



La seguridad
es de todos

Mindefensa



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

**BOLETÍN
JURISPRUDENCIAL Y OTROS ASUNTOS
DE INTERÉS PARA LA J.P.M.P**

El contenido de este boletín son extractos informativos de las providencias emitidas por esta corporación. Se recomienda revisar directamente las providencias en la Página Web: <https://www.justiciamilitar.gov.co>

I. PROVIDENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL OCTUBRE 2021

1. NULIDAD: Causales. Deben ser interpretadas a partir de unos principios que le dan sentido y contenido a las mismas. Estas causales son: i) la falta de competencia del juez o del fiscal durante la instrucción, ii) la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso y, iii) la violación del derecho a la defensa. **NULIDAD: Oportunidad para alegarla.** Si bien es cierto que los sujetos procesales pueden alegar causales de nulidad en cualquier estado del proceso, también lo es, que si éstas tienen ocurrencia en la etapa de instrucción su postulación sólo podrá hacerse hasta el término de ejecutoria de la resolución de acusación, pues a partir de ese momento procesal, que no es otro que el del juicio, la potestad para decretarlas es del juez, bien de primera o de segunda instancia, tal como se entiende del artículo 389 de la Ley 522 de 1999. Las nulidades que no sean invocadas hasta el término de ejecutoria de la resolución de acusación solo podrán ser debatidas en el recurso de casación. **UNIDAD PROCESAL: Alcance.** El principio de unidad procesal del artículo 217 de la Ley 522 de 1999 le impone al funcionario judicial el deber de por cada hecho punible se adelante una actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes. **CONEXIDAD: Propósito.** Cuando las conductas delictivas sean conexas debe investigarse y juzgarse de manera conjunta. La razón de ser de esto no sólo ocurre por cuestiones de práctica procesal y probatoria, sino principalmente con el propósito que se dicte una sola sentencia y se dosifique la pena de acuerdo con las reglas establecidas para el concurso de delitos. **RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN:**

Motivación. Según lo exige la naturaleza de este acto debe hacerse una ajustada narración de los hechos, una valoración de las pruebas, emitir razonamientos sobre los alegatos de las partes y calificar jurídicamente las conductas sobre las cuales se funda la imputación, haciendo especial énfasis de manera expresa e independiente en qué calidad y por qué delitos deben ser enjuiciados los procesados. **NULIDAD: No se presenta por se cuándo la Fiscalía omite anunciar la presencia del concurso de delitos en la acusación.** Cuando la Fiscalía dentro del acápite de la calificación jurídica de los delitos cometidos por los procesados y de sus circunstancias específicas omite mencionar la presencia del fenómeno del concurso, esta inobservancia, es de trascendencia formal más no sustancial, comoquiera que no se convierte en un impedimento para que el juzgador pueda proseguir con la etapa del juicio y a la postre emita la sentencia. Por tanto, si bien no se establece en la resolución de acusación la existencia del concurso de conductas punibles, ello por sí mismo no logra convertirse en un motivo invalidante de la actuación, dado que el fenómeno del concurso de conductas punibles en la mayoría de los casos no hace parte del núcleo esencial de la imputación (tipicidad) y por ende, no es un tópico que afecte la congruencia entre acusación y sentencia, sino que en la mayoría de los casos es un aspecto que debe el funcionario judicial enfrentar y resolver al momento de establecer la punibilidad a imponer. **NULIDAD: Carga de quien la invoca.** Es un deber inexorable para quien pretenda la anulación del proceso tener presente que tal actuación

conlleva la sanción máxima del procedimiento, por lo cual se encuentra obligado a invocar los motivos legales que dan lugar a la nulidad (principio de taxatividad), como también acreditar que la incorrección o vicio afectó en forma real y cierta las garantías de los sujetos procesales o que con ellas se socavó las bases fundamentales del proceso (principio de trascendencia) y que la única forma de enmendarlo es con la anulación (principio de subsidiariedad). **CONCURSO DE DELITOS: Non bis in ídem.** El funcionario judicial al momento de analizar la conducta acaecida a la luz del catálogo de delitos encuentra que esta se ajusta a lo sancionado por varios tipos penales, debe tener especial cuidado en el proceso de congruencia típica para no llegar a calificar la actuación como tipicidad plural cuando en realidad no lo es, caso en el cual, sí procedería la nulidad, pues se estaría poniendo en riesgo el principio que lo prohíbe *-non bis in ídem-* en tanto podría llegar a sancionarse al sujeto activo doble vez por un hecho único, casos en los cuales resulta vital la observancia de los criterios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad. **CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES: Incidencia en la punibilidad.** Se trata de un asunto que tiene relevancia en punto de la punibilidad, por razón que el efecto principal que conlleva el trámite conjunto de delitos conexos y la determinación del concurso es que si se llega a un fallo de condena la pena se establezca conforme a las reglas del concurso, misma metodología que incluso se puede utilizar, por mandato legal, aun cuando los delitos conexos se hayan fallado separadamente. **CONCURSO IDEAL Y CONCURSO APARENTE:** Reseña Doctrinaria. **RAD. 158501-OCTUBRE-2021, BG. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ.**

2. DELITO DEL CENTINELA: Características. Estructuración. Se trata de un tipo penal en blanco, de mera conducta o de peligro, determinado por varias conductas alternativas: dormirse, embriagarse, colocarse bajo el efecto de sustancias estupefacientes, separarse de su puesto, faltar a las consignas y/o dejarse relevar por quien no tiene competencia para ello, con el cual el legislador pretende proteger el bien jurídico del servicio. Para que pueda estructurarse este reato en el juicio de adecuación típica, se debe tener en cuenta que el sujeto activo de la conducta debe tener la condición de centinela, esto es, el legislador para diferenciarlo de otros delitos contra el servicio que pueden materializarse con algunas de las conductas previstas en este tipo penal, introdujo como ingrediente normativo de carácter funcional, una circunstancia muy especial, que para el momento de la ocurrencia del hecho el militar o policial fungiera como centinela. **REMISIÓN LEGISLATIVA: Concepto. Clases.** La remisión normativa es una técnica legislativa que debe entenderse desde la perspectiva del principio de tipicidad, en cuanto que el Congreso atendiendo la libertad de configuración legislativa, dispone de manera expresa la aplicación directa de contenidos normativos que definen con precisión conductas sancionadas punitivamente en otras leyes, como ocurre en el artículo 171 de la ley 1407 de 2010 (relativo a delitos comunes); igualmente, de manera expresa o tácita, remite a contenidos normativos que permiten complementar aquellos tipos penales en blanco, como en la mayoría de los delitos típicamente militares. Cuando se recurre a la primera (expresa), se hace necesario que las normas a las que se remite contengan, en efecto, los elementos estructurales que permiten describir en forma inequívoca la conducta

sancionada, de forma tal que el intérprete y operador jurídico pueda aplicarla conforme al principio de legalidad, en cuanto a su tipicidad, sin desconocer el principio de "lex praevia". Cuando el legislador recurre a la remisión legislativa tácita, además de los anteriores requisitos, se hace necesario verificar que parte de la disposición en cuestión, es decir, el tipo penal en blanco, requiere complementarse con otros preceptos jurídicos, de tal manera que le permitan al intérprete y operador judicial identificar de manera precisa un determinado cuerpo normativo sin que haya lugar a ambigüedades, es decir, que de forma efectiva pueda completar la norma concreta a partir de la lectura a las que se remite. **DELITO DEL CENTINELA: Juicio de Adecuación Típica.** Lo determina las funciones materialmente asignadas y las características del servicio, no la duración del turno. **REGLAMENTO DE RÉGIMEN INTERNO DE LAS UNIDADES TÁCTICAS.** Definición. objetivo, alcance, generalidades y servicios. **FUERZA PÚBLICA: Características de sus miembros.** El soldado como el policía, representa como ningún otro servidor público los más altos postulados éticos y de servicio a la comunidad, en ellos se refleja la sociedad en busca no solo de protección sino de modelos de comportamiento, situación apenas lógica, puesto que es a ellos a quienes se acude en busca de protección y amparo ante situaciones de violencia, delincuencia e inseguridad ciudadana, por lo que la institución militar ostenta una posición de garantía frente al cometido constitucional encomendado. **DOLO: Elementos.** La modalidad dolosa de las conductas conlleva el saber y la voluntad, esto es, el conocimiento que tiene el agente de realizar un comportamiento descrito en la ley como punible y el querer su realización, conocido como el dolo

avalorado. Para ese primer aspecto – conocimiento de los elementos de la figura típica-, resulta necesario que, al igual que lo hiciera un hombre promedio en su situación, el agente entienda que su accionar abarca aquellos elementos, sea consciente de ello, pero, además, que considere que es realmente posible la producción de las circunstancias del hecho en el caso concreto y quiera hacerlo, es decir, que desee ejecutar la conducta prohibida y, bajo un entendido tal, ponga en marcha su accionar, bien sea que éste alcance tan sólo el fin propuesto o, amén de ello, produzca otro resultado previsible y ligado, inevitablemente o eventualmente, a aquel propósito inicial. **DOLO DEMOSTRACIÓN:** Reseña jurisprudencial. **REGLAMENTO SERVICIO DE GUARNICIÓN:** Especifica las normas para la organización y funcionamiento de las guardias. **CENTINELA DE LA GUARDIA: Definición.** (Reglamento de Guarnición). El centinela es un individuo de la guardia, armado y colocado en un sitio, lugar o zona determinados, con misiones definidas de vigilancia y seguridad. El centinela debe permanecer con su arma cargada y asegurada mientras se encuentre nombrado de servicio. El servicio de centinela de guardia es prestado por el personal de Soldados e Infantes de Marina, orgánicos de la unidad militar y nombrado mediante acto administrativo por un lapso de 24 horas. La misión fundamental del Centinela de la Guardia es la defensa y seguridad de la unidad militar. El horario para la prestación de este servicio será de acuerdo con lo estipulado en los turnos de guardia y no podrán exceder las seis horas continuas. **FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO: Requisitos para que se configure como causal de ausencia de responsabilidad.** Para edificar esta causal excluyente de responsabilidad se debe: i) analizar y ponderar todas las

circunstancias que rodean la conducta investigada, en aras a determinar si para su realización confluía una fuerza mayor o un caso fortuito; ii) los hechos deben ser imprevisibles e irresistibles y por tanto sobrevinientes, es decir, su previsión debe escapar, en condiciones normales, a cualquier sujeto e imposible de evitarlo; iii) no constituyen fuerza mayor o caso fortuito los sucesos que acontecen frecuentemente o con cierta periodicidad, ni hay fuerza mayor o caso fortuito cuando el obstáculo dificulta el cumplimiento de una obligación, mas no la imposibilita, y, iv) los hechos no deben ser atribuibles a la intención o culpa de la persona que los invoca. **RAD. 158866-OCTUBRE-2021, CR. JOSÉ ABRAHAM LÓPEZ PARADA.**

3. CONCURSO PECULADO SOBRE BIENES DE DOTACIÓN Y HURTO DE ARMAS Y BIENES DE DEFENSA: Principio Non bis in ídem. No hay vulneración de este principio como quiera que se trata de dos tipos penales que protegen diferentes bienes jurídicos; por un lado, el peculado sobre bienes de dotación, que busca proteger la administración pública, por el otro, el delito de hurto de armas y bienes de defensa, se ubica en el capítulo de otros delitos contra la seguridad de la fuerza pública, de tal suerte que no es posible predicarse, que con una imputación o una eventual declaratoria de responsabilidad por los dos reatos, se viole el aludido principio, en tanto que no hay afectación de un único bien jurídico tutelado. **REBAJA POR CONFESIÓN:** Por tratarse ésta de un fenómeno eminentemente post delictual, en tanto tiene lugar después de la perpetración del delito, ha de ser posterior a la tasación de la pena imponible en concreto. **CONCURSO DE DELITOS. Dosificación punitiva.** Procedimiento en los eventos en que media un preacuerdo. Reseña

jurisprudencial. **RAD. 159418-OCTUBRE-2021, TC. ROBERTO RAMÍREZ GARCÍA.**

4. ATAQUE AL INFERIOR: Elementos estructurales que lo configuran. a) la condición de superior jerárquico en grado o antigüedad del sujeto activo de la conducta, dentro de la organización jerárquica de la Fuerza Pública; b) que el sujeto pasivo tenga el carácter de subordinado del sujeto activo, de conformidad con la estructura de la Fuerza Pública; c) la ejecución de un ataque por vías de hecho; y, d) que ese ataque se produzca en actos relacionados con el servicio. **DEBIDO PROCESO PROBATORIO: Alcance.** El artículo 29 Constitucional introdujo al ordenamiento jurídico el derecho-garantía no sólo a un debido proceso en sentido general, sino también a uno más específico llamado debido proceso probatorio, cuya vulneración genera nulidad de pleno derecho o inexistencia de la prueba, tal como se entiende de la lectura del inciso final de la previsión comentada que expresamente regla: *“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”*. **CLAUSULA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA: Prueba ilícita vs prueba ilegal.** La jurisprudencia constitucional ha admitido que la cláusula de exclusión que opera frente a la prueba ilícita y la ilegal tiene diferencias, pues mientras la primera opera cuando la prueba ha sido obtenida con vulneración de los derechos fundamentales del individuo, la segunda, por el contrario, se concreta cuando se desatienden, en forma trascendente, las reglas establecidas por el legislador para el recaudo, aducción o aporte al proceso, esto es, cuando se pretermite el principio de legalidad de la prueba. Así mismo, ha reconocido que las consecuencias jurídicas de una y otra también son diversas, pues mientras respecto de la

primera, esto es, la ilícita opera la exclusión de pleno Derecho del caudal probatorio, con relación a la segunda, es decir, la irregular o ilegal, se impone el deber por parte del funcionario judicial, antes de determinar su exclusión, de analizar si el requisito legal pasado por alto es fundamental o no, pues de no serlo la prueba no debe ser excluida y por contera deberá ser tenida en cuenta y valorada. **PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PRUEBA:** Reseña jurisprudencial. **AUDIO:** Exclusión por haber sido grabado sin el consentimiento del sujeto activo del delito y entregado al funcionario judicial por un tercero. Cuando se efectúa una grabación sin tener competencia, ni legitimidad para ello, se debe aplicar sobre este medio probatorio su exclusión del contexto de valoración, por transgredirse los derechos fundamentales del procesado. **GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINACIÓN:** Reseña jurisprudencial. **IRA E INTENSO DOLOR:** **Presupuestos.** Este atenuante deriva de un comportamiento ajeno, grave e injustificado ha de valorarse en un entorno específico, pues no cualquier conducta intencional ajena reviste las características enunciadas y menos aún puede afirmarse que cualquier reacción violenta ante un estímulo externo que propicie una alteración de ánimo para predicar tal disminución punitiva. En ese orden de ideas, no se predica la disminución punitiva cuando el sujeto agente obra determinado por un temperamento impulsivo, pues la casual aludida de modo alguno *“es igual a la rabia, o el enfado, o el enojo, constitutivo de una condición clínica emocional que puede llevar al ser humano a comportarse violentamente, que la ira grave e injustamente provocada, pues ésta implica una cualificación jurídica que reclama estricta verificación en el recaudo probatorio...”*. La configuración de la atenuante reclama

necesariamente la constatación de que a ese estado emotivo llegó el implicado después de ser grave e injustamente provocado, hecho que es el detonante para que se salga de su órbita funcional y materialice la conducta, de donde se colige que para que se estructure este atenuante se requiere: i) La existencia de un comportamiento indebido ajeno grave e intencional, respecto del cual, cada situación debe ser estudiada en particular, que depende de múltiples variables: la cultura, educación, formación, la experiencia, tolerancia, en el argot militar el honor, los valores castrenses, la dignidad, la personalidad, por citar algunos ejemplos que se interrelacionan en este tipo de contextos y ii) Un estado emocional de ira o intenso dolor consecuencial al comportamiento ajeno, esto es, provocado por quien padece las consecuencias, que puede presentarse en forma inmediata o en un tiempo distinto a la ofensa o agravio. En primer lugar, porque la simultaneidad de modo alguno es requerida en la norma; como también, en segundo término, por cuanto lo exigido es que la reacción violenta causante del resultado antijurídico se realice mientras permanece el estado emocional. **RAD. 158910-OCTUBRE-2021, TC. JORGE NELSON LÓPEZ GALEANO.**

5. IN DUBIO PRO REO: La duda debe **absolverse a favor del procesado.** **Presupuestos para la aplicación del principio.** El proceso penal es un instrumento creado por el derecho para juzgar, no necesariamente para condenar, puesto que también cumple su finalidad cuando se absuelve al sindicado. Razón por la cual, el procesado goza en todo momento de la presunción de inocencia y del derecho de defensa, lo que impone la aplicación del principio universal de in dubio pro reo, que reclama que toda

duda que surja en el proceso se resuelva a favor del procesado. Principio éste que la Jurisdicción Penal Militar y Policial, en desarrollo del postulado constitucional, incluyó como norma rectora del procedimiento penal castrense. Sin embargo, resulta preciso entender, que no es cualquier duda la que permite al juzgador encaminarse hacia una decisión favorable para los intereses del acusado, sino aquella que verse respecto de la ocurrencia del hecho punible y la responsabilidad penal del procesado, que se halle razonablemente fundada, cuya construcción sea lógica y que resulte insalvable de absolver con los medios probatorios que estuvieron en posibilidad de aducirse durante el devenir procesal. La duda, entonces, debe aflorar como consecuencia del análisis probatorio y no como una mera especulación, siendo necesario que revista condiciones de idoneidad, seriedad, pertinencia e insuperabilidad que ubiquen al fallador en imposibilidad de dilucidar la incertidumbre. **PRUEBA: Apreciación.** Inicialmente se hará de manera individual, pero principalmente en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en aras a desentrañar su verdadero alcance y valor, para lo cual, ha de recurrir a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia común. Sólo a partir de esa labor dialéctica, se podrá determinar la existencia de certeza o duda frente al hecho que pretende demostrar con el universo probatorio existente dentro del proceso, conclusión que debe soportarse en el juicio probatorio efectuado y no en la simple enunciación del resultado obtenido. **CERTEZA PARA CONDENAR: Alcance.** No corresponde a aquella absoluta, en tanto resulta un imposible gnoseológico de alcanzar, sino aquella certeza racional que se refiere a una seguridad relativa o aproximada. Así mismo, la incertidumbre

que permite adoptar una decisión absolutoria también corresponde a la duda razonada, no a la generada en la sospecha, sentimientos, intuición o en el presentimiento. **PRUEBAS: Fases para su valoración.** Tiene al menos dos fases bien definidas en las que el juez debe tener en cuenta criterios disímiles. La primera etapa, consiste en la constatación de la existencia o no de actividad probatoria de cargo, la cual de cumplirse determina como segunda fase de valoración determinar si la evidencia, analizada de manera individual y en su conjunto, es suficiente o no para condenar, momento en el cual, se aplicará el estándar de la prueba que contempla la legislación. **DESERCIÓN. Maltrato físico o verbal no faculta la evasión.** Cuando un uniformado reciba mal trato, fuere físico o verbal, por parte de su superior inmediato, dicha situación no lo faculta para abandonar el servicio militar, puesto que, la legislación penal y disciplinaria tiene dispuestos medios para denunciar un hecho de esta naturaleza, siendo lo procedente denunciar previamente sin acudir a vías de hecho, como claudicar del cumplimiento de la obligación constitucional para con el servicio militar. **ESTADO DE NECESIDAD. Clases.** Puede ser de dos tipos: i) Causal justificante. Se presenta cuando dos bienes jurídicos entran en conflicto y se opta por sacrificar el que se considera de menor entidad para salvaguardar el otro y evitar un daño mayor y ii) Por su parte, como causal de inculpabilidad, tiene lugar cuando el agente frente a la colisión de derechos o intereses jurídicos, dada su situación asume erradamente que el atentado a otros derechos o bienes jurídicos de mayor entidad que el que se busca proteger está justificado por el derecho. **ESTADO DE NECESIDAD. Presupuestos.** La existencia de un riesgo, un mal, un daño o un peligro para el bien jurídico.

La causal exige que el peligro tenga la condición de actualidad e inminencia, 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 daño en caso de que no se intervenga para impedirlo”*. Por otro lado, la jurisprudencia señala que 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. **RAD. 159568-OCTUBRE-2021, CR(R). WILSON FIGUEROA GÓMEZ.**

6. AUTO INHIBITORIO: Legitimación para impugnar. Interés para recurrir. Quien acude al ejercicio del derecho de la doble instancia, vía la impugnación de las decisiones judiciales, no sólo tiene la obligación de hacerlo en tiempo por virtud del principio de preclusión de los actos procesales, sino que además debe ser sujeto de la relación jurídico-procesal o del derecho de postulación, en otras palabras, ser sujeto procesal y además de ello debe haber sufrido un agravio con la decisión, siendo esta circunstancia la que le dota de interés jurídico para recurrir. En el primer evento, se habrá de decir que tiene legitimación en el proceso (legitimatio ad processum), en el segundo que le asiste legitimación en la causa (legitimatio ad causam). El artículo 458 del Estatuto Punitivo Castrense determina que contra la decisión inhibitoria *“proceden los recursos ordinarios por parte del Ministerio Público*

y el denunciante o querellante”, en procura de obtener la revocatoria del auto inhibitorio y ello *“siempre que desvirtúe probatoriamente los fundamentos que sirvieron de base para proferirlo”*, (artículo 459 ejusdem), facultad para impugnar que por vía de jurisprudencia constitucional se extiende también a la víctima. **INDAGACIÓN PRELIMINAR: Finalidad.** Tiene como propósito determinar si hay lugar o no al ejercicio de la acción penal. Oportunidad dentro de la cual se deben emprender las actuaciones investigativas tendientes a determinar la ocurrencia de la conducta típica, la procedibilidad de la acción penal, así como a lograr la individualización o identificación de los autores o partícipes del presunto delito, conforme lo establece el artículo 451 de la Ley 522 de 1999 con símil redacción que el artículo 322 de la Ley 600 de 2000, codificación aún vigente cuyas normas resultan aplicables al proceso penal militar en el exclusivo evento de la inexistencia de regulación específica sobre una determinada materia en la normatividad penal militar. **INVESTIGACIÓN PRELIMINAR: Competencia del operador judicial.** Se circunscribe a constatar los hechos relevantes que han llegado a su conocimiento en razón de sus funciones, que no demande ingentes esfuerzos probatorios, ni complejas elucubraciones jurídico racionales, aunque sí apoyada en razonamientos lógicos y con un mínimo de sustento probatorio, de cara a los presupuestos elementales para abordar una investigación penal formal, constatación que de no reunir la totalidad de esos requisitos, conducirán perentoriamente a la adopción de una decisión inhibitoria. **INVESTIGACIÓN PRELIMINAR: Presupuestos para que se aperture investigación formal.** Una averiguación de naturaleza preliminar, desembocará en el inicio de una

investigación formal cuando se reúnan la totalidad de los siguientes presupuestos: *a)* que realmente haya ocurrido el hecho del cual da cuenta la *notitia criminis* (que fenoménicamente eso que se denunció o conoce el funcionario por virtud de su facultad oficiosa, tuvo manifestación material, concreta o perceptible por los sentidos), *b)* que el mismo efectivamente se halle positivizado como punible en un tipo penal (tipicidad objetiva), *c)* que no exista ninguna circunstancia que troque en improcedente el ejercicio punitivo del Estado (*v.gr.* la ausencia de querrela cuando esta se requiere, la prescripción, la oblación, la muerte del procesado, el desistimiento, la amnistía, la conciliación, etc.) y *d)* que se identifique, o al menos se individualice, a la persona o personas a quienes se señale de ser autores o partícipes (esto porque el proceso penal tiene un destinatario que eventualmente puede sufrir las consecuencias punitivas previstas en la disposición sustancial violada y tales consecuencias sólo pueden inferirse cuando haya plena prueba de la responsabilidad, esto es, cuando exista certidumbre sobre la persona respecto de quien se formula el juicio de esa naturaleza.

AUTO INHIBITORIO:
Causales. El resultado final de la pesquisa efectuada en una investigación preliminar será el de inhibirse de desatar la acción penal cuando el hecho, en su sentido naturalístico, no ha existido (fenoménicamente nunca aconteció) o la conducta es atípica (no confluyen los elementos que corresponden al tipo objetivo) o la acción penal no puede iniciarse (por cuanto subyace una circunstancia objetiva que torna en improcedente el ejercicio de la acción penal).

POSICIÓN DE GARANTE:
Concepto. Entendida como el deber jurídico concreto que tiene el sujeto agente de impedir un resultado típico evitable (garante de la evitación del

resultado). **POSICIÓN DE GARANTE: Miembros de la Fuerza Pública.** Al margen de lo que preceptúa el Estatuto Penal Militar de 2010, Ley 1407 de dicho año, que en su artículo 27 desarrolla de manera concreta la posición de garante del miembro de la Fuerza Pública al que se puede imputar la realización de una conducta delictiva en tanto teniendo el deber jurídico de impedir un resultado típico no lo evita pudiendo hacerlo a pesar de contar con los recursos y medios al efecto (delitos de comisión por omisión), queriendo significar ello, que la imputación es consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Constitución, por la ley o los reglamentos al autor del hecho que está compelido a resguardar específicamente un bien jurídico, mismas por virtud de las cuáles tiene a su cargo la protección real y efectiva del bien jurídico protegido o la vigilancia de determinada fuente de riesgo. Pretermitiendo igualmente que si bien, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2º, 217 y 218 de la Carta Política sobre la Fuerza Pública recae en abstracto una posición de garante, bien por la creación de riesgos para bienes jurídicos, ora dado el surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal que tiene a su cargo la protección de los mismos en tanto bienes con innegable trascendencia social, ello no quiere significar que por razón de tales circunstancias ipso facto se estructure en cabeza de uno de sus miembros la responsabilidad, pues por razón de lo ya dicho ha de establecerse en sede de imputación que en realidad de verdad dentro del ámbito de competencia (material, funcional y territorial) de un identificado o individualizado integrante de la organización castrense recaía en concreto un deber específico de seguridad en el tráfico jurídico o de protección frente a determinados

bienes jurídicos y en relación con ciertos riesgos, para de esa forma evidenciar que el resultado le era evitable y cognoscible, no obstante lo cual, por dolo o culpa, y a pesar de contar con los recursos y medios disponibles, omitió la acción de protección o la de salvamento, según el caso, misma que de acometerse en debida y oportuna forma hubiere evitado la producción del resultado típico. Aserto al que ha de añadirse que, habida cuenta que la responsabilidad penal presupone la conjunción de todos los elementos del injusto penal -tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad-, bien puede acontecer que quien ostentaba la posición de garante no sea responsable penalmente por ausencia de dolo (no conocía el riesgo concreto para los bienes jurídicos) o de imprudencia (el riesgo para tales bienes no le era cognoscible, ni previsible) o porque exista un estado de necesidad justificante por colisión de deberes (frente a dos agresiones simultáneas a dos bienes jurídicos de igual envergadura, sólo podía proteger uno sólo) o porque a

pesar de haber acontecido una conducta en su sentido naturalístico, ésta no alcanzó a estructurar un delito. **NOTIFICACIÓN CORREO ELECTRÓNICO: Acuse de recibo.** Cuando se utiliza el correo electrónico como instrumento de enteramiento, no demanda de manera perentoria y exclusiva del denominado “acuse de recibo” como formalidad ad probationem o tarifa legal para acreditar la recepción de una notificación por medios electrónicos y, por razón de ello, tampoco de trámites supletorios, esto último en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia. **RAD. 158932-OCTUBRE-2021, CN(R). JULIÁN ORDUZ PERALTA.**

NOTA: Para ver todas las providencias de octubre con el resumen de sus respectivos temas siga este vínculo: **Octubre/2021 (archivo disponible en la carpeta pública de la Relatoría).**

II. PRONUNCIAMIENTO RELEVANTE CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia T-339-21 del 23 de noviembre de 2021¹. La Corte Constitucional en el proceso de revisión del fallo dictado, en primera instancia, por el Juzgado 21 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá el 8 de enero de 2020, dentro de la acción de tutela promovida contra el Ministerio de

Defensa Nacional -Ejército Nacional- Batallón de Apoyo del Servicio para la Educación Militar, consideró vulnerados los derechos al debido proceso e igualdad del accionante, al verificar la acreditación de su calidad de desplazado y su incorporación al servicio militar obligatorio en una modalidad distinta a

¹Corte Constitucional, MP. Diana Fajardo Rivera.

Expediente T-8.133.291

la exigida y como consecuencia de ello, ordenó al citado Batallón cambiar la razón del desacuartelamiento al haberse configurado la causal de exención relativa a ser víctima del conflicto, al tiempo que **dispuso remitir copia de la decisión al Juez de Instrucción Penal Militar para que, dentro del campo de su autonomía judicial, disponga lo relacionado con la terminación del proceso que se adelanta en contra del demandante por el delito de Deserción.**

En el siguiente sentido fue el pronunciamiento:

“41. Contrario a lo afirmado por el juez de tutela de instancia, según lo manifestó el peticionario, tanto al momento en que fue citado para definir su situación militar como encontrándose activo en la prestación del servicio puso en conocimiento de las autoridades militares, por distintos medios, la configuración de algunas circunstancias especiales con la potencialidad de exonerarlo del cumplimiento del deber legal y constitucional. En concreto, advirtió acerca de su condición de persona desplazada por la violencia que jurídicamente imposibilitaba su ingreso a las filas del Ejército Nacional. Esta manifestación, según se desprende de la información obrante en el expediente, fue desatendida por el Cuerpo Castrense, bajo el argumento de que la documentación allegada para probar tal condición no tenía la suficiente validez probatoria. A partir de lo advertido, se desprende que ATM desplegó ciertas actuaciones tendientes a proteger sus intereses, pero tal gestión no impidió ni su reclutamiento y mucho menos permitió que posteriormente el Ejército avalara sus declaraciones procediendo a su desincorporación. En este contexto, podría resultar desproporcionado exigirle “a una persona que es

incorporada obligatoriamente para prestar el servicio militar, acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo estando [en principio] exento de prestarlo”, pues puso de manifiesto que, en atención a su calidad de víctima, su retorno al escenario de conflicto que fue precisamente forzado a abandonar constituía una justificación razonable para no hacer parte de las Fuerzas Militares.

42. En concreto, exigirle que acuda a dicha Jurisdicción para cuestionar la ilegitimidad de su alistamiento podría no brindar de forma oportuna la garantía que requiere para el amparo eventual de sus derechos. Por un lado, el amplio debate en dicho escenario judicial suele naturalmente extenderse en el tiempo y, como se desprende de los elementos de juicio allegados al trámite, si bien el tutelante, a la fecha, no se encuentra “incorporado” al Ejército Nacional pues desertó de la institución sobre la base de estar reclutado ilegalmente, por este hecho se encuentra actualmente en curso un proceso penal en su contra ante el Juzgado 74 de Instrucción Penal Militar que podría impactar en su libertad personal. De ahí que se requiera la intervención activa del juez constitucional para valorar la razonabilidad de las decisiones adoptadas por la accionada y definir o normalizar, si hay lugar a ello, su situación militar, lo cual le permitiría el ejercicio activo de sus derechos al trabajo, a la educación y, en general, su debida inclusión en sociedad. Dicho de otro modo, si bien en este asunto no resulta aplicable el argumento relacionado con la necesidad de provocar por parte del juez de tutela un pronunciamiento inmediato antes de que culmine el periodo integral de prestación del servicio militar, empleado

usualmente en contexto fácticos como el presente, si se requiere la activación célere del mecanismo para evaluar la constitucionalidad de decisiones que podrían terminar generando la “limitación de la autonomía de [una] persona”; celeridad que no puede alcanzarse mediante el medio de control, en atención a su prolongada duración en la práctica, que se explica por su misma naturaleza.

(...)

46. De manera general, se prevé que todo varón colombiano debe definir su situación militar desde que cumple la mayoría de edad; obligación que cesa a los 50 años. La imperatividad de este mandato impide, en cualquier caso, que la Fuerza Pública realice detenciones u operativos sorpresa para aprehender a los colombianos que no se hubieran presentado o prestado el servicio militar obligatorio. De conformidad con la ley, de otro lado, el servicio tendrá una duración de 18 meses bajo la denominación de soldado regular, pero en el caso de los bachilleres “llamados a desempeñar labores y tareas en la vida social”, la “prestación del servicio militar, [es] distinta y especial [en atención] al grado de instrucción educativa”, por lo que corresponde a 12 meses. En este contexto, le atañe a las autoridades encargadas del reclutamiento desplegar una “actuación encaminada a establecer la real situación que [envuelve] al conscripto”, a fin de incorporarlo a las filas en la modalidad que le corresponda. No actuar de esta manera y someter al individuo a la prestación del servicio durante un interregno mayor al exigido legalmente podría desencadenar en una violación de su derecho al debido proceso, especialmente cuando al momento del alistamiento el ciudadano

cuenta, por ejemplo, con título académico que determina que su periodo de reclutamiento debe ser considerablemente menor al regular. Para atender el compromiso relacionado con la prestación del servicio, se contemplan distintas categorías y se establecen diversas etapas que deben surtir para lograr su definición, las cuales fueron sistematizadas en el Capítulo 2 de la Ley 1861 de 2017.

(...)

51. Ahora bien, resulta relevante aclarar que la normativa en cita contempla una figura denominada desacuartelamiento. Se trata del acto mediante el cual el comandante de la Fuerza respectiva (Ejército Nacional, Armada Nacional o Fuerza Área), el Director General de la Policía Nacional, el Director del INPEC o la persona en la que estos deleguen, dispone **la cesación en la obligación de continuar prestando el servicio militar** de un Soldado, Infante de Marina, Soldado de Aviación y Auxiliar de Policía o Auxiliar del Cuerpo de Custodia por causales diferentes al licenciamiento. La terminación anticipada del servicio militar obligatorio tiene lugar ante el advenimiento de ciertas causales que, en lo que atañen al debate actual, se relacionan con el hecho de (i) sobrevenir alguna de las causales de exoneración contempladas en la ley, siempre y cuando esta sea ajena a la voluntad del individuo; (ii) ausentarse injustificadamente del servicio, en los términos previstos en el Código Penal Militar para el delito de desertión y (iii) durante el tiempo en que se esté cumpliendo la correspondiente pena por haber incurrido en desertión. Con todo, la obligación de prestación del servicio militar también puede verse impactada

por la concurrencia de otras situaciones particulares.

52. Dentro de este marco regulatorio, la ley prevé la posibilidad tanto de **aplazamiento** como de **exoneración** del servicio militar obligatorio. En el caso del último supuesto, el Ejército Nacional está especialmente obligado a valorarlo y verificarlo con absoluta seriedad y responsabilidad, antes y después de la incorporación a filas, pues de lo contrario podría incurrir en actuaciones irregulares que afecten el debido proceso administrativo e igualdad de los ciudadanos. (...). Por su parte, la **exoneración** tiene lugar para quienes hayan alcanzado la mayoría de edad y acrediten, entre otros, ser: (i) el hijo único y el hijo de padres con limitaciones para trabajar o mayores de 60 años, cuando carezcan de medios de subsistencia, y el convocado vele por ellos; (ii) quienes acrediten la existencia de una unión marital de hecho legalmente declarada; (iii) el padre de familia y (iv) las víctimas del conflicto. En todo caso, estos individuos podrán voluntariamente prestar el servicio.

53. En lo que aquí interesa, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre el contenido y alcance de la última causal de exoneración de prestación del servicio militar, considerando “las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto.” El punto de partida en el desarrollo de la materia ha sido la Ley 1448 de 2011, que consagró expresamente en su articulado diversas medidas de protección y reparación en favor de quienes han sufrido el flagelo del conflicto armado de manera más directa. Específicamente, dentro del Título IV,

sobre reparación a las víctimas, se introdujo el Capítulo IX, referente a medidas de satisfacción que incluyó, a su vez, como un componente de la reparación material y simbólica, la exención en la prestación del servicio militar obligatorio para las personas víctimas.

(...)

62. **Las autoridades encargadas del reclutamiento tienen el deber de valorar de manera seria la procedencia y el alcance de la prestación del servicio militar frente a un ciudadano.** Al momento de definir la situación militar los ciudadanos cuentan con la oportunidad de manifestar ante las autoridades de reclutamiento si en su caso en particular concurren circunstancias especiales que podrían impactar significativamente la obligación de prestación del servicio. Ante una actuación de esta naturaleza, las autoridades deben valorar con objetividad y responsabilidad la situación expuesta por el individuo convocado y apreciar, en consecuencia, (i) si de las declaraciones efectuadas por aquel se deriva la posible configuración de una causal tanto de aplazamiento como de exoneración del servicio, lo cual podría incidir en su no reclutamiento a filas o (ii) en su defecto, la concurrencia de circunstancias que, aunque determinan el cumplimiento del compromiso relacionado con la incorporación al servicio, imponen que tal obligación debe atenderse bajo determinada modalidad, por ejemplo, en calidad de soldado bachiller en consideración al nivel educativo acreditado.

63. **La valoración de la situación especial expuesta por un ciudadano debe atenderse por las autoridades**

encargadas del reclutamiento bajo un enfoque probatorio constitucional. Las acciones que desplieguen dichas autoridades, encaminadas a determinar si la situación advertida por un determinado ciudadano se inscribe dentro de cierta causal de aplazamiento o exoneración del servicio militar o conduce a su reclutamiento bajo una modalidad de prestación específica, debe estar precedida de un comportamiento que atienda, **en primer lugar**, al principio de la buena fe (...)

66. En los casos en los que se constate un incumplimiento al deber de valoración existente en el marco de la definición de la situación militar de un ciudadano, corresponde al juez constitucional proteger los derechos lesionados. En sede de tutela, cuando el juez constitucional se ha enfrentado a contextos donde los ciudadanos han sido arbitrariamente incorporados a filas a pesar de haber puesto en debido conocimiento de las autoridades de reclutamiento la eventual configuración de una causal de aplazamiento o exoneración del servicio militar, se ha considerado como remedio (i) la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad; (ii) el desacuartelamiento inmediato tan pronto se tiene conocimiento de la condición especial que impedía el reclutamiento y (iii) la expedición de la libreta militar, a cuyo pago no están obligados, entre otros, las víctimas de la violencia, en los términos del Artículo 40 de la Ley 1861 de 2017.

(...)

77. ... Una lectura objetiva e integral de las posiciones jurídicas mencionadas, permite evidenciar, de un lado, que el accionante allegó cierta documentación

ante el Ejército tendiente a probar que se encontraba exonerado de la prestación del servicio militar obligatorio y, del otro, que la accionada reconoció haber recepcionado esta información relacionada con la eventual exención del reclutamiento militar, aclarando, en todo caso, que aquella carecía de la validez probatoria para acreditar adecuadamente la calidad de desplazado por la violencia, pues del Registro Único de Víctimas allegado no podía desprenderse su pertenencia a esa población. Es decir, reconoció que fue advertida de la situación especial del actor, pero indicó que el medio en concreto que se empleó para visibilizar la circunstancia del desplazamiento, el Registro Único de Víctimas, no probaba el hecho victimizante alegado y, en consecuencia, no podía exonerarse de la prestación del servicio militar obligatorio. En otras palabras, el Registro Único de Víctimas aportado no constituía “plena prueba” de su calidad de persona desplazada por la violencia o a partir del mismo no podía demostrarse ello de manera fehaciente.

78. Para la Sala, esta aproximación del asunto merece un reproche constitucional. Debe partirse de la premisa de que el Ejército Nacional se enfrentó a la declaración de un ciudadano que alegaba una circunstancia de exoneración para integrar las Fuerzas Militares. Por este motivo, a su cargo reposaba no solo un deber diligente y oportuno de verificación, a través de “los mecanismos a su disposición para corroborar lo relatado” sino la asunción de una actitud respetuosa con los derechos comprometidos. Bajo esta óptica, a su disposición existía la noticia de que posiblemente el llamado a incorporación se predicaba de un sujeto para quien

el cumplimiento del deber legal y constitucional podía suponer una incompatibilidad con mandatos superiores, por lo que tenía la carga de asumir con cautela y responsabilidad la manifestación en ese sentido, valorando su trascendencia y, fundamentalmente, profundizando sobre ella.

(...)

90. Conforme los fundamentos del numeral 66 supra, ante controversias como la presente, la Corte ha optado por ordenar al Ejército Nacional desacuartelar a los accionantes ilegalmente reclutados y expedir su libreta militar, sin costo alguno. La Sala estima razonable acoger esta regla, pues las circunstancias fácticas de este asunto se acercan a las abordadas en el pasado por esta Corporación. Esta orden, sin embargo, debe tener presente que, según la información que obra en el proceso, por medio de Orden Administrativa de Personal No. 2365 de fecha 20 de diciembre de 2019 el tutelante fue retirado del servicio militar obligatorio por la causal de desertión. Al respecto, en el considerando 51 supra de esta providencia se explicó que el desacuartelamiento procede por desertión y por la configuración de una causal de exención. Atendiendo a lo anterior, y dado que el tutelante se encontraba y permanece en una situación de exoneración, en este caso se validará el desacuartelamiento ya reconocido por la entidad demandada pero no por las razones allí indicadas, sino por la verificación de una circunstancia de exención. Es decir, se modificará la razón que originó el acto de desvinculación del joven ATM.

(...)

5.2. De la calidad de bachiller académico del actor como determinante de la modalidad de prestación del servicio militar de todo ciudadano.

(...)

93. De acuerdo con el accionante, al momento de ser citado para definir su situación militar puso en conocimiento de las autoridades castrenses competentes también su calidad de bachiller académico, aportando, como lo hizo también en la presente acción de tutela, copia del diploma que le fue expedido por la Institución Educativa Manuel Francisco Obregón del municipio de Pinillos, Departamento de Bolívar, el 14 de noviembre de 2014; certificándose “haber cursado y aprobado los estudios correspondientes al Nivel de Educación Media.” Sin embargo, según su dicho, esta circunstancia especial, así como la de desplazado, fue desatendida, al paso que, sin estar obligado a ello, se produjo su alistamiento en calidad de soldado regular, es decir, por un periodo de duración de 18 meses.

(...)

95. En ese escenario, la manifestación o postura concreta de ATM merece ser valorada positivamente, en el marco de los postulados que se desprenden de la buena fe pues, además, obedece a la realidad probatoria del expediente de tutela de acuerdo con la cual detentaba el título o grado de bachiller académico para el momento en que fue incorporado al Ejército Nacional en el año 2018. Esta circunstancia es especialmente relevante pues, primero, evidencia que, como quedó visto en los párrafos precedentes, el tutelante a más de ser obligado a prestar servicio militar sin estar compelido a ello bajo ninguna

modalidad, fue concentrado dentro de una categoría de ingreso más gravosa, contraria a su nivel o proceso de formación educativo, que, sin duda, lesionó intensamente su garantía fundamental al debido proceso la “que se extiende definitivamente a toda clase de actuaciones, juicios y procedimientos, que conlleven consecuencias para los administrados”.

96. Así, el Ejército no solo concentró a un ciudadano incurso en causal de exoneración, pese a que reclamó respeto a sus derechos y la garantía de su debida inclusión en sociedad tras haber sido víctima de un difícil fenómeno en nuestro país, sino que lo reclutó para que prestara sus servicios por un periodo mayor, exponiéndolo con este actuar a serios riesgos. Aunado a ello, no hay evidencia en ninguna parte del proceso acerca de que el individuo hubiera decidido en forma voluntaria ingresar a la Fuerza Pública y, sobretodo, adoptar o asumir “una modalidad con un alto grado de peligrosidad como soldado regular.” Por este motivo, entonces, también se evidencia una grave lesión a los derechos fundamentales del tutelante. Pero, además de lo anterior, las constataciones de la Sala son trascendentes en este punto del examen pues, aunque no se puede modificar el hecho de que el peticionario hubiera sido reclutado y tampoco incidir en el tiempo de servicio ya prestado, sí tienen la potencialidad de impactar en el proceso penal que se le sigue actualmente por el proceder de deserción como, a continuación, se analizará con más detalle.

5.3. De la valoración de la conducta de deserción del accionante del Ejército Nacional.

97. Según lo informado por la Dirección de Personal del Ejército Nacional, el 21 de octubre de 2019, “el accionante se ausentó sin autorización de sus superiores, estando pendiente para recibir turno de centinela de las 02:00 a las 04:00 horas del 22 de octubre de 2019, conforme a lo dispuesto en la orden del día 294, siendo procesado [ante el Juzgado 74 de Instrucción Penal Militar] por los delitos de ABANDONO DEL PUESTO Y DESERCIÓN.” Para arribar a esta conclusión, necesariamente la institución tuvo que partir de la base de que el ciudadano incurrió en “delitos contra el servicio” pues se fugó de su contingente cuando aún tenía la obligación de permanecer al servicio del mismo dado que su periodo como **soldado regular** culminaba, bajo este entendimiento, en febrero de 2019, lo que le impedía retirarse antes de las filas sin estar autorizado para ello.

98. Sin embargo, tal aproximación no encuentra mayor respaldo si se recuerda que el actor acreditó un grado académico que le permitía atender, si es que le era exigible, la obligación de la prestación del servicio militar solo por 12 meses como soldado bachiller. Esto implica que, si su incorporación se produjo el 1 de agosto de 2018, su tiempo en la fuerza de seguridad concluía el 1 de agosto de 2019. Bajo esta lógica, para el momento de la deserción su obligación legal y constitucional -que tampoco le era exigible en este caso- ya había sido satisfecha por completo. De hecho, para ese instante, llevaba 2 meses y 20 días más al servicio del Batallón accionado sin estar legítimamente obligado a ello, ni siquiera en el supuesto de no haberse acreditado su calidad de ciudadano en situación de desplazamiento forzado, como quedó establecido con absoluta claridad.

99. La Sala no pretende con este razonamiento legitimar, a través de un pronunciamiento judicial, conductas que el orden jurídico, prima facie, estima irregulares, pero sí procura llamar la atención sobre el surgimiento de circunstancias que deben valorarse en el marco del proceso que se adelanta en contra del actor. En efecto, junto a esta eventualidad que, como ya se dijo, podría trascender de cara al desenlace del aludido trámite concurren otras tantas que expuso el accionante para intentar justificar o convalidar su actuar de deserción.

100. En su concepto, al estar cobijado por una causal de exención cualquier decisión que dispusiera su inmediato reclutamiento debía entenderse como ilegítima y contraria al orden interno. Por tanto, la decisión de enlistarlo representó una limitación de su libertad personal por parte del Batallón de Apoyo del Servicio para la Educación Militar, quien como autoridad castrense excedió sus competencias y omitió el procedimiento establecido en la Ley 1861 de 2017.

(...)

102. La jurisprudencia constitucional no ha sido ajena a debates como el presente donde ciudadanos amparados en la configuración de alguna causal de exoneración de la prestación del servicio militar han optado por abandonar sin autorización las filas fundadas en el convencimiento de haber sido incorporados irregularmente a la Fuerza Pública. (...)

103. Aceptar esta postura, afirmó la Corte en el 2012, “supondría desconocer la existencia misma de un sistema –como lo es el derecho- que prescribe y proscribe

determinados comportamientos.” Enfatizó, dentro de esta línea de entendimiento, que a la idea de un orden jurídico le sigue la de obediencia, siendo esta última consustancial al primero, pues resultaría contradictoria la existencia de un ordenamiento social coercitivo que prescriba comportamientos determinados, si fuera posible que los destinatarios de las normas pudieran decidir -en todo caso y de manera general-, cuando cumplirlas o no hacerlo sin consecuencia alguna.

104. Sin perjuicio de lo dicho, aclaró que la desobediencia frente al derecho puede eventualmente ser considerada justificada, por ejemplo, bajo supuestos en los cuales la persona encuentra que el deber exigido es contrario a la paz, la justicia, a otras normas jurídicas superiores, a postulados morales o, de golpe, a ciertas posiciones políticas. Es decir, explicó que “la desobediencia de los deberes constitucionales y legales puede encontrar legitimidad, cuando estos últimos entren en tensión con los derechos fundamentales, con la dignidad humana y con el pluralismo que hace parte esencial del Estado colombiano.” En otras palabras, es dable que sea “promovida para proteger intereses superiores, como lo son los derechos humanos.” En estos términos, concluyó que no existía una obediencia absoluta, pero tampoco la posibilidad de desobedecer de manera genérica todo el ordenamiento jurídico, ya que tal idea supondría una contradicción insalvable con un sistema que ordena y prohíbe determinados comportamientos para asegurar la convivencia pacífica.

(...)

106. Los planteamientos precedentes son relevantes pues contribuyen

positivamente a la resolución del presente asunto. En el, como ya se advirtió, el Ejército Nacional ha asegurado que el actor incumplió sus deberes constitucionales específicos frente a la prestación del servicio militar obligatorio ante lo cual, en su concepto, fue legítimo y aceptable a la luz del derecho, que se le iniciara un proceso penal militar el cual, según la información disponible en el proceso, sigue su curso actualmente. Para la Sala, los postulados de la autonomía e independencia de la actividad jurisdiccional del Estado, así como del sometimiento general de los conflictos a las competencias de cada juez, imponen que el funcionario natural de dicho escenario judicial, en el marco de un procedimiento especializado y probatoriamente suficiente, sea el encargado de adoptar las decisiones o medidas del caso dentro de ese proceso, esto es, lo relativo al destino judicial del actor frente a las autoridades castrenses.

107. Sin embargo, la Corte no puede ser ajena a una realidad probatoria constatada en esta oportunidad, que impacta en el justo desarrollo que requiere dicho trámite y que, concretamente, llevaría al juez de la causa a resolver sobre su efectiva terminación. Lo anterior si se considera que el Ejército Nacional (i) procedió irregularmente a incorporar al actor a la Fuerza Pública, aun cuando estaba probada la condición de víctima del desplazamiento forzado que válidamente lo eximía de ello; (ii) gestionó su ingreso a filas bajo una modalidad que supuso la prestación del servicio por un interregno mayor al que legalmente le correspondía al ciudadano, esto en caso de existir una obligación, ante su probada condición de bachiller académico, y que (iii) para el momento

en que se concretó su deserción, el 21 de octubre de 2019, ya debía haber sido desvinculado de la institución -en el caso en que le hubiera sido exigible el deber en estudio- y, en consecuencia, estaba legitimado por el orden interno para no prestar más servicio militar.

108. Las razones aludidas advierten, como ya se dijo previamente, que el tutelante se encontraba y permanece en una situación de exoneración que conduce a concluir que el desacuartelamiento ordenado por la entidad demandada debía operar por la verificación de esta circunstancia en particular y no por su deserción. Bajo esta lógica, es claro que el accionante nunca debió ingresar al Ejército Nacional y, en esa medida, no habría causa jurídica o fundamento válido alguno para haber desatado en su contra una actuación judicial que cuestiona el incumplimiento de una obligación inexigible. Ante esta situación, se debe necesariamente actuar con completa coherencia y, por consiguiente, lo más acertado es disponer que se remita copia integral de esta providencia a la accionada y, además, al Juzgado 74 de Instrucción Penal Militar para que, dentro del campo de su autonomía judicial, disponga lo relacionado con la terminación del proceso que se adelanta en contra de ATM, en atención precisa a la valoración de las circunstancias, serias y objetivas, acreditadas en este proceso, que vislumbran que aquel fue incorporado a las filas del Ejército en contravía del orden jurídico. Esto bajo la comprensión de que, cuando la exigibilidad simultánea de deberes u obligaciones constitucionales genera un conflicto de derechos e intereses jurídicamente protegidos, se debe realizar sin vacilación alguna una “cuidadosa sopesación de los valores,

derechos, principios y deberes en conflicto.”

(...)

IV. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

112. La Sala Primera de Revisión analizó la acción de tutela formulada por el señor ATM contra el Ministerio de Defensa Nacional -Ejército Nacional- Batallón de Apoyo del Servicio para la Educación Militar por haberlo incorporado a las filas de la institución, a pesar de no estar obligado a ello, dado que en su caso concurrían algunas causales de exoneración de la prestación del servicio militar obligatorio, en especial, estaba probada su calidad de persona en situación de desplazamiento forzado. El actor relató que transmitió, en varias ocasiones y por distintos medios, su preocupación de ser concentrado al contingente militar pues ello materialmente implicaba retornar al escenario geográfico en el cual fue víctima del conflicto armado. Sin embargo, expresó que sus manifestaciones en ese sentido no fueron atendidas. Por el contrario, fue ingresado como soldado regular lo que implicó que le serviría al organismo del Estado por un interregno mayor de tiempo; hecho que acentuó su estado de vulnerabilidad, al punto que optó, más adelante por huir del lugar donde se encontraba activo. La accionada sustentó la determinación de reclutar al joven en un único pronunciamiento, conocido en el marco de esta tutela, de acuerdo con el cual la documentación que le fue allegada

impedía probatoriamente certificar la calidad alegada por lo que la incorporación no reñía de ninguna manera con ningún mandato constitucional y atendía fines esenciales.

113. Al adentrarse en el debate de fondo, se encontró que la demandada no realizó una valoración de la situación real del tutelante en forma razonable y conforme a las normas del debido proceso, hecho que le impidió advertir que se enfrentaba a un sujeto de especial protección constitucional quien, por consiguiente, no debía ser reclutado en ningún momento y bajo ninguna modalidad, mucho menos, bajo aquella que resultaba más gravosa para su dignidad como víctima del conflicto y que extendía irrazonablemente sus labores castrenses, de ser estas exigibles. De hecho, en este contexto, se probó que para el momento en que el actor decidió desertar del Ejército Nacional su tiempo de servicio -si es que hubiera tenido la obligación de prestarlo- ya había culminado y, en consecuencia, para ese instante ya debía haber sido dado de baja, por lo que el conjunto de estas circunstancias merecían ser valoradas con especial cuidado por parte del juez de instrucción penal militar que adelantaba un proceso en su contra, a efectos de que resolviera, en el marco de un escenario justo, sobre la terminación del mismo, a partir de las constataciones de la Sala en esta instancia. Subrayado y negrita fuera de texto. Proveído completo siguiendo el hipervínculo **T-339-21** del 23 de noviembre de 2021.



Martha Flor Lozano Bernal

Relatora

relatoriatribunalmilpm@justiciamilitar.gov.co

Tel: 60(1) 3150111 Ext 42006

Carrera 46 No. 20C-01

Cantón Militar Occidental

“Coronel Francisco José de Caldas”

Palacio de Justicia Penal Militar y Policial

“T.F. Laura Rocío Prieto Forero”

Bogotá, Colombia