

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala: Segunda de Decisión
Magistrado Ponente: CR. JOSÉ ABRAHAM LÓPEZ PARADA
Radicación: 159630-076-I-77-EJC
Procedencia: Juzgado Catorce de Instancia de
Brigada
Procesado: SL18. DAVID PORTILLA PATIÑO
Delito: Deserción
Motivo de alzada: Apelación sentencia condenatoria
Decisión: Confirma

Bogotá, D.C., marzo veintinueve (29) de dos mil
veintidós (2022)

I. ASUNTO POR RESOLVER

Corresponde a la Segunda Sala de Decisión desatar el recurso de apelación incoado por el DR. **JESÚS ARMANDO GUENGUE CASTRILLÓN**, defensor público del procesado, contra la sentencia del 03 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Catorce de Instancia de Brigada, mediante la cual condenó al SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO** a la pena principal de ocho (08) meses de prisión, como autor responsable del delito militar de deserción, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

Se desprende de la actuación que el 06 de noviembre de 2019 el SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO**, orgánico del Batallón de Ingenieros No. 14 "BATALLA DE CALIBÍO", con sede en la vereda Cantimplora, del municipio de Cimitarra (Santander), se evadió de las instalaciones del Batallón de Instrucción, Entrenamiento y Reentrenamiento No. 14, permaneciendo en contumacia hasta el 13 de agosto de 2020, fecha en que fue contactado vía telefónica para efectos de su vinculación a la presente investigación.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. Con base en el informe suscrito por el MY. **OSCAR ANDRÉS BUSTOS CORTÉS** -Ejecutivo y segundo comandante del Batallón de Ingenieros No. 14 "BATALLA DE CALIBÍO", el Juzgado 43 de Instrucción Penal Militar inició formal investigación¹ el 03 de diciembre de 2019 en disfavor del SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO** por la presunta comisión del delito de deserción, vinculándolo al proceso a través de injurada² que se recepcionó el 13 de agosto de 2020 vía plataforma "Avaya Space".

La situación jurídica provisional del procesado fue resuelta mediante interlocutorio del 28 de septiembre siguiente³, absteniéndose el despacho de

¹ Folio 21 y ss. C.O.1

² Folio 112 y 187 y ss. C.O.1

³ Folio 139 y ss. C.O.1

imponer medida de aseguramiento contra el SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO** en virtud de que, conforme al acervo probatorio acopiado a ese momento, posiblemente el actuar del encartado se encontraba amparado en una causal de ausencia de responsabilidad.

3.2. A su turno, la Fiscalía 21 Penal Militar, luego de clausurar el ciclo instructivo⁴, procedió a calificar el mérito sumarial con resolución de acusación⁵ del 06 de septiembre de 2021 en disfavor del SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO** como posible autor responsable del delito militar de deserción.

3.3. Tras quedar ejecutoriada la pieza acusatoria el 17 de septiembre de 2021, las diligencias fueron remitidas para conocimiento del Juzgado Catorce de Instancia de Brigada, despacho que realizó el control de legalidad, declaró la iniciación de la etapa de juicio y fijó fecha para la celebración de audiencia virtual de acusación y aceptación de cargos⁶, llevando a cabo la vista pública el 29 de noviembre del mismo año, en cuyo desarrollo y ante la negativa de aceptación de cargos por parte del procesado, se adelantó la respectiva corte marcial⁷.

Surtido lo anterior, mediante sentencia del 03 de diciembre de 2021⁸ el juez de instancia condenó a ocho (08) meses de prisión al SL18. **DAVID PORTILLA**

⁴ Folio 234 C.O.2

⁵ Folio 246 y ss. C.O.2

⁶ Folio 280 C.O.2

⁷ Folio 292 y ss. C.O.2

⁸ Folio 302 y ss. C.O.2

PATIÑO como autor responsable del delito militar de deserción, negándole el beneficio de la condena de ejecución condicional.

Una vez notificado el fallo, este fue apelado por el defensor público del enjuiciado, recurso concedido ante esta Corporación y que es el objeto del actual pronunciamiento.

IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El fallador de primera instancia para condenar al SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO**, luego de resumir la prueba testimonial y documental militante en el infolio, así como los alegatos presentados por los sujetos procesales en la vista pública, procede a dar respuesta a tales argumentos, aduciendo que comparte lo esbozado por el ente acusador, mas no lo expuesto por el Ministerio Público ni la defensa, tendiente a la exclusión de los testimonios del ST. **DÁVILA REYES**, CP. **SEPÚLVEDA** y SL18. **MÉNDEZ HOYOS**, por no habersele citado para ejercer el contrainterrogatorio, como quiera que tales versiones eran contrarias a los intereses de su prohijado; al respecto arguye el funcionario que las declaraciones fueron ordenadas desde el inicio de la investigación y vertidas al infolio de manera debida y legal, sin que la defensa hubiese objetado práctica alguna en el momento procesal oportuno, por lo que tal alegato no tiene vocación de prosperidad.

En punto a lo expuesto por el Ministerio Público y la defensa, relacionado con la condición de hijo único, por cuanto en el estudio de seguridad diligenciado por el SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO**, al momento de su incorporación no registró hermanos y ello debió llamar la atención de las autoridades administrativas encargadas de ese trámite, por cuanto se configura una causal de exención para la prestación del servicio militar, máxime que en la corte marcial el soldado corroboró esa condición. Indica el funcionario que ello *per se* no debe tenerse como justificante de la conducta imputada, pues probado está en el plenario que el encartado *"al entrar a prestar el servicio militar no vivía ni convivía con su papá, tampoco respondía por él, tampoco vivía con su mamá, pues en su decir, en el de su compañera, el de su mamá y de su papá, él vivía con su compañera y eran sostenidos por el hermano y la mamá de su compañera"*⁹; aunado a que cuando fue incorporado a las huestes no hizo manifestación sobre el tema y firmó el documento contentivo del *"freno extralegal"* donde acepta y avala no estar inmerso en causal alguna de exención; de manera que si bien pudo estar excluido de la prestación del servicio, ocultó esa circunstancia y por tal razón fue legal y válidamente dado de alta al servicio militar.

Dice que menos puede dársele credibilidad a tal exculpación cuando está probado en el infolio, a través de registro civil de nacimiento, que sí tiene una hermana **-ANNIE MARIE PORTILLA PATIÑO-** cuyos

⁹ Folio 319 C.O.2

padres son los mismos del aquí enjuiciado, quien a la fecha en que se desertó el SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO** tenía 27 años, y tenía también la obligación, de ser necesario, de contribuir y velar por el cuidado de su padre.

Aduce que en el infolio está demostrado, con la historia clínica allegada, que el señor **DAVID FELIPE PORTILLA BEDON**, padre el procesado, no estaba enfermo cuando se evadió de las filas militares su hijo, el 12 de noviembre de 2019, toda vez que en dicho documento se halla registrado que fue atendido por consulta externa en la IPS Bienestar el 13 de octubre de 2017, es decir, mucho antes de la ocurrencia del hecho investigado; luego el 2, 6 y 7 de noviembre de 2019 se le realizaron "exámenes de laboratorio, cardiología, **sin comorbilidad de importancia... en buenas condiciones generales por lo que se le da manejo ambulatorio**", de lo que se infiere que el estado de salud del mencionado ciudadano no fue el causante de la deserción del ahora procesado, ya que no representaba gravedad alguna que justificara su ausencia de las huestes.

Señala que tampoco es atendible la exculpación relacionada con que el enjuiciado tenía la calidad de objetor de conciencia, pues cuando fue incorporado no hizo manifestación de que por sus convicciones lo era, ni suscribió petición encaminada a que se le reconociera tal condición; menos aun demostró cierta actitud para exteriorizarla, pues sin reparo recibió el armamento

de dotación asignado y no se rehusó a dispararlo porque sus principios o creencias se lo impidieran. Soslayando así el deber que tenía de probar que *"su conciencia ha condicionado y determinado su actuar de tal forma, que prestar el servicio militar obligatorio implicaría actuar en contra de ellas. Esas convicciones o creencia que invoca en las justificaciones que da el procesado en injurada, además de tener manifestaciones externas que se puedan probar, deben ser profundas, fijas y sinceras"*, pero nada de ello ocurrió, la postulación se contrae a una simple mención que hizo en indagatoria el investigado y la invocación sobre el tema por parte de la defensa en la vista pública, motivo que considera suficiente para no reconocer en cabeza del enjuiciado el principio constitucional de objeción de conciencia.

Seguidamente realiza el estudio de tipicidad de la conducta endilgada al SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO**, la que considera demostrada como quiera que del acervo probatorio arrimado al plenario se colige en grado de certeza que la ausencia del servicio militar del mencionado se dio entre el 1° y el 6 de noviembre de 2019, permaneciendo en contumacia por espacio de cuarenta y cinco (45) días hasta cuando fue desacuartelado, comportamiento asumido de manera libre, consciente y voluntaria, sin que demostrara la más mínima intención de retornar al servicio. Luego si la razón por la cual se desertó obedecía a una necesidad presentada por algún familiar, enfermedad o dolencia padecida, hubiese procurado

comunicar tal situación a sus superiores o a través de un compañero.

En punto de la culpabilidad encuentra el juez primario que el procesado tenía plena capacidad para advertir las consecuencias e implicaciones que conlleva una conducta como la que nos ocupa, le era exigible un comportamiento distinto al desplegado, pues otra persona puesta en su lugar habría pedido permiso para atender cualquier situación especial apremiante, mas en el caso analizado y conforme a los medios de conocimiento allegados al expediente, está desvirtuado que el sumariado no tuvo ninguna necesidad urgente que atender y que lo obligara a adoptar la determinación de evadirse del lugar donde prestaba el servicio militar.

En el acápite de dosificación punitiva, atendió los criterios descritos en el artículo 61 de la Ley 1407 de 2010, tasó la pena en el mínimo imponible, esto es, ocho (08) meses de prisión, como quiera que el enjuiciado carece de antecedentes penales y en la conducta desplegada por el mismo no se advierte circunstancia de agravación alguna; negándole el subrogado de ejecución condicional de la pena.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor público del SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO**, en el libelo contentivo del recurso indica que disiente del fallo adoptado por el *A quo*, pues en su sentir "se dan los presupuestos objetivos y subjetivos

para emitir una decisión absolutoria" como quiera que la presunción de inocencia de su prohijado no ha sido desvirtuada, afirmación que soporta en una solicitud de nulidad por vulneración al debido proceso; luego aduce la existencia de una causal de ausencia de tipicidad de la conducta, por ser hijo único el procesado; y finaliza invocando que su defendido es objetor de conciencia y por ello estaba exento de prestar el servicio militar.

5.1. En lo atinente a la petición de nulidad, manifiesta que los testimonios del ST. **ANDRÉS FELIPE DÁVILA REYES**, CP. **JORGE SEPÚLVEDA MOTA** y SL18. **LUIS MIGUEL MÉNDEZ HOYOS**, debieron practicarse con la presencia de la defensa para poder ejercer el derecho de contradicción, omisión que a todas luces deviene en violatoria del debido proceso, derecho de defensa y principio de trascendencia, habida cuenta que se afectaron garantías de su prohijado y se generó un perjuicio para la parte más débil del extremo procesal, pues al interrogar a los testigos se les puso de presente las respuestas dadas por el SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO**, generándose la oportunidad para que aquellos *"hicieran valoraciones, manifestaciones y suposiciones sobre lo que nada les constaba, cuando dicha valoración está en cabeza del señor Juez de la causa; siendo así no es predicable de estas personas asumieran, la carga que no les correspondía, y que sin lugar a dudas en presencia de esta defensa, habrían sido objetado los interrogantes e*

intervenciones que sustentaron posteriormente, la resolución acusatoria e incluso la sentencia"¹⁰.

5.2. Respecto de la ausencia de tipicidad de la conducta, por cuanto el SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO** en su sentir tiene la condición de ser hijo único, luego de reseñar una línea de tiempo de cómo ha sido la convivencia en pareja, procreación de los hijos, posterior separación de hecho de los padres del procesado, así como censurar el reconocimiento legal de **ANNIE MARIE PORTILLA PATIÑO** como hija que hizo el señor **DAVID PORTILLA BEDON**, sin que mediara proceso de adopción ni de filiación, y mencionar que desde 1999 el progenitor del enjuiciado se lleva a su descendiente y abandona a su compañera permanente e hija para irse a vivir con la hermana y su hijo **DAVID PORTILLA PATIÑO**; elucubra que la evolución de las familias *"en contraste con aquellas familias tradicionales de otra época, conformadas por padre, madre e hijos, formadas con base en valores de responsabilidad, solidaridad, ayuda y socorro mutuo. La familia de hoy es más flexible, puede estar conformada por hombre y mujer, por hombres solos y mujeres solas, inclusive del mismo sexo (...)"*¹¹, para luego concretar que así debe evolucionar el concepto de hijo único que se tiene en el Ejército y que, en su criterio, la Corte Constitucional ha decantado en la sentencia C-755 de 2008, por lo que debe aplicarse la causal de exención tanto a los hijos de viudas, separadas o madres solteras, como a los padres que se encuentren en iguales condiciones. Luego concluye que bajo

¹⁰ Folio 361 C.O.2

¹¹ Folio 363 C.O.2

tales premisas en el asunto bajo estudio "nos encontramos frente al hijo único de padre soltero, objeto de causal eximente de prestación del servicio militar".

Continúa criticando el reconocimiento que hiciera el padre del acusado con su hermana **ANNIE MARIE PORTILLA PATIÑO**, el que tilda de irregular y viciado de nulidad, y seguidamente translitera sendos apartes de acciones de tutela instauradas por ciudadanos a quienes se les desconoció causales de exención a la prestación del servicio militar.

Alega que su defendido en la vista pública sostuvo que siempre le manifestaron que él adquiriría la condición de soldado hasta después de cuatro meses cuando jurara bandera; como tampoco tuvo instrucción o charlas donde se le informara de manera clara y precisa las condiciones en que se hallaba, por lo que deduce que "el consentimiento informado no lo hubo, y de ello no hay prueba en el proceso penal", razón que considera suficiente para darle credibilidad al dicho de su prohijado.

5.3. Con relación a la objeción de conciencia, prevista en el artículo 18 de la Carta Política, e invocada por el apelante, luego de referir apartes de la sentencia de unificación SU-108 de 2016, arguye que su representado desde que ingresó a las filas castrenses fue engañado porque ahí "no tenía la alimentación requerida en sus convicciones como practicante de la filosofía del Yoga- tiempo para la

práctica de ejercicios de meditación y actividad espiritual de relajación, que son postulados básicos de esta disciplina, así lo había manifestado a sus superiores, pero estos hicieron caso omiso a sus pretensiones, al punto que no se encontraba frente a un proyecto de vida en el ejército, al tanto que se vio en la necesidad de buscar ayuda psicológica", situación que informó en la corte marcial porque sus superiores no le permitían desarrollar dicha práctica, sintiéndose presionado por ello, al punto de llegar a tener "ideas suicidas en esas instancias", lo que permite inferir el grado de "trasgresión que se encontraba frente a su forma de pensamiento" (sic).

Indica que en el caso bajo análisis se advierte un déficit de protección del mentado derecho fundamental ocasionado porque los funcionarios judiciales niegan su amparo bajo el argumento que no existe reglamentación ni disposiciones legales al respecto. Y peor aun cuando han considerado que es el objetor quien debe probar su condición, hecho que en su criterio invierte la carga de la prueba en materia penal.

Con relación al argumento del Juez de Conocimiento en el que asegura que el SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO** realizó práctica de polígono y nada dijo sobre lo que ocurrió en su pensamiento al ejecutarla, replica que el derecho sobre la libertad de conciencia no obliga a manifestar las creencias, como tampoco es indicador que se esté ejerciendo violencia sobre las personas o las cosas, que es a donde están dirigidos

los principios del yoga, máxime si se tiene en cuenta que de haberse negado su defendido a cumplir aquel ejercicio otro delito sería el endilgado.

También refiere que en el actuar del SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO** puede darse un error de prohibición, habida cuenta que en la mente de este nunca se representó estar cometiendo delito alguno, pues siempre pensó que mientras no cumpliera los cuatro meses no cometía ninguna conducta ilícita. Aunado a que no conocía la existencia del punible de deserción por encontrarse siempre en el régimen interno elaborando órdenes del día mientras se dictaba la instrucción sobre ese tema, a pesar de que en las actas se encuentre plasmada su firma como asistente.

Concluye que de lo obrante en el expediente se observa que no hubo una investigación integral, ni se apreciaron en conjunto las pruebas allegadas, como tampoco existe total certeza de la responsabilidad del acusado, ya que no es posible aseverar que el padre del SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO** no estaba enfermo cuando este se evadió de las huestes, por el solo hecho de no reposar la historia clínica completa en el sumario; además, que no se puede afirmar que el procesado no haya convivido con **LUZ DARY CADAVID OCAMPO** solo porque su progenitora no la conocía, olvidando que esta vive en España hace mucho tiempo; menos aún debe predicarse que la hermana del acusado **-ANNIE MARIE PORTILLA PATIÑO-** pudiese asumir la enfermedad y

manutención de su padre por cuanto es vendedora ambulante y él no ha convivido con ella por cuanto la abandonó cuando tenía seis años; asimismo, asegura que por *"el solo hecho de dar un apellido no se produce la ADOPCION PLENA de un hijo, máxime cuando existen procesos de adopción regulados en la ley bien por vía administrativa o vía legal"*.

Bajo estos planteamientos la defensa deprecia revocar la decisión atacada, para en su lugar absolver de toda responsabilidad penal al enjuiciado.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El representante del Ministerio Público -DR. **JOSÉ FERNANDO ZULOAGA GIRALDO**- luego de sintetizar los fundamentos de la providencia analizada, así como los argumentos del apelante, conceptúa que se debe declarar infundado el recurso y consecuente con ello, confirmar la determinación del *A quo*, toda vez que, de la tesis esbozada por el impugnante se aprecia la *"intención desmedida en encontrar cualquier excusa para quebrar la sentencia"*, mas ello no es posible porque el libelo carece de todo fundamento, más aún cuando recurre a sucesos que ni siquiera están probados.

Refiere que el escrito contentivo del recurso se muestra *"deshilvanado, sin coherencia, señalando aspectos carentes de prueba que llevan a colegir un deseo infructuoso de lograr la absolución, pero sin la*

argumentación debida para lograrlo"¹²; además de observarse que el disidente recurre a la especulación con la finalidad de controvertir lo argüido en la sentencia, pero no se avizora elementos sólidos que permitan su revocatoria.

Respecto de la nulidad de la prueba testimonial solicitada, no explica las razones por las cuales se vulnera el debido proceso ni la incidencia que tendría en la sentencia en el evento de llegar a retrotraer la actuación, pues hace referencia es a temas distintos y desconoce los principios que orientan las nulidades.

En lo tocante a la condición de hijo único del procesado, aduce que está demostrado que **DAVID PORTILLA PATIÑO** al ingresar al Ejército Nacional no puso de presente tal situación, ni la alegó cuando estuvo en las filas castrenses; sumado a que tiene una hermana reconocida legalmente por su padre, por lo que no viene al caso, ni el proceso penal es el escenario para poner en entredicho esta calidad.

En punto a la objeción de conciencia, afirma que debe corroborarse lo expuesto en la sentencia, es decir, que dicha circunstancia no se planteó durante la prestación del servicio militar, razón suficiente para sugerir que no es de recibo lo predicado referente a que el soldado era practicante de yoga, aspecto nuevo, carente de prueba y de pronunciamiento por parte del *A quo*.

¹² Folio 386 C.O.2

Con relación a la enfermedad del progenitor del acusado, señala que lo argüido por el disidente no tiene la entidad suficiente para pregonar un estado de necesidad.

VII. DE LA COMPETENCIA

Conforme lo establecido por la Corte Suprema de Justicia¹³, no obstante, los hechos que originaron la presente actuación acaecieron en vigencia de la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que el sistema procesal previsto en la citada codificación no ha sido implementado por parte del Gobierno Nacional, la norma adjetiva llamada a regular el caso *sub júdice* es la establecida en la Ley 522 de 1999.

Por lo anterior, de conformidad con el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el abogado **JESÚS ARMANDO GUENGUE CASTRILLÓN**, quien funge como defensor público dentro de la presente causa, contra la sentencia fechada 03 de diciembre de 2021, por medio de la cual el Juez Catorce de Instancia de Brigada condenó al SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO** como autor responsable del delito militar de deserción.

El presente asunto se analizará bajo las limitaciones impuestas por el artículo 583 de la Ley 522 de 1999, como quiera que la segunda instancia no

¹³ Sala de Casación Penal, Rad. 44046 del 17 de junio de 2015. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero

puede pronunciarse sobre temas no propuestos por el impugnante, salvo la nulidad y los aspectos inescindiblemente vinculados a la investigación.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala a analizar los argumentos que sustentan el recurso de alzada, a través del cual el impugnante arguye tres temas que obligan a la Sala ocuparse de su estudio; en primer lugar solicita decretar la nulidad por violación del derecho a la defensa, por cuanto el instructor recepcionó tres testimonios a espaldas del procesado y su apoderado; en segundo término postula la atipicidad de la conducta de su protegido por irregularidades en el proceso de incorporación del joven conscripto; y como tercero, reclama que su prohijado está amparado por el principio de objeción de conciencia, y por ello no podía ingresar a prestar el servicio militar obligatorio.

8.1. En punto a dilucidar el primer desacuerdo, relacionado con que deben ser declarados nulos los testimonios de los señores ST. **ANDRÉS FELIPE DÁVILA REYES**, CP. **JORGE SEPÚLVEDA MOTTA** y SL18. **LUIS MIGUEL MÉNDEZ HOYOS**, en vista que fueron recepcionados sin avisarle al defensor, pese haber sido decretados, para poder contrainterrogar a los deponentes, por lo que en su sentir se dejó solo la información que a juicio del juez le sirvió como cargo para el procesado, obviando el derecho de defensa que le asiste a su cliente, como lo establece la norma, de

controvertir las pruebas acopiadas en el proceso que le sean desfavorables, sin tener la oportunidad de contrainterrogarlos en vista que declararon sobre algunas versiones del encartado haciendo valoraciones, suposiciones, manifestaciones sobre lo que nada les constaba; trae a colación jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pues bien, la primera alegación defensiva sugiere la conculcación al debido proceso y el derecho de defensa por falta de investigación integral, en tanto que los mencionados testimonios, que fueron practicados de manera virtual, en criterio del recurrente deben nulitarse por haber sido practicados sin la presencia del defensor, por lo que el juez lesionó el derecho a la defensa de su protegido, toda vez que debió avisarle y citarle a dicha diligencia, motivo que considera suficiente para deprecar la nulidad desde el juicio.

A este respecto resulta oportuno recordar, en primer lugar, que en punto de las nulidades nuestro legislador reglamentó de manera precisa las causales generadoras de invalidación como también la oportunidad para decretarlas, alegarlas o invocarlas, así como los principios que las orientan y que son los que llenan de contenido y sentido esa institución.

Así entonces, en punto de la oportunidad, conviene ver cómo en el artículo 390 de la Ley 522 de 1999,

se estableció: "Oportunidad para alegarla. Salvo disposiciones en contrario, las causales de nulidad podrán alegarse en cualquier estado del proceso (...)" y, a renglón seguido, en el canon 391 ídem se previó: "Oportunidad para invocar nulidades **originadas en la etapa de instrucción**. 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" (negrillas nuestras).

De las preceptivas que se vienen de reseñar se sobreentiende que, si bien por regla general los sujetos procesales pueden en principio invocar causales de nulidad en cualquier etapa del proceso, también lo es, que tal regla encuentra una clara excepción cuando la causal se origina en la fase de instrucción, la que, como lo determina la última disposición, solo podrá alegarse hasta el término de ejecutoria de la resolución acusatoria.

Es indiscutible, y esto a manera de ilustración, que la fijación de precisos términos para la invocación de nulidades encuentra íntima conexión con el principio de lealtad procesal¹⁴, que es norma rectora del procedimiento penal militar y por consiguiente de total observancia no solo para los sujetos intervinientes en el proceso sino también para el funcionario judicial, dado que con ello lo que se busca es arribar a un juicio libre de cualquier vicio que pueda afectarlo y evitar que se torpedee el trámite del proceso con invocaciones de esa

¹⁴ Ley 522 de 1999, artículo 210.

naturaleza que conspiran contra los principios de una pronta, eficaz y cumplida justicia.

De esa manera lo entendió la Corte Constitucional en sentencia C-541 de 1992, veamos:

"(...) El principio según el cual las posibles nulidades ordinarias producidas en la etapa de la investigación que no hubiesen sido invocadas hasta el término del traslado común o advertidas por el funcionario judicial, sólo podrán alegarse en casación, fuera de permitir que prosiga la etapa del juzgamiento libre de cualquier vicio que pudiera afectarla, da cuenta del razonable propósito de impedir la invocación de cualquier nulidad en cualquier momento del proceso.

Esta última fue una práctica común traducible en el entrabamiento y en la ruina del mismo que desvirtuaba la agilidad propia del proceso penal y se opone a las aspiraciones del Constituyente de fortalecer la noción y la práctica de la Justicia como principio básico de convivencia social y política dentro de nuestro Estado.

D. Pero además, y para complementar lo dicho, se advierte que en el juicio de la Corte, la norma acusada propende por la vigencia efectiva del principio de lealtad procesal y por el de la realización de la Justicia; así, cuando dentro de la etapa investigativa cualquiera de los sujetos procesales se percate de la existencia de una nulidad, debe de inmediato ponerla en conocimiento del Fiscal que adelante el caso.

También, encuentra la Corte que la norma acusada no contraría el Debido Proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución, por cuanto que, como queda expresado, los sujetos procesales cuentan con oportunidades suficientes para invocar las nulidades de los actos procesales originadas en la etapa de investigación y el juez

está dotado de facultades oficiosas para declararlas; además, la "convalidación" transitoria de las no invocadas dentro de las oportunidades señaladas, no se opone al principio del adelantamiento de un proceso libre de cualquier vicio de evidente raigambre constitucional, todo lo contrario, pretende que se llegue a la etapa de juzgamiento y se adelante ésta con la mayor garantía posible; es más, el Recurso de Casación permite el debate de estas nulidades como última garantía judicial para la defensa del Debido Proceso de competencia de la jurisdicción ordinaria.

De otro lado, al procurar la aplicación efectiva del principio de lealtad procesal se garantiza un debido proceso "sin dilaciones injustificadas", lo que en lugar de contrariar el artículo 29 de la Carta confirma y desarrolla su contenido (...) "¹⁵.

Ahora bien, en cuanto toca con los principios, conviene recordar que es un deber inexorable para quien pretenda la anulación del proceso, bajo la comprensión de que tal petición es una sanción máxima al mismo, no solo invocar los motivos legales que dan lugar a la nulidad -principio de taxatividad-, sino 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-.

Esta carga procesal tiene, sin lugar a dudas, como atrás se anunció, una fuente normativa claramente

¹⁵ MP. DR. FABIO MORÓN DÍAZ

apreciable en el canon 392 de la Ley 522 de 1999, por medio del cual el legislador consagró los principios que rigen el instituto de las nulidades y que son los que le dan real sentido procesal y alcance a las causales de invalidación, sin cuya consideración o estimación no tiene lugar la aplicación de la sanción procesal, en esencia porque lo que se pretende salvaguardar no solo son los derechos y garantías de los sujetos intervinientes cuando estos resulten agraviados de forma real y cierta, no meramente formal con una actuación procesal, sino además las bases estructurales de la investigación y el juzgamiento.

Al efecto, conviene entonces repasar lo que la jurisprudencia sobre la materia ha enseñado:

"(...) las causales de nulidad deben ser interpretadas a partir de unos principios que le dan sentido y contenido a las mismas¹⁶. Tales principios han sido sistematizados de la siguiente manera¹⁷:

1. Principio de taxatividad: Para solicitar la declaratoria de invalidez de la actuación es imprescindible invocar los motivos establecidos en la ley.

2. Principio de protección: El sujeto procesal que haya dado lugar al motivo de anulación no puede plantearlo en su beneficio, salvo cuando se trate del quebranto del derecho de defensa técnica.

3. Principio de convalidación: La irregularidad que engendra el vicio puede ser convalidada de

¹⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 7 de septiembre de 2005, proceso 23894 (nulidad por violación al debido proceso); Sentencia de 4 de mayo de 2005, proceso 20790 (no es dable aducir la invalidez por la invalidez misma); Sentencia de 23 de febrero de 2005, 22900 (principios de trascendencia y convalidación), Sentencia de 22 de noviembre de 2005, proceso 22603 y Auto de 17 de agosto de 2005, proceso 23102 (principio de trascendencia), entre otras.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 3 de marzo de 2004, Proceso 21580.

manera expresa o tácita por el sujeto procesal perjudicado, siempre que no se violen sus garantías fundamentales.

4. Principio de trascendencia: Quien solicita la declaratoria de nulidad tiene el indeclinable deber de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que esta afecta de manera real y cierta las garantías de los sujetos procesales o socava las bases fundamentales del proceso.

5. Principio de residualidad (o subsidiariedad): Compete al peticionario acreditar que la única forma de enmendar el agravio es la declaratoria de nulidad.

6. Principio de instrumentalidad de las formas: No procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual está destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa.

7. Principio de acreditación: Quien alega la configuración de un motivo invalidatorio, está llamado a especificar la causal que invoca y a plantear los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya.

La doctrina complementa la anterior principialística con el principio de seguridad jurídica o de conservación, según el cual antes del decreto de una nulidad es necesario tratar de darle validez a la actuación dudosa siempre y cuando no se afecten las garantías constitucionales y derechos fundamentales, y el principio de judicialidad, consistente en la vigencia del acto y sus efectos mientras judicialmente no se ha declarado nulo.

De tales principios, en síntesis, se impone a quien invoca una nulidad, además de la referencia a la causal específica (principio de taxatividad), el deber de argüir de manera clara y precisa en dónde se origina el defecto de actividad y si éste no satisfizo la finalidad para la que estaba previsto (principio de instrumentalidad de las formas) y de demostrar si el vicio afectó las garantías o las bases

fundamentales de la instrucción y el juzgamiento (principio de trascendencia).

Frente a este último postulado la Sala ha dicho que:

"no hay nulidad sin perjuicio y sin la probabilidad del correlativo beneficio para el nulidicente. Más allá del otrora carácter puramente formalista del derecho, para que exista nulidad se requiere la producción de daño a una parte o sujeto procesal. Se exige, así, de un lado, la causación de agravio con la actuación; y, del otro, la posibilidad de éxito a que pueda conducir la declaración de nulidad. Dicho de otra forma, se debe demostrar que el vicio procesal ha creado un perjuicio y que la sanción de nulidad generará una ventaja (...) ¹⁸.

Es en este sentido que quien alega la violación del derecho de defensa, no solo tiene el indeclinable deber de señalar la prueba o pruebas dejadas de realizar, o que se hayan practicado irregularmente, sino también acreditar su trascendencia, es decir, demostrar que la misma apareja un evidente beneficio procesal para el acriminado, por medio de los juicios de pertinencia, conducencia y utilidad pero, además, debe probar que el funcionario judicial se negó en forma arbitraria a su práctica o no se interesó por averiguar aspectos relevantes, tal como en este sentido lo ha irradiado la jurisprudencia penal, miremos:

"(...) Siempre que se alegue el deterioro del deber de plena investigación que corresponde al Estado, en todos aquellos aspectos inherentes a los

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 11135 del 26 de noviembre de 2003; rad. 27041 del 23 de enero de 2008, MP. DR. YESID RAMÍREZ BASTIDAS

hechos cuya dilucidación procesal se persigue, que no solamente es imperioso señalar la prueba o pruebas dejadas de aportar al proceso, sino que se debe además fijar con toda precisión y claridad la idoneidad legal y fáctica del medio en procura de demostrar que él es relevante para la investigación, esto es, determinar su conducencia y pertinencia e igualmente la utilidad del medio, como única forma de establecer su real trascendencia en términos de mejoramiento para la situación personal del procesado a través del conocimiento más real de los hechos que entonces se propiciaría.

Pero también se ha puntualizado que la violación a la investigación integral, como elemento garantizador de la verdad procesal que conduce a la invalidación de lo actuado, debe suponer forzosamente que el funcionario judicial se ha negado en forma arbitraria a disponer la práctica de pruebas determinantes para el proceso o cuando por inercia investigativa elude la averiguación de aspectos relevante (...)”¹⁹.

Guiados por las anteriores premisas y ubicados en el punto concreto del primer reparo, vemos que resulta ser desatinada la postulación del apelante que sugiere la violación del derecho de defensa por pretermisión de la citación del defensor a los testimonios de los oficiales ya mencionados por las razones que se pasan a exponer: i) el juez instructor mediante auto interlocutorio del 28 de septiembre de 2020²⁰ al resolver la situación jurídica del procesado, puso en evidencia un acápite denominado otras consideraciones²¹ en el que ordena insistir en los testimonios de los señores ST.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 17885 del 18 de febrero de 2004, reiterada en sentencia de única instancia del 12 de septiembre de 2007, rad. 18578.

²⁰ Folio 139 C.O.1

²¹ Folio 148 C.O.1

ANDRÉS FELIPE DÁVILA REYES, CP. JORGE SEPÚLVEDA MOTTA y SL18. **LUIS MIGUEL MÉNDEZ HOYOS**; ii) esta providencia fue notificada personalmente a los sujetos procesales, inclusive al DR. **JESÚS ARMANDO GUENGUE CASTRILLÓN**²²; iii) dicho proveído cobró ejecutoria el 17 de octubre de 2020, sin que ninguno de los sujetos procesales se pronunciara al respecto; iv) conocida la decisión del juez de instrucción, no se atisba solicitud alguna que haya realizado el defensor o el procesado, deprecando estar presente en la práctica de los precitados testimonios; v) es de pleno conocimiento del ahora apelante la intención del funcionario instructor de allegar las referidas declaraciones, por consiguiente también era de su interés petitionar al juez se le citara para concurrir a dichas diligencias; vi) si bien el disidente echa de menos su presencia en los testimonios mentados, es tan cierto como que, en el sistema procesal con tendencia inquisitiva regulado por la Ley 522 de 1999 distinto del sistema con tendencia oral acusatorio que pregona la Ley 906 de 2004, no consagra el procedimiento castrense actual la figura del contrainterrogatorio, por ello, a menos que sea requerido por el sujeto procesal, no es de obligatorio cumplimiento por el juez que libre citación para practicar un testimonio; vii) no obstante, como quiera que, de conformidad con lo expuesto en el acápite anterior, el sistema actual que rige nuestra codificación castrense mediante la Ley 522 de 1999, en el cual consagra los principios

²² Folio 156 C.O.1

de permanencia de la prueba y la reserva sumarial, es del caso mencionar que al defensor le asiste el derecho de solicitar ante el juez de instrucción, se decreta ampliación de declaración y bajo esa égida, formular las preguntas que a bien considere para corroborar, desvirtuar o tachar los testimonios anteriores, sin embargo el profesional omitió agotar esta etapa procesal; viii) si observamos la fecha en que el funcionario judicial ordena insistir en la recepción de los testimonios del personal militar referido, esto es, 28 de septiembre de 2020, y se contrasta con la data en que fueron practicados estos, que fue el 15 de octubre de 2020²³, hubo un lapso superior a quince (15) días, dentro del cual el togado debió solicitar al juez estar presente en estas diligencias, sin embargo no aparece antecedente alguno que ello haya ocurrido; ix) por último, sin que se entienda que sea lo único, es de tener presente que en el sumario obra las citaciones realizadas a los declarantes, lo que significa que todos los sujetos procesales tenían pleno conocimiento sobre la aducción de estas pruebas ordenadas en la etapa de instrucción.

Ahora bien, el apoderado del SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO** menciona que los testimonios recogidos al ST. **ANDRÉS FELIPE DÁVILA REYES**, CP. **JORGE SEPÚLVEDA MOTTA** y SL18. **LUIS MIGUEL MÉNDEZ HOYOS**, fueron valorados subjetivamente, haciendo manifestaciones o suposiciones sobre lo que no les constaba, pero lo que ocurre es que, de un lado, no precisa cuáles

²³ Folio 160 y ss. C.O.1

fueron esas revelaciones y, del otro, tampoco expuso cómo al estar presente en la recepción de los testimonios, aparejarían para un eventual beneficio procesal a favor de su cliente; aunado a ello, el juez primario al tomar la decisión en contra de su protegido no fueron las únicas pruebas en las cuales se basó; tampoco demostró en su libelo que el hecho de no haberse recibido las declaraciones al ST. **ANDRÉS FELIPE DÁVILA REYES, CP. JORGE SEPÚLVEDA MOTTA** y SL18. **LUIS MIGUEL MÉNDEZ HOYOS** en la etapa instructiva, la determinación del fallador de instancia hubiese sido distinta, enfocada a los intereses de su protegido.

Conforme a lo anterior, al estar acreditado que no se conculcó ningún derecho en el recaudo de los testimonios tantas veces mencionados, mal puede predicarse un menoscabo a los derechos y garantías del procesado, por el contrario la Sala encuentra perfecta armonía con el principio de la carga de la prueba y consecuentemente dejamos intacto el principio de trascendencia que reclama el defensor al solicitar el castigo para el proceso; ello deviene al examinar, en caso de tener razón el apelante, que dicha irregularidad no conlleva a sancionar el proceso a tal punto que afectó de manera real y cierta el derecho de defensa de su patrocinado judicial o socavó las bases fundamentales de la investigación, y que la única forma de enmendar el agravio sea la anulación.

Por las razones que se acaban de exponer es nítido que el reparo del libelista no tiene vocación de prosperidad, máxime cuando, como se aprecia, el supuesto yerro tuvo lugar en la etapa de instrucción, por manera que conforme a las normas que gobiernan la materia tenía que ser invocado hasta el término de ejecutoria de la resolución de acusación, como se lee del artículo 391 del Código Penal Militar de 1999.

8.2. Con relación al segundo reparo que reclama el apelante, enfocado a que el comportamiento desplegado por el SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO** no es típico por considerar la ilegalidad del acto mediante el cual ingresó el sumariado a las filas castrenses, en tanto que al momento de la incorporación estaba exento de prestar el servicio militar por ser hijo único, por ello condiciona que el comportamiento de su pupilo es atípico, porque no reúne los componentes de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Dice en este tema que si bien el soldado tenía una hermana, "*ese reconocimiento fue solo de papel*", por cuanto esa niña fue adoptada por el padre del conscripto quien le dio el apellido, pero nunca convivió con él; explica que la entonces menor **ANNIE MARIE PORTILLA PATIÑO**, hija de **MARYURY DEL SOCORRO** nació el 1° de enero de 1992 y **DAVID** el 2 de febrero de 1996, y cuando este tenía 3 años, sus padres disolvieron la unión marital de hecho por la irresponsabilidad del papá, es por lo que la defensa

asegura que su prohijado nunca tuvo una hermana; además, hace una reflexión sobre las madres modernas y la evolución que han tenido las familias actuales, también trae a colación apartes de una sentencia de la Corte Constitucional y doctrina relacionada con el tema del hijo único exento de prestar servicio militar.

Afirma que si bien el joven **PORTILLA PATIÑO** firmó el documento de freno extralegal, constatando que no es hijo único, lo cierto es que de las pruebas que reposan en el expediente se extrae que sí lo es, y además en el documento de entrevista donde le preguntan el nombre de los hermanos no colocó nada porque no los tiene y refiere más sentencias de la Corte Constitucional, para finalizar diciendo que la decisión del *A quo*, es equivocada ya que partió de considerar que la materialidad de la conducta estaba demostrada con el abundante material de prueba, dando cuenta que el procesado no retornó a la Unidad castrense, tras haberse evadido, para posteriormente indicar que el SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO** estaba exento de la prestación del servicio militar por ostentar aquella condición, lo cual conllevaba predicar que había sido incorporado de manera ilegal, es decir, que "(...) si el procesado fue incorporado al servicio militar de manera ilegal estaba exento de dicha obligación, tal acto administrativo se invalida (...)"²⁴.

²⁴ Folio 368 C.O.2

El problema jurídico que surge de las anteriores posturas y que hace parte del derrotero a gravitar por parte de esta Corporación, se traduce en establecer si el procesado es responsable del delito por el cual se le enjuició o, por el contrario, siendo cierta su condición de hijo único a las voces del apelante, le asiste el derecho a ser considerado como exento de presta el servicio militar.

8.2.1. De la condición de hijo único y su protección constitucional.

Emerge del expediente que el ahora SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO** hace parte del grupo familiar constituido por el señor **DAVID FELIPE PORTILLA BEDON**²⁵ y la señora **MARYORI DEL SOCORRO PATIÑO PEÑA**, quienes aparecen tanto en la diligencia de indagatoria como en el documento "*ESTUDIO DE SEGURIDAD PERSONAL INCORPORACION SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO*", código FO-JEMPP-CEDE2-795.

Pero, además, surge de las pruebas documentales obrantes en el expediente, que el joven conscripto tiene una hermana de nombre **ANNIE MARIE** a quien su padre le dio el apellido, razón por la cual al momento de firmar el documento de incorporación conocido como "Freno Extralegal", decidió manifestar que no era hijo único²⁶, aunque en diligencia de indagatoria dice serlo²⁷. Esta información no concuerda con lo expresado por el señor **DAVID FELIPE**

²⁵ Folios 15, 112 C.O.1

²⁶ Folio 11 C.O.1

²⁷ Folio 114 C.O.1

PORTILLA BEDÓN, padre del procesado, al indicar cuando se le preguntó cuántos hijos tiene: *"uno solo que es mi hijo, ese es de sangre, pero también le di mi apellido a la niña ANNIE MARIE PORTILLA PATIÑO que era una hija que tenía la mamá de mi hijo (...)"*²⁸, estableciéndose así que en la realidad el ahora procesado sí tenía una hermana, independiente que fuera de nacimiento o por adopción, o en situaciones como las que expresó el progenitor, lo cierto es que la ley otorga los mismos derechos al niño, niña o adolescente cuando es adoptado; y se dice que es adoptado porque con el otorgamiento del apellido entra el menor a tener los mismos derechos y obligaciones, así lo determina el Código de Infancia y Adolescencia:

"ARTÍCULO 64. EFECTOS JURÍDICOS DE LA ADOPCIÓN. *La adopción produce los siguientes efectos:*

1. *Adoptante y adoptivo adquieren, por la adopción, los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo.*

2. *La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos.*

3. *El adoptivo llevará como apellidos los de los adoptantes. En cuanto al nombre, sólo podrá ser modificado cuando el adoptado sea menor de tres (3) años, o consienta en ello, o el Juez encontrare justificadas las razones de su cambio (...)"*²⁹.

²⁸ Folio 183 C.O.1
²⁹ Ley 1098 de 2006

Así entonces, el Estado en busca de protección a la infancia y con el fin de garantizar un mayor compromiso promulgó las Leyes 140 de 1960 -que regula lo relacionado con la adopción- y 1098 de 2006 -ley de infancia y adolescencia-, medidas legales tendientes a lograr la atención, asistencia y cuidado de niños, niñas y adolescentes en adopción.

En el expediente aparece probado que el señor **DAVID FELIPE PORTILLA BEDÓN** asumió la patria potestad de la menor **ANNIE MARIE** al darle el apellido, por consiguiente, ante la ley tanto **DAVID** como **ANNIE MARIE PORTILLA PATIÑO**, son hermanos.

Pero el examen no queda aquí, nótese que la señora **MARYORI DEL SOCORRO PATIÑO PEÑA**, progenitora del enjuiciado, aseguró en declaración jurada que tiene tres hijos entre ellos cita al aquí procesado como su tercer hijo en sentido descendente; así lo manifestó en audiencia de Corte Marcial: "(...) *PREGUNTADO: Cuántos hijos tiene y cuál es su edad. CONTESTO: Tengo tres mayores de edad, JONATHAN de 33 años, ANNIE MARIE de 29 años y DAVID de 25 años (...)*"³⁰. Ello significa y ratifica que el sumariado no es hijo único en la forma que exige la ley para que se tenga como exento de la prestación del servicio militar obligatorio.

Agregamos, además, que en los documentos de incorporación el entonces conscripto aseguró bajo

³⁰ Folio 295 C.O.2

juramento que no era hijo único y que no estaba incurso en ninguna de las causales eximentes de prestación del servicio militar obligatorio.

De modo que, bajo tales preceptos, es claro para la Sala que **DAVID PORTILLA PATIÑO** al momento de la incorporación a las filas militares, como integrante del 3-C-2019³¹, se hacía merecedor de la protección y abrigo del Ejército Nacional en calidad de conscripto, por cuanto agotó todos y cada uno de los requisitos de selección, esto es, se presentó voluntariamente a las instalaciones castrenses, diligenció los documentos de rigor -freno extralegal³², manifestación bajo juramento que no está dentro de las excepciones legales para prestar servicio militar obligatorio³³, acta de compromiso³⁴, formato único de datos personales³⁵, estudio de seguridad³⁶, evaluaciones médicas³⁷ y psicológicas³⁸-, lo que permite verificar las condiciones especiales que requiere ser soldado de la Patria; hizo parte del grupo de reclutas que ingresó ese mismo día, a quienes les enteraron del proceso de inducción sobre la responsabilidad que les asistía ser soldados y bajo ese conocimiento decidió entrar a las huestes, teniendo la oportunidad en ese momento y antes de suscribir el acta respectiva de recepción, dar a

³¹ Según se certificó en el documento de calidad militar 0507 del 25 de noviembre de 2019 visto a folio 5 del C.O. 1; también se constata a través de la Orden del Día 166 del 28 de agosto de 2019, por la cual se da de alta como soldado al joven DAVID PORTILLA PATIÑO y la Orden Administrativa 1801 de la Dirección de Personal vista a folio 47.

³² Folio 11 C.O.1

³³ Folio 12 C.O.1

³⁴ Folio 13 C.O.1

³⁵ Folio 14 C.O.1

³⁶ Folio 15 C.O.1

³⁷ Folio 17 y ss. C.O.1

³⁸ Folios 17 a 19 C.O.1

conocer a sus superiores que era merecedor de una eximente de prestación del servicio militar obligatorio. Contrario a ello, optó por enfilarse en el Ejército Nacional omitiendo manifestar su situación, en tanto su querer era cumplir el sueño de ser soldado de las Fuerzas Militares, lo cual logró realizar hasta el 04 de noviembre de 2019 cuando decidió desertar del Batallón y no regresar, para luego, como estrategia defensiva, exigir el reconocimiento de una categoría de excepción.

8.2.2. Del proceso de incorporación del enjuiciado al servicio militar.

La Juez Catorce de Brigada del Ejército Nacional soportó su decisión condenatoria indicando que el procesado fue incorporado bajo la presunción de legalidad al no indicar ninguna excepción de prestación del servicio militar porque no lo dio a conocer en su momento, de manera que el acto administrativo de incorporación goza de legalidad, concluyendo que los hechos se adecuaban típicamente al delito de deserción, postura que dio lugar al desacuerdo con el defensor recurrente y que hoy conocemos.

La incorporación al servicio militar, de acuerdo con la Ley 48 de 1993, modificada por la ley 1861 de 2017 vigente y aplicable para la fecha de los hechos, es un acto precedido por varios estadios, entre los que se destacan la fase de inscripción, exámenes de aptitud psicofísica y sorteo; dispone de

un primer examen médico que ordinariamente determina la idoneidad para el servicio militar, pero existe la posibilidad de un segundo examen opcional, por decisión de las autoridades de reclutamiento o a petición del inscrito, que en última instancia establecerá la capacidad psicofísica.

Tras ser elegidos los conscriptos que superen el proceso, son declarados aptos una vez cumplidos los requisitos de ley, quienes son citados a un lugar, fecha y hora acordados por las autoridades de reclutamiento con fines de selección e ingreso, lo que constituye su incorporación a filas para la prestación del servicio militar³⁹.

En esas condiciones, habrá de decirse que en las filas del Ejército Nacional no pueden existir soldados sin haber sido incorporados previo el trámite de ley, y bajo ese entendido la incorporación del SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO** quedó suficientemente demostrada con los documentos arrimados al plenario⁴⁰. La fe documental del ingreso a dicha Fuerza supone el cumplimiento de los requisitos legales⁴¹, y en tratándose de documentos públicos no solo se presume su autenticidad sino también la veracidad en sus declaraciones; ello para significar que en la incorporación al servicio militar obligatorio que realizó el procesado en forma voluntaria no hubo irregularidad alguna.

³⁹ Ley 48 de 1993, artículo 20; Ley 1861 de 2017 art. 81.

⁴⁰ Ver fotocopia de la cedula de ciudadanía, formato de datos personales, freno extralegal, carta decadactilar, ficha medica unificada, formato de concentración e incorporación, entrevista del servicio militar obligatorio acta del tercer examen médico, psicológico y odontológico, documentos visibles de folio 15 al 20RV del C.O. 1.

⁴¹ Conforme lo dispone el artículo 20 de la Ley 48 de 1993.

Ello, claro está, sin perjuicio de examinar la incidencia de ese estado precedente y de las circunstancias que rodearon al sujeto al momento de decidir sobre su comportamiento presuntamente delictivo, con el fin de determinar si concurre alguna causal de ausencia de responsabilidad⁴².

Entiéndase, que una vez publicitado el acto administrativo de incorporación se generan todas las consecuencias legales correspondientes, vale decir, el reconocimiento de los derechos y obligaciones que enmarcan la prestación del servicio militar. Bajo esta perspectiva, si en gracia de discusión hubiere existido yerros en la incorporación de **DAVID PORTILLA PATIÑO** como soldado, estos por sí mismos no conllevaban una situación de atipicidad de la conducta investigada, pues el acto administrativo de nombramiento y todo el trámite que le precede goza de presunción de acierto y legalidad, siendo posible derrumbarlo solo a través de algunos mecanismos judiciales y ante autoridades jurisdiccionales competentes, que obviamente escapan de la órbita funcional de la Justicia Penal Militar y Policial.

Así lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

"2.8 (...) la demostración posterior de alguna irregularidad en el proceso de incorporación, aunque debe producir la responsabilidad

⁴² Cfr. Sentencia 17080 del 24 de enero de 2001, MP. DR. JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGO Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia.

administrativa, disciplinaria o penal para el respectivo funcionario de reclutamiento, no genera per se atipicidad de la conducta delictiva de deserción, porque el hecho se comete bajo la presunción de una regular incorporación y en el ejercicio real de esa condición, sin perjuicio obviamente de examinar la incidencia de ese estado precedente y las circunstancias que rodearon al sujeto al momento de decidir su comportamiento presuntamente delictivo, con el fin de determinar si concurre alguna causal de ausencia de antijuridicidad material o de inculpabilidad."⁴³ (Resaltado nuestro).

Tampoco es viable buscar la descalificación de la cualidad que requiere el sujeto activo de la conducta argumentando causas anteriores al proceso de incorporación, máxime cuando, se itera, éstas no fueron advertidas por el enjuiciado y, contrariamente, afirmó bajo la gravedad del juramento no estar incurso en ninguna de las exenciones contempladas en la ley para la prestación del servicio militar. Baste sobre este aspecto recordar la posición de la Alta Corporación en lo penal:

"(...)7.6. Una vez producida la incorporación del conscripto al servicio, previo el cumplimiento de los anteriores requisitos, a través de dicho acto se entiende para todos los efectos legales discernida la calidad de militar, que produce todos los efectos que le son inherentes, tanto desde el punto de vista de los derechos, prerrogativas y estímulos que esta condición otorga, como también, en cuanto al sometimiento a la estructura, organización y disciplina castrenses, quedando subordinado por el régimen y jurisdicción especiales que le son propios y que se han establecido para el cumplimiento de la garantía constitucional de defensa de la independencia nacional y las instituciones públicas.

⁴³ Radicado 17080 del 24 de enero de 2001, MP. DR. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

(...)

8.12. Por último, pertinente encuentra finalmente la Sala y en relación con este último tema, traer a colación la doctrina que sobre el particular se encuentra en la obra del Profesor Antonio Millán Garrido y otros, sobre Los Delitos Contra la Prestación del Servicio Militar (Bosch Editor, 1995), que, si bien está referida a los casos de exclusión del servicio por deficiencias psíquicas, sus conceptos básicos son de gran utilidad en el discernimiento del presente asunto, de conformidad con la cual:

"En cuanto a la condición militar del sujeto, lo que comporta una cuestión de tipicidad, resulta irrelevante la posterior exclusión del servicio. Quien fue indebidamente alistado es militar y, como tal, tiene el deber de presencia en tanto no resulte excluido, produciéndose su baja en las Fuerzas Armadas.

(...)

En este punto, hay que convenir con García Labajo en que 'elevar a la categoría de doctrina jurisprudencial la idea(...) de que la exclusión del servicio militar por causa de enfermedad o defecto psíquico anterior al ingreso en filas determina la exención de responsabilidad en la deserción presuntamente cometida, supuesto que el sujeto nunca debió incorporarse las mismas, resulta jurídicamente incorrecto y político-criminalmente nocivo'.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal Supremo ha establecido la doctrina de que 'la exclusión del servicio militar efectuada con posterioridad a la incorporación a filas de un recluta no tiene efecto retroactivo respecto a su condición de militar y su sometimiento al fuero castrense (p.505)'" ⁴⁴.

⁴⁴ Sala de Casación Penal, Rad. 9921 del 14 de marzo de 2002, MP. DR. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE.

En este orden de ideas, no se puede aceptar, como lo pretende el disidente, eximir de responsabilidad al acusado bajo el supuesto de existir falencias previas a su condición de miembro de la Fuerza Pública, concretamente calificar como irregular el proceso de incorporación y con ello argüir la ilegalidad del acto administrativo mediante el cual se le dio de alta como soldado regular, pues si hipotéticamente esto fuese cierto, es de recordar que incluso al funcionario de la administración responsable de la incorporación se le puede atribuir responsabilidad penal en la misma forma que al aquí enjuiciado cuando cualquiera de ellos ejecute conductas punibles que vulneren algún bien jurídicamente tutelado.

Así las cosas, los documentos administrativos que se allegaron al expediente relacionados con la calidad militar del SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO**, como integrante del tercer contingente de 2019, entre ellos la constancia expedida por el SP. **JUAN CARLOS IBARRA BARONA**, suboficial de personal de dicha unidad castrense⁴⁵, resultan ser suficientes para demostrar la condición de miembro de la Fuerza Pública del enjuiciado para la fecha de los acontecimientos indagados, tal como lo enseñó la Corte Suprema de Justicia al aseverar que "(...) es suficiente prueba para demostrar la calidad de incorporado o de militar del procesado, porque en su contenido quedan concretados y supuestos todos los pasos que la ley dispone para llegar a tal condición, entre los que se incluye la práctica de un examen médico

⁴⁵ Folio 5 C.O.1

legal"⁴⁶, todo lo cual permite acreditar la debida incorporación a la prestación del servicio militar del joven **DAVID PORTILLA PATIÑO**, pues dichos legajos produjeron los efectos jurídicos respectivos, bajo la presunción anunciada.

Consecuente con lo anterior, el SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO** asumió tanto formal como materialmente, a través del acto de incorporación a la Fuerza Pública, cada uno de los derechos y obligaciones que la investidura militar le otorgó y exigió, y en este sentido no puede exonerarse de sus responsabilidades mientras ejerció una condición que voluntariamente aceptó⁴⁷.

8.2.3. De la legalidad de los actos administrativos de incorporación al servicio militar.

El acto administrativo es la manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendientes a la producción de efectos jurídicos⁴⁸, que se presume legal hasta tanto no sea declarado nulo por la jurisdicción contenciosa administrativa⁴⁹.

⁴⁶ Sala de Casación Penal, Rad. 17080 del 24 de enero de 2001, MP. DR. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 9921 del 14 de marzo de 2002, MP. DR. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE.

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de julio 14 de 1993, Exp. AC-853.

⁴⁹ Los artículos 12 de la Ley 153 de 1887, 4 de la Constitución Política y 88 de la Ley 1437 de 2011, establecen que los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El procedimiento realizado para lograr el ingreso del tercer contingente de 2019, involucra al comandante de la respectiva Fuerza o Unidad para que profiera el acto administrativo de incorporación al servicio militar del conscripto, a través de una resolución, orden administrativa de personal, orden del día o cualquier otro acto positivo que establezca el alta al servicio militar obligatorio del ciudadano, manifestación de la administración que le otorga al incorporado no solo todos los derechos y deberes frente a la Fuerza Pública, sino que además lo hace sujeto de acción disciplinaria conforme los Reglamentos de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares y/o la Policía Nacional y, por su puesto, sujeto de aplicación de la ley penal militar en los eventos de comisión de delitos que guarden relación con el servicio.

Bajo ese contexto, no corresponde a la jurisdicción penal militar dilucidar la legalidad de ese acto administrativo⁵⁰, en tanto, la competencia para declarar su validez o nulidad radica en la jurisdicción contenciosa administrativa⁵¹, por cuanto estos tienen la capacidad de crear o modificar una situación jurídica subjetiva en beneficio o a cargo de una persona, o permiten aplicar a esta una situación jurídica objetiva⁵². Posición que esta Corporación ha sostenido de manera reiterada y

⁵⁰ "(...) siendo el de incorporación un acto administrativo complejo, el acometimiento de su estudio y su legalidad misma podría escapar al ámbito de competencia de la justicia penal, en la medida en que se trata sin lugar a dudas de una manifestación de la voluntad de la administración susceptible por tanto de ser impugnada a través de las acciones previstas en la ley, para de este modo desvirtuar la presunción de legalidad que le son propios." (CSJ, radicado 9921 marzo 14 de 2002. MP. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE).

⁵¹ TSM, RAD. 156545 noviembre 02 de 2010, MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA; Rad. 158900 abril 24 de 2018, MP. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ

⁵² Derecho Administrativo Colombiano. Eustorgio Sarria. Pág. 69.

pacífica, señalando en uno de aquellos pronunciamientos:

"(...) Por lo tanto, una vez producida la incorporación del conscripto al servicio militar, a través de dicho acto se reconoce la calidad de militar con presunción de legalidad, de donde refulge que no es la Justicia Penal Militar la llamada a desconocer tal calidad; razón por la que no es viable predicar una mala incorporación como causal de atipicidad suponiendo que el sujeto activo no tiene el requisito normativo de la legal incorporación (...).

Consecuente con lo anterior, claro es que el proceso de incorporación surtido de conformidad a los requisitos y procedimientos estipulados en la Ley 48 de 1993 - Reglamento de Servicio de Reclutamiento y Movilización - es un proceso administrativo del cual se presume su legalidad, que culmina con la expedición de un acto administrativo complejo (...).

Por lo tanto, observa la Sala de Decisión que no le asiste razón al libelista cuando reclama la ilegal incorporación de su apadrinado, por cuanto de la lectura detenida de las probanzas obrante en el expediente, se tiene que el señor XXX no solo se incorporó voluntariamente a las filas del Ejército Nacional como lo confirman sus progenitores, sino que además, lo determinante es que el joven XXX, una vez producida la incorporación al servicio militar, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley 48 de 1993, a través de dicho acto adquirió la calidad de soldado campesino, entendiéndose para todos los efectos que le son inherentes, tanto de los derechos, prerrogativas y estímulos que esta condición otorga, como también, respecto al sometimiento a la estructura, organización y disciplina castrenses, quedando subordinado por el régimen y

*jurisdicciones especiales que le son propios
(...) "⁵³*

Del examen anterior se advierte, sin vacilación alguna, se itera, que el proceso de incorporación como soldado del Ejército Nacional de **DAVID PORTILLA PATIÑO** se surtió en estricto cumplimiento del trámite legal arriba señalado. Por lo tanto, se expidió por parte del comando del Batallón de Ingenieros No. 14 "BATALLA DE CALIBÍO", la orden del día No. 166 del 28 de agosto de 2019 por la cual se dio de alta como soldado regular a **DAVID PORTILLA PATIÑO**. Acto administrativo de contenido individual que goza de presunción de legalidad y que irradia efectos jurídicos hasta tanto una autoridad jurisdiccional administrativa disponga lo contrario.

En esas condiciones, desconocer el acto administrativo de incorporación calificándolo de "ilegítimo", como lo reclama el impugnante, constituye un desbordamiento de la esfera propia de competencia atribuida al juez de conocimiento penal militar, en tanto, extiende su función a aspectos que son objeto de jurisdicción distinta, escenario propicio dentro del cual debe debatirse la legalidad o ilegalidad del acto administrativo que determinará su declaratoria de nulidad, decisión solo a partir de la cual se separa de la presunción de legalidad y deja de producir efectos jurídicos.

⁵³ Tribunal Superior Militar, Rad. 157865 del 29 de abril de 2014, MP. BG. MARIA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE.

8.3. El tercer tema que reclama la defensa está dirigido a que se reconozca el principio de objeción de conciencia, como una exoneración al deber emanado de la Constitución Política del servicio militar obligatorio; al respecto es prudente señalar que a partir del postulado que prevé el artículo 216 ídem, todos los ciudadanos colombianos deben tomar las armas para defender la independencia nacional y las instituciones públicas cuando las circunstancias así lo exijan, mandato Superior que reitera el principio del servicio militar obligatorio.

El anterior precepto es objeto de modulación, pues la misma Carta Política señala que la ley fijará las condiciones para eximir de la prestación del servicio militar, es así como por vía de la Ley 48 de 1993 se determinaron las causales que en todo tiempo exoneran de tal obligación y no se paga cuota de compensación, al igual que fijó la exención que opera en tiempos de paz. En estos criterios determinados no se encuentra como causal de exención para la prestación del servicio militar la objeción de conciencia.

Ahora bien, pese a que la objeción de conciencia no está consagrada objetivamente en la Ley 48 de 1993, la Corte Constitucional mediante sentencia C-728 de 2009, a partir de una interpretación sistemática construida desde los artículos 18 y 19 de la Carta Política, consideró que si existe dicha garantía como exención al servicio militar obligatorio.

Sin embargo, este criterio jurisprudencial la Corte lo condicionó a que para su viabilidad dicha objeción debe tener una entidad tan alta que realmente amenace la libertad de conciencia y la religión, es decir, unas características que han de ser profundas, fijas y sinceras; adicional a ello, quien invoque ser objetor de conciencia tiene la obligación de demostrar manifestaciones externas de sus convicciones y sus creencias. Así lo enseñó la Gardiana de la Carta Política:

"(...) 5.2.6. La Corte debe señalar que las convicciones o creencias que den lugar a negarse a la prestación del servicio militar deben ser profundas, fijas y sinceras, para que sean de una entidad tal que realmente se encuentre amenazada la libertad de conciencia y de religión⁵⁴.

5.2.6.1. En primer lugar, cabe resaltar que las convicciones o las creencias que son objeto de protección constitucional, tienen que definir y condicionar la actuación de las personas. Esto es, su obrar, su comportamiento externo. No puede tratarse de convicciones o de creencias que tan sólo estén en el fuero interno y vivan allí, que no trasciendan a la acción. En tal sentido, si una convicción o una creencia han permanecido en el fuero interno durante algún tiempo, al llegar el momento de prestar el servicio militar obligatorio, tal convicción o creencia puede seguir limitada a ese ámbito interno. No existe en tal caso, en principio, un deber constitucional de garantizar el derecho a no ser obligado a actuar en contra de su conciencia.

5.2.6.2. En tal sentido, todo objetor de conciencia tendrá la mínima obligación de demostrar las manifestaciones externas de sus

⁵⁴ En este apartado la Corte retoma textualmente, salvo ajustes menores, la ponencia inicialmente presentada por la Magistrada MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

convicciones y de sus creencias. Es su deber, probar que su conciencia ha condicionado y determinado su actuar de tal forma, que prestar el servicio militar obligatorio implicaría actuar en contra de ella.

5.2.6.3. Ahora bien, las convicciones o creencias que se invoquen, además de tener manifestaciones externas que se puedan probar, deben ser profundas, fijas y sinceras.

5.2.6.3.1. Que sean profundas implica que no son una convicción o una creencia personal superficial, sino que afecta de manera integral su vida y su forma de ser, así como la totalidad de sus decisiones y apreciaciones. Tiene que tratarse de convicciones o creencias que formen parte de su forma de vida y que condicionen su actuar de manera integral.

5.2.6.3.2. Que sean fijas, implica que no son móviles, que no se trata de convicciones o creencias que pueden ser modificadas fácil o rápidamente. Creencias o convicciones que tan sólo hace poco tiempo se alega tener.

5.2.6.3.3. Finalmente, que sean sinceras implica que son honestas, que no son falsas, acomodaticias o estratégicas. En tal caso, por ejemplo, el comportamiento violento de un joven en riñas escolares puede ser una forma legítima de desvirtuar la supuesta sinceridad, si ésta realmente no existe (...)”⁵⁵.

Ahora bien, y luego del referente jurisprudencial anotado, el Colegiado comparte los planteamientos expresados por el Juez Catorce de Instancia de Brigada y el Procurador *Ad quem* en el sentido que en el momento procesal actual no es viable reconocer en cabeza del enjuiciado el postulado de la objeción de

⁵⁵ Extractado del Rad. 157234 del 23 de febrero de 2012, Tribunal Superior Militar, MP. CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS

conciencia, pues se ha de recordar, tal como se señaló, que la carga probatoria recae en quien invoque dicho beneficio, circunstancia que no ha ocurrido hasta ahora. Asimismo, que la prueba de las convicciones externas debe conducir a que su convencimiento es profundo, fijo y sincero.

Con el presupuesto anterior, debe señalar la Sala que la invocación de objeción de conciencia propuesta por la defensa no está llamada a prosperar, pues no ha sido probada dicha condición, tal como lo fija la jurisprudencia; el apelante construye su argumento simplemente a partir de la versión de su prohijado cuando señala:

"(...) desde el momento mismo que realiza su proceso de incorporación fue desinformado, como ya lo advertimos cuando se le miente en el sentido de que solo cuando haya jurado bandera y después de cuatro meses (...) podría ser investigado por ausentarse del servicio, en igual forma afirma que al prestar su servicio militar no tenía la alimentación requerida en sus convicciones como practicante de la filosofía del Yoga- tiempo para la practica de ejercicios de meditación y actividad espiritual de relajación, que son postulados básicos de esta disciplina, así lo había manifestado a sus superiores, pero estos hicieron caso omiso a sus pretensiones, al punto que no se encontraba frente a un proyecto de vida en el ejército, al tanto que se vio en la necesidad de buscar ayuda psicológica y así deja constancia en la audiencia de juicio, afirmando que estuvo en cita psicológica los días 22, 30 y 31, de octubre de 2019, con la psicóloga LICHET PAOLA BOHORQUEZ R., (...) adscrita al Dispensario del batallón y que lo hacía en forma secreta, ya que sus superiores no le permitían esta clase de

conductas; ello muy a pesar de certificarse en el proceso que el soldado no fue atendido en el dispensario local, sin embargo, bien ha de tenerse en cuenta que el tratamiento médico y el psicológico son bien diferentes, estuvo bajo dicha presión al tanto que tuvo ideas suicidas en esas instancias, recuérdese que las fuerzas castrenses esta clase conductas han sido reiterativas, por multiples situaciones que implican las condiciones de presión en que se vive (...)”⁵⁶ (sic).

La anterior precisión lleva a este Colegiado a compartir el argumento del Juez de Primera Instancia, en punto a que la manifestación de la objeción de conciencia por parte del SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO** fue solamente “de boca” así lo refirió:

“(...) se observa claramente de las probanzas allegadas al plenario que el soldado acusado PORTILLA PATIÑO DAVID, tenía la mínima obligación de demostrar las manifestaciones externas de sus convicciones y de sus creencias. Era su deber, probar que su conciencia ha condicionado y determinado su actuar de tal forma, que prestar el servicio militar obligatorio implicaría actuar en contra de ellas. Esas convicciones o creencias que invoca en las justificaciones que da el procesado en injurada, además de tener manifestaciones externas que se puedan probar, deben ser profundas, fijas y sinceras. Profundas implica que no son una convicción o una creencia personal superficial, sino que afecta de manera integral su vida y su forma de ser, que condicionen su actuar de manera integral, acá se echan de menos totalmente, pues el soldado jamás manifestó a las autoridades de incorporación, ni a sus superiores, ni a sus compañeros sus convicciones o creencias respecto de la

⁵⁶ Folio 370 C.O.2

incompatibilidad del servicio y sus creencias, tanto así que empuñó el arma de dotación y la disparó sin objeción alguna, acá lo que se observa es que sus manifestaciones no son sinceras, honestas y más bien se infiere que son acomodaticias o estratégicas procurando justificar su conducta. En este estado procesal no es viable reconocer en cabeza del procesado el postulado constitucional y jurisprudencial de la objeción de conciencia, pues la carga probatoria recae en quien invoca dicho beneficio, es decir en el soldado PORTILLA PATIÑO que hasta este estado procesal no lo ha hecho, pues la prueba de las convicciones externas (que jamás las manifestó o demostró tener) deben conducir a que su convicción es profunda, fija y sincera, la invocación de objeción de conciencia propuesta por el acusado en la injurada, como en el alegato de la defensa no es de recibo por el suscrito juez, pues esa simple manifestación defensiva del procesado no ha sido probada ni demostrada como lo fija la jurisprudencia, la condición de objetor de conciencia se limita simplemente al dicho del procesado en la injurada, en la que presenta varios motivos de justificación que no tienen respaldo alguno. La manifestación de la objeción de conciencia por parte del Soldado PORTILLA PATIÑO ha sido solamente "de boca", ella debió ser congruente con su vida y sus actuaciones diarias y ellas demuestran que no había una real objeción de conciencia cuando el soldado recibió el arma de dotación personal, la manipuló y la accionó sin objeción alguna, durante la instrucción recibió todas las capacitaciones y cumplió con las fases de instrucción sin asumir comportamiento alguno que permitiera inferir que fuera un real objetor de conciencia (...) "⁵⁷ (sic).

Similar concepto acoge el representante de la sociedad *Ad quem* con relación a la objeción de conciencia cuando conceptúa que corrobora los

⁵⁷ Folio 337 C.O.2

argumentos de la sentencia, esto es, que esta situación nunca se planteó durante el servicio militar, por eso no es de recibo lo alegado en el recurso cuando se predica que el soldado era practicante de yoga, aspecto nuevo que carece de toda prueba y de pronunciamiento del *A quo*⁵⁸.

Si bien es cierto que en la objeción de conciencia por vía jurisprudencial se ha señalado como una circunstancia que puede dejar exento de prestación del servicio militar obligatorio al conscripto, también lo es, que dicha situación debe estar condicionada a ser probada por quien la invoca y conllevar a la convicción profunda, fija y sincera de no compartir los postulados del servicio militar obligatorio. Pero en el caso bajo análisis, el opugnador se dedica a hacer aseveraciones sobre la posición de su protegido, mas nada aporta tendiente a demostrar la veracidad de su dicho, razón por la cual no es viable acoger positivamente su posición defensiva al respecto.

Por todo lo esbozado, no es posible atender favorablemente las pretensiones del ilustre purpurado del derecho defensor del SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO.**

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

⁵⁸ Folio 387 C.O.2

IX. RESUELVE:

PRIMERO: DESATENDER las pretensiones del impugnante y, en consecuencia, **CONFIRMAR** íntegramente la sentencia calendada 03 de diciembre de 2021, mediante la cual el Juez Catorce de Instancia de Brigada condenó al SL18. **DAVID PORTILLA PATIÑO**, como autor responsable del delito de deserción, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONTRA la presente providencia procede el recurso extraordinario de casación discrecional que podrá interponerse dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de esta decisión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 210 de la Ley 600 de 2000.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase la actuación al juzgado competente para los fines pertinentes, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

Coronel **JOSÉ ABRAHAM LÓPEZ PARADA**

Magistrado Ponente

Coronel **ROBERTO RAMÍREZ GARCÍA**

Magistrado

Teniente Coronel **JORGE NELSON LÓPEZ GALEANO**

Magistrado

BERLEDIS BANQUEZ HERAZO

Secretaria