserción desde el plano objetivo, no ocurriría lo mismo frente al aspecto subjetivo, por lo cual al soldado ORTIZ GÓMEZ no podría hacersele un juicio de responsabilidad que conlleve la imposición de una pena, en tanto su ausencia del servicio militar se debió a la necesidad de salvaguardar la vida y la salud de su progenitora.

Planteado así el problema jurídico propuesto por la defensa técnica del acusado, surge imperativo en primer lugar recordar que con el reato militar de deserción enrostrado se tutela el bien jurídico del Servicio, el cual es definido a las voces del artículo 109 numeral 1° de la Ley 1407 de 2010¹⁴, así:

"DESERCIÓN. Incurrirá en arresto de ocho (8) meses a dos (2) años, quien estando incorporado al Servicio militar realice alguna de las siguientes conductas:

1. Se ausente sin permiso por más de cinco (5) días consecutivos del lugar donde preste su servicio."

Respecto del punible en comento, vale citar que este Colegiado en múltiples oportunidades se ha pronunciado sobre su naturaleza y características, precisando que corresponde a un tipo penal compuesto de carácter

¹⁴ Norma vigente para la fecha de los hechos materia de investigación.

especial, en la medida que describe una pluralidad de comportamientos que contienen ingredientes normativos particulares y autónomos que los identifican.

Esta conducta punible registra la presencia de un sujeto activo calificado, que no simplemente corresponde al militar o policial en servicio activo, sino que además, éste debe estar prestando el servicio militar y en virtud de ello ostentar la calidad de soldado o infante de marina regular, bachiller o campesino, auxiliar de policía o auxiliar bachiller, conforme a lo establecido en el artículo 216 de la Carta Política y la Ley 48 de 1993¹⁵ -norma por la cual fue incorporado al Ejército Nacional-.

El tipo penal en referencia está diseñado para proteger el bien jurídico del Servicio, describiendo un comportamiento que se agota con la acción del autor que no requiere la producción de un resultado, actuar omisivo y eminentemente doloso que se concreta en el incumplimiento del deber de presencia y permanencia que le asiste al uniformado en observancia del mandato constitucional y legal encomendado.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala que objetivamente el hoy enjuiciado incurrió en la conducta típica estudiada, pues superó el margen de

¹⁵ El artículo 13 de la Ley 48 de 1993, estableció: "MODALIDADES PRESTACIÓN SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio.

Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del servicio militar:

- a. Como soldado regular, de 18 a 24 meses.
- b. Como soldado bachiller, durante 12 meses.
- c. Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses.
- d. Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses."

los cinco (5) días que demanda el numeral primero de la norma *ejusdem*, en tanto se ausentó sin permiso de sus superiores desde el 11 de marzo de 2019 y no regresó en los meses siguientes a culminar con el servicio militar¹⁶.

Obsérvese que de acuerdo con la prueba documental acopiada es posible establecer sin lugar a dudas la tipicidad objetiva del injusto, pues para el día 11 de marzo de 2019 el soldado HEILER ORTIZ GOMEZ hacía parte del cuarto contingente de 2018 del Batallón de Ingenieros No. 5 "Francisco José de Caldas"¹⁷ del Ejército Nacional con sede en Bucaramanga (Santander) y por consiguiente tenía la condición de miembro activo de la Fuerza Pública para la fecha de los acontecimientos indagados.

A partir de ello, se abstrae que el soldado ORTIZ GÓMEZ asumió tanto formal como materialmente a través del acto de incorporación a la Fuerza Pública¹⁸ cada uno de los derechos y obligaciones que la investidura militar le otorgó y exigió, por lo tanto le resultaban exigibles todas las responsabilidades legales que asumió mientras estuvo en el ejercicio de la condición de militar que voluntariamente aceptó¹⁹.

¹⁶ Obra informe de denuncia a folio 2 del C.O.1

¹⁷ Según certificación de calidad militar suscrita por el TE. JOSE GUIZA TAPIAS Oficial de personal del Batallón de Ing. No. 5, visible a folio 5 del C.O. 1.

¹⁸ Dado de alta según Orden del Día No. 218 del 19 de noviembre de 2018, obra a folio 7 y ss., *ibídem*.

¹⁹ En este sentido véase, proceso 9921 decisión del 14 de marzo de 2002, MP. DR. CARLOS AUGUSTO GALVIS ARGOTE, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

En tales condiciones fue que para el día de marras el suboficial BEJARANO GÓMEZ al realizar revista de aseo a las áreas asignadas para el personal de soldados acantonados en el BITER No. 5 y pertenecientes al Pelotón Delta 3, se encontró con la novedad que el hoy sentenciado ORTIZ GÓMEZ no fue hallado en los alrededores donde pernoctaba la compañía²⁰, sino que al citado suboficial le fue entregado por parte del soldado MORENO ROJAS el equipo de campaña del acusado con la consigna que el procesado se había evadido de la unidad militar y había dejado el material de intendencia completo²¹.

Consecutivamente se vislumbra que pasaron ocho (8) días sin que el encausado hiciera presencia en las instalaciones del BITER No. 5, muy a pesar de los esfuerzos de búsqueda y llamadas telefónicas que se hicieron. Por tales razones se ordenó por el señor TE. CARDONA YEPES -Comandante de la Compañía DELTA I/R- presentar los respectivos informes ante el Juzgado 34 de Instrucción Penal Militar, quien dio inicio a la presente investigación penal con fecha 4 de abril de 2019²².

Ahora bien, se advierte que en el discurrir procesal el inculpado al parecer manifestó su interés de retornar a la unidad para continuar prestando el servicio militar²³, no obstante ello no pasó de ser una

²⁰ Cfr. Testimonio del S.S. VANEGAS CESAR AUGUSTO, obra a folios 40 y s.s., del C.O.1.

²¹ En este sentido ver testimonio del soldado MORENO ROJAS OSCAR, obra a folios 46 y s.s., del C.O.1.

²² Cfr. Folio 15 ibídem.

²³ Así lo manifestaron sus comandantes TE. CARDONA YEPES y S.S. VANEGAS CESAR AUGUSTO en declaración jurada.

simple declaración telefónica, comoquiera que del paginario se colige que ningún esfuerzo hizo por presentarse ante sus superiores ni tampoco compareció oportunamente al proceso para exponer las razones por las cuales le fue imposible regresar a su unidad, pues de hecho el instructor requirió más de 16 meses para lograr escucharlo en indagatoria.

Hilvanando lo anterior, encuentra también la Sala que a través de los medios probatorios allegados es posible arribar a la estructuración del elemento subjetivo del injusto, esto es, la prueba del conocimiento y la voluntad del procesado para transgredir la norma penal militar, sin que se pueda abstraer de ellos, ni siquiera sumariamente, como lo pretende la recurrente, la mediación de una causal de justificación en el comportamiento asumido por el soldado ORTIZ GÓMEZ al momento de abandonar el deber con el servicio militar.

Véase que en el escrito de apelación la defensora asegura que en derecho penal no existe una tarifa legal cuando se trata de probar el estado de necesidad, por lo cual la historia clínica de la progenitora del soldado ORTIZ GÓMEZ, así como la diligencia de inquirir rendida por este uniformado, resultarían más que suficientes para demostrar que al momento de la evasión en su poderdante medió una situación de salud grave que lo obligó a sacrificar sus obligaciones legales con el fin de cumplir con los deberes morales que le asistían para con su núcleo familiar.

En efecto, coincide la Corporación parcialmente con las premisas propuestas por la impugnante, pues en Colombia se encuentra proscrita la tarifa legal como sistema de valoración probatoria, dado que impera el método compuesto por las reglas de la sana crítica, según el cual el juez debe siempre exponer las razones y el mérito que le asigne a cada prueba para demostrar al justiciable el peso probatorio que le dio a cada medio de convicción al momento de resolver su caso concreto.

Sin embargo, no considera la Sala que desde el punto de vista jurídico y probatorio la configuración típica de la justificante enarbolada descrita en el numeral 7° del artículo 33 de la Ley 1407 de 2010 y según la cual se excluye la responsabilidad para quien "*(...) obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.*", tenga cabida en el asunto bajo estudio.

Destáquese que si bien la recurrente realizó el correspondiente ejercicio de congruencia de cara a los requisitos sustanciales referidos con el peligro actual o inminente de un derecho propio o ajeno, la inevitabilidad del daño a un tercero inocente y la proporcionalidad entre el mal que se precave y el que se ocasiona, entre otros, estos argumentos de cara al caudal probatorio acopiado no logran demostrar que efectivamente existió un tal peligro en la salud de la señora LUCILA GÓMEZ URIBE que haya obligado a su hijo,

el soldado ORTIZ GÓMEZ, a tener que escoger entre la salvación del bien jurídico de la vida de su progenitora o el cumplimiento de su deber legal para con el servicio.

Al respecto, téngase en cuenta que si bien la doctrina ha enseñado que "*se permiten jurídicamente los daños que se ocasionan a bienes jurídicos ajenos para evitar un daño superior o al menos igual a un bien jurídico propio o de terceros*"²⁴, también lo es que se requiere de la demostración del valor de resultado que comporta la salvación o la desactivación de un peligro para el bien jurídico, pues solo a partir de la comprobación de tales supuestos es que la norma subjetiva de determinación debe ceder ante la norma objetiva de valoración²⁵ por haber escogido el enjuiciado el medio menos nocivo para el bien jurídico en riesgo y no el más rentable para su propio interés²⁶.

En acuerdo con lo dicho en precedencia por esta Corporación, el Ministerio Público ante esta Instancia en el traslado de rigor desechó la posibilidad del reconocimiento del estado de necesidad al no estar configurados todos los elementos que componen tal eximente, pues con las pruebas allegadas no es posible comprobar en las circunstancias de tiempo concretas que la salud de la progenitora del justiciable se encontraba en un real peligro, en tanto lo evidenciado fue que para la época de los hechos la señora recibió

²⁴ JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA, Derecho Penal Fundamental, 2da Edición, Bogotá, Temis 1989.

²⁵ Así lo explica GÓMEZ PAVAJEAU, Lecciones de Derecho Penal, Teoría de la Norma, Bogotá, Universidad Externado de Colombia 2019.

²⁶ En este sentido véase, CSJ. Radicado 15313 del 17 de agosto de 2000, MP. Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

sin contratiempos el tratamiento adecuado para su patología²⁷.

Para ahondar en razones sobre la consecuencia jurídica a la cual arribará esta Sala de Decisión, resulta oportuno rememorar los requisitos objetivos y subjetivos que han venido siendo estudiados por esta Corporación en punto del estado de necesidad, veamos:

"(...) en primer lugar, respecto a la existencia del peligro para el bien jurídico ha de tenerse en cuenta que debe tratarse de una circunstancia que se prolonga en el tiempo y puede concluir en un daño nocivo contra este²⁸. Así mismo, el peligro puede tener diversos orígenes como por ejemplo los fenómenos naturales, los accidentes, el actuar de los seres humanos y también como consecuencia de los contextos sociales.

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

²⁷ Véase concepto emitido por el Procurador 5 Judicial Penal II, obra a folio 257 del C.O. 2.

²⁸ ROXIN CLAUSS, Derecho penal parte general, Tomo I, Editorial Civitas, Segunda Edición reimpresa 2008, página 680.

daño en caso de que no se intervenga para impedirlo"²⁹.

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

En cuarto lugar, respecto a la intensidad del daño causado a los bienes jurídicos involucrados, un sector de la doctrina ha señalado que este presupuesto implica un ejercicio de ponderación a partir de las siguientes proposiciones: "los preceptos sobre el orden general ceden ante la protección frente a daños concretos; los valores de la personalidad tienen preferencia frente a los bienes patrimoniales; y la protección de la vida y la integridad fundamenta un interés superior incluso frente a la preservación de otros valores de la personalidad o de bienes jurídicos supraindividuales"³⁰. Bajo ese entendido, queda en evidencia la jerarquización de los bienes jurídicos en juego, donde por ejemplo la vida tiene prevalencia sobre el patrimonio económico.

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

²⁹ *Ibidem*, página 680.

³⁰ *Ibidem*, página 684.

voluntaria del riesgo³¹. En otras palabras, la acción de quien alega la justificante pierde eficacia cuando esa persona en cuya ayuda acude está obligada a sacrificarse, por cuanto aquellas personas tienen deber jurídico por su especial condición para contrarrestar el peligro.

Por último, el mal menor no puede ser la consecuencia de un acto doloso o imprudente de aquél que invoca la justificante para beneficiarse de ella, puesto que debe constarse que la intencionalidad del sujeto esté dirigida a la protección del bien jurídico o de un derecho.”³².

Ante los precisos presupuestos que deben configurarse para el reconocimiento de la justificante pretendida, es claro que una revisión del expediente para el caso concreto no conlleva a la demostración probatoria ni dogmática que el enjuiciado actuó amparado por el pluricitado estado de necesidad, ya que no son verificables las afirmaciones expuestas por el procesado cuando rindió diligencia de indagatoria ni tampoco las pretensiones de la apelante, referidas a que su prohijado abandonó el 11 de marzo de 2019 el servicio militar porque su señora madre LUCILA GÓMEZ URIBE se encontraba gravemente enferma del colon y de sus cuatro (4) hijos solo el soldado ORTIZ GÓMEZ era quien la ayudaba económicamente y podía cuidarla, aun cuando la citada progenitora contaba con una relación conyugal.

³¹ VELÁSQUEZ FERNANDO, Manual de Derecho Penal parte general, ediciones jurídicas ANDRÉS MORALES, cuarta edición 2010, página 505.

³² Radicado 158945 del 05 de diciembre de 2018, MP. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, Tribunal Superior Militar y Policial.

Bajo el recuento argumentativo propuesto por la defensa y de cara a los medios documentales aportados considera la Sala que no le asiste razón a la apelante, en primer lugar porque la existencia del peligro para el bien jurídico de la salud más no de la vida de la señora LUCILA GÓMEZ fue remoto más no probable, esto quiere decir que si bien desde el 15 de noviembre de 2018 a la citada madre del soldado le fueron diagnosticados un pólipo plano del sigmoides y una hemorroide externa trombosada³³, para la fecha de consumación formal del delito de deserción (17 de marzo de 2019) tales riesgos para la salud de la señora LUCILA GÓMEZ ya se encontraban controlados y bajo supervisión médica, según lo evidencia la completa historia clínica que fue aportada al paginario, en tanto da cuenta de los procedimientos, controles y tratamientos médicos especializados que le fueron practicados desde el año 2018 en que se diagnosticó la enfermedad y hasta la presente vigencia³⁴.

Téngase en cuenta, además, que no solo basta la existencia de una situación de peligro cuando se trata de probar el estado de necesidad, puesto que también se demanda del requisito de la actualidad o inminencia del mismo, en tanto debe demostrarse en grado de certeza el probable menoscabo que puede sufrir el bien jurídico en caso de que no se actúe de forma inmediata. Es así que la doctrina "*considera conveniente hacer el análisis del peligro desde la*

³³ Ver reporte médico de la Unidad de Gastroenterología UGANEP, obra a folios 109 y ss., del C.O.1.

³⁴ Obra a folios 93 y ss., del C.O.1.

perspectiva ex ante, es decir, en el momento de la acción de salvamento, pues es ahí cuando se puede en verdad hacer un pronóstico realista de lo que puede llegar a pasar"³⁵.

La determinación del peligro inminente para el caso concreto no reúne las características analizadas, pues la situación de peligro argüida, como se ilustró en precedencia, no medió al momento de la realización del injusto, y si se tiene en cuenta que también la prueba documental permite evidenciar que a la señora LUCILA GÓMEZ el 18 de diciembre de 2019 le fue expedido diagnóstico de *Helicobacter pylori* status³⁶, surge nítido que este medio de convicción no resulta determinante en punto de la estructuración del estado de necesidad comoquiera que fue expedido ocho (8) meses después del acaecimiento de la conducta enrostrada.

Se advierte entonces, que ante la inexistencia de un peligro actual e inminente en el asunto bajo estudio, resulta superfluo el estudio de los demás requisitos constitutivos de la causal pretendida por la defensa, ya que las pruebas obrantes en el *dossier* fueron contundentes respecto que para la fecha de los hechos el enjuiciado no se enfrentó con una situación apremiante que implicara colisión de intereses o derechos para llegar al extremo de tener que sacrificar la continuación de la prestación de su servicio militar.

³⁵ PERDOMO TORRES, Lecciones de Derecho Penal, *Cuestiones básicas del estado de necesidad justificante*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia 2019.

³⁶ Ver folio 93 y 94 *ibidem*.

Como viene de analizarse, lejos de poderse plantear causal alguna de ausencia de responsabilidad a su favor, encuentra ésta Sala de Decisión que se encuentran dados los presupuestos procesales para dictar sentencia condenatoria en disfavor del soldado HEILER ORTIZ GÓMEZ, como así se pronunciará la Sala en la parte resolutive al confirmar la decisión condenatoria proferida por el *A quo* y que fuere objeto de impugnación, negándose por consiguiente las pretensiones de la apelante en tanto aflora en grado de certeza que el procesado debe ser declarado penalmente responsable por la conducta endilgada, de acuerdo a los elementos de juicio valorados adecuadamente por la funcionaria de primer grado, y bajo este contexto se asentirá con lo solicitado por el agente del Ministerio Público ante esta instancia.

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

IX. RESUELVE:

PRIMERO: DESPACHAR desfavorablemente el recurso de apelación elevado por la defensora pública del soldado HEILER ALDAIL ORTIZ GÓMEZ en contra la sentencia condenatoria del 5 de abril de 2021 proferida por el Juzgado Segundo de Instancia de Brigada del Ejército Nacional.

SEGUNDO: Consecuente con lo anterior, **CONFIRMAR** la sentencia datada 5 de abril de 2021 proferida por el Juzgado Segundo de Instancia de Brigada del Ejército Nacional y mediante la cual se condenó al soldado HEILER ALDAIL ORTIZ GÓMEZ a la pena principal de ocho (08) meses de prisión al ser encontrado penalmente responsable del delito de deserción, ello de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión judicial.

TERCERO: CONTRA la presente decisión procede el recurso extraordinario de casación discrecional que podrá interponerse, previa precisión de ello³⁷, dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de esta decisión, conforme lo establece el artículo 210 de la Ley 600 de 2000³⁸.

CUARTO: ORDENAR, en caso de que no se interponga ningún recurso, la devolución del presente sumario al juzgado de instancia de origen para los fines pertinentes, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, RADÍQUESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.



Brigadier General MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ

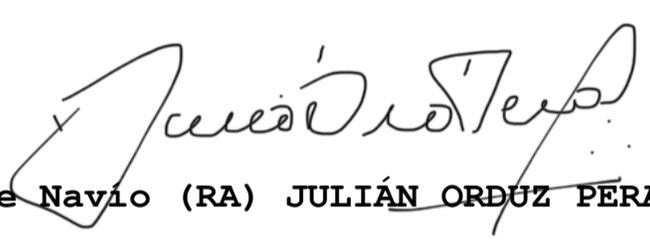
Magistrado Ponente

³⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 23701, auto junio 22 de 2005, M.P. MAURO SOLARTE PORTILLA.

³⁸ Modificado por el artículo 101 de la Ley 1395 de 2010.



Coronel (RA) WILSON FIGUEROA GÓMEZ
Magistrado



Capitán de Navío (RA) JULIÁN ORDÚZ PERALTA
Magistrado

Abogada MARTHA FLOR LOZANO BERNAL
Secretaria