

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala: Segunda de Decisión
Magistrado Ponente: CR. JOSÉ ABRAHAM LÓPEZ PARADA
Radicación: 159724-096-I-97-EJC.
Procedencia: Juzgado 121 de Instrucción Penal Militar
Procesado: SL18. JAIR SEBASTIÁN HURTADO MARTÍNEZ
Delito: Deserción
Motivo de alzada: Apelación auto resuelve situación jurídica y dispone cesación de procedimiento
Decisión: Revoca cesación de procedimiento

Bogotá, D.C., julio diecinueve (19) de dos mil veintidós (2022)

I. ASUNTO POR RESOLVER

Se pronuncia la Sala frente al recurso de apelación interpuesto por el Procurador 376 Judicial I Penal - DR. **CÉSAR AUGUSTO MUÑOZ MONTILLA**- contra el auto interlocutorio adiado 25 de abril de 2022, proferido por la Juez 121 de Instrucción Penal Militar (E), a través del cual resuelve la situación jurídica provisional del SL18. **JAIR SEBASTIÁN HURTADO**

MARTÍNEZ, absteniéndose de afectarle con medida de aseguramiento y, consecuente con ello, dispone la cesación de procedimiento en su favor, dentro del sumario que se le impulsa por la presunta comisión del delito de deserción.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

Se desprende del informe que dio origen a la presente actuación que el SL18. **JAIR SEBASTIÁN HURTADO MARTÍNEZ**, siendo orgánico del Batallón de Artillería No. 13 "GR. FERNANDO LANDAZÁBAL REYES", se evadió de las instalaciones de esta Unidad Táctica el 23 de febrero de 2022, permaneciendo en contumacia hasta el 25 de abril siguiente, día en que comparece al Juzgado 121 de Instrucción Penal Militar a rendir indagatoria.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Por el acontecimiento referido, dado a conocer por el comandante del Batallón de Artillería No. 13 "GR. FERNANDO LANDAZÁBAL REYES", el Juzgado 121 de Instrucción Penal Militar el 14 de marzo de 2022 dispuso la apertura de investigación formal¹ en disfavor del SL18. **JAIR SEBASTIÁN HURTADO MARTÍNEZ** por el reato de deserción, vinculándolo al sumario a través de indagatoria² el 25 de abril siguiente, luego de su presentación voluntaria al citado despacho con ese propósito.

¹ Folio 41 y ss. C.O.

² Folio 107 y ss. C.O.

Mediante interlocutorio del 25 de abril del año en curso, el despacho le resolvió la situación jurídica provisional al SL18. **JAIR SEBASTIÁN HURTADO MARTÍNEZ**, absteniéndose de afectarle con medida de aseguramiento y, consecuente con ello, dispuso la cesación de procedimiento³ a favor del investigado, decisión apelada por el Ministerio Público y que ahora concita la atención del Colegiado.

IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA

La Juez 121 de Instrucción Penal Militar (E), luego de resumir el acervo probatorio arrimado al plenario, así como la indagatoria ofrecida por el encartado, consideró que la tipicidad de la conducta endilgada se constata con la calidad militar expedida por la oficina de personal del Batallón de Artillería No. 13 "GR. FERNANDO LANDAZÁBAL REYES", en la que se indica que el SL18. **JAIR SEBASTIÁN HURTADO MARTÍNEZ** es integrante del 2-C-2021; igualmente que no regresó a la Unidad luego de habersele concedido un permiso hasta el 24 de febrero de 2022, retornando el 25 de abril siguiente, fecha en que se presentó de manera voluntaria al despacho para ser escuchado en indagatoria.

Respecto de la antijuridicidad, aduce que esta se ve reflejada en la afectación al bien jurídico del servicio, pues la ausencia del bajo banderas de las filas impacta de manera ostensible las actividades

³ Folio 112 y ss. C.O.

de apoyo y seguridad que cumplen los soldados en la institución castrense.

Refiere que, conforme a lo manifestado por el SL18. **JAIR SEBASTIÁN HURTADO MARTÍNEZ** en la injurada, se evidencia la posible adecuación de la causal de ausencia de responsabilidad prevista en el artículo 33.7 de la Ley 1407 de 2010, esto es, un estado de necesidad, es decir, *"la ponderación que debió efectuar el procesado frente a su deber de cumplir a la patria con la prestación de su servicio militar y la obligación de velar por la manutención de señora madre al igual que velar por la salud y bienestar tanto de su hermana y de su sobrino de tres años"*⁴ (sic), circunstancias familiares que, en criterio de la juez, lo obligaron a dejar de lado la prestación del servicio militar y que son corroboradas con los testimonios de la progenitora, el padre y la hermana del procesado, así como con la historia clínica del sobrino de este, con fecha de ingreso el 30 de enero de 2022 y salida el 02 de febrero siguiente, expedida por el Hospital de Meissen.

Causal eximente de responsabilidad que soporta, también, en una carta presentada el 11 de mayo de 2021 ante el Ejército Nacional, por la hermana del encartado, a través de la cual se dio a conocer que el joven laboraba en una empresa familiar y que su ausencia afectaba económicamente la actividad que desarrollaban, pues era quien realizaba el trabajo

⁴ Folio 118 C.O.

de fuerza y apoyo en la misma, pero al respecto no obtuvieron respuesta alguna.

Puntualiza que de conformidad con los documentos aportados al plenario y las declaraciones rendidas por los familiares del SL18. **JAIR SEBASTIÁN HURTADO MARTÍNEZ**, se justifica la ausencia de este con los deberes patrios, razón suficiente para abstenerse de decretar medida de aseguramiento en contra del mencionado militar y, consecuente con ello, disponer la cesación de procedimiento a su favor.

Señala que frente a la causal esgrimida para finiquitar de manera anticipada la actuación, *"se tiene que el riesgo en la salud del menor ANTHONY, la dependencia económica de su señora madre estaba y continua presente y existía previamente al momento en que el soldado entrara a prestar el servicio militar y por ende JAIR SEBASTIAN debía atender no sólo los requerimientos económicos de su madre y hermana sino también los de su sobrino y que si bien no informó dicha situación en el momento de su deserción si obran declaraciones de su trámite desde el momento de la incorporación"*⁵.

En consecuencia, el A quo decreta cesación de procedimiento a favor del SL18. **JAIR SEBASTIÁN HURTADO MARTÍNEZ**, con base en la causal antedicha, por la situación de salud que presentó la madre del mencionado, y que es ratificada mediante las

⁵ Folio 119 C.O.

declaraciones juramentadas y en la historia clínica obrantes en el infolio.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El representante del Ministerio Público impetró y sustentó en términos recurso de apelación en contra del auto que resolvió la situación jurídica del SL18. **JAIR SEBASTIÁN HURTADO MARTÍNEZ** y dispuso finiquitar de manera anticipada la actuación a su favor, en procura de su revocatoria y continuidad del trámite procesal, por considerar que, conforme a la prueba militante en el expediente, no está demostrada ni se adecúa la causal de ausencia de responsabilidad de estado de necesidad, consagrada en el artículo 33.7 de la Ley 1407 de 2010, invocada por la instructora para cesar procedimiento.

Luego de resumir la prueba testimonial y documental allegada al proceso, aduce que el estado de necesidad se presenta *"cuando el agente realiza una conducta típica con la finalidad de proteger un derecho propio o ajeno de una amenaza o daño actual o inminente y produce en tal empeño una lesión de menor gravedad que la impedida en los bienes jurídicos de otra persona, siempre y cuando no pueda acudir a otra vía distinta y no esté obligado jurídicamente a afrontar el trance o haya sido provocado por él, es decir se produce un daño menor para evitar uno mayor"*⁶.

⁶ Folio 131 C.O.

Señala que, en el presente caso, de la injurada del SL18. **JAIR SEBASTIÁN HURTADO MARTÍNEZ** y de los testimonios ofrecidos por los consanguíneos de éste, se advierte contradicciones e imprecisiones, como las fechas en que estuvo hospitalizado el menor **ANTHONY TÉLLEZ HURTADO**, sobrino del procesado, que no coinciden con el lapso en que permaneció desertado aquel; asimismo, de tratarse de un permiso concedido al soldado no se estableció los días otorgados ni el cumplimiento del mismo, más aún cuando se trata de un delito que su consumación se genera después de cinco días de ausencia injustificada o de no presentación luego de la terminación de un permiso conferido.

Con relación a la exculpación dada por el indagado, que se vio en la necesidad de desertarse para acompañar a su sobrino durante la urgencia hospitalaria, replica que la misma "no puede ser tomada como excusa o justificante de la conducta deserciva", por cuanto "no hay coincidencia en las fechas, ya que según historial clínico del niño Anthony Tellez Hurtado este fue hospitalizado del 29 de enero de 2022 al 2 de febrero de 2022, mientras que el soldado Jair Hurtado no se presentó al terminarse el permiso el día 24 de febrero de 2022 ni regreso después, iniciando la consumación de la conducta deserciva el día 2 de marzo de 2022, es decir un mes después de la hospitalización de su sobrino"⁷ (sic). Aunado a que en el mismo documento se advierte en las anotaciones de evolución interacciones de los galenos con un

⁷ Folio 133 C.O.

acompañante del menor y se menciona únicamente a la progenitora y a la abuela materna de este, como para que invoque el SL18. **JAIR SEBASTIÁN HURTADO MARTÍNEZ** que por ese motivo, y con el propósito de cuidar a su sobrino en el centro médico, fue que abandonó el servicio militar.

Agrega el disidente que no es de recibo que se considere de menor entidad que quien se encontraba cumpliendo una obligación ciudadana constitucional de prestar el servicio militar, abandone su deber por cuidar un niño porque la madre de este tenía que trabajar, máxime cuando el infante tiene sus padres, que son los garantes de sus necesidades y custodia, así no convivan.

Añade que, en punto a la carencia económica del grupo familiar, conforme a los testimonios de quienes lo componen, prácticamente todos cuentan con ingresos que devengan por distintas actividades productivas ejecutadas y que sumándolos pueden alcanzar para cubrir sus necesidades básicas; luego fácil es deducir que para la época de deserción del SL18. **JAIR SEBASTIÁN HURTADO MARTÍNEZ** la madre y la hermana de éste podían trabajar en la fábrica de cerámicas de yeso y en el puesto de arepas, más la ayuda que les aportaba ocasionalmente el padre del procesado y la bonificación mensual percibida por el soldado estando en el Ejército Nacional, con lo que podía ayudar a sus consanguíneos, lo que significa que tampoco tenían carencia absoluta de ingresos.

Agrega que el estado de salud de la señora **ALBA ROCÍO MARTÍNEZ**, madre del soldado, era bueno, no hay prueba que demuestre que padecía alguna enfermedad o situación incapacitante, lo que permite inferir que estaba en condiciones productivas y podía laborar en distintas actividades, como ella misma lo manifiesta en su testimonio, razón suficiente para desechar tal argucia como justificante del comportamiento desplegado por el encartado. Aunado a que los tres hijos restantes de la mencionada dama ya son mayores de edad y tienen la obligación también de apoyarla y contribuir con su manutención, así ya tengan sus propios hogares.

Además, que el progenitor del niño **ANTHONY TÉLLEZ HURTADO**, tiene el deber de prestación de alimentos para con él, así no cohabite con la madre del menor; sumado a que tampoco obra prueba que demuestre que el infante *"se encuentra en situación calamitosa, de desamparo o abandono, ni de la necesidad que su tío se desertara del servicio militar para velar por su salud y cuidado"*.

Refiere que cuando se quiere invocar una causal de ausencia de responsabilidad, ésta debe probarse en grado de certeza y en el asunto examinado lo esbozado por la instructora carece de respaldo probatorio y, por el contrario, las probanzas allegadas indican la responsabilidad del acusado; por ello las *"calamidades de salud y cuidado de sobrino, así como económica de la familia que fueron planteadas, para justificar deserción de incorporado al*

servicio militar, al momento de la no presentación del soldado Hurtado al cumplirse permiso no existía el riesgo o peligro de la salud del sobrino de éste ya que estuvo hospitalizado del 29 de enero al 2 de febrero de 2022 y los hechos desercivos ocurrieron un mes después, a finales de febrero y comienzos de marzo de 2022, cuando el menor ya había mejorado y egresado del hospital”⁸ (sic)

Aduce que el servicio militar es un deber ciudadano impostergable que necesita la sociedad, donde prevalece el interés colectivo y no el particular, por lo que la jerarquía del bien jurídico “no es de poca monta, de manera tal que no se puede desconocer la justicia material como pilar insustituible del Estado social y democrático de derecho”; menos aun cuando no era necesario proteger el derecho de cuidado y manutención del menor, de la hermana y la madre del SL18. **JAIR SEBASTIÁN HURTADO MARTÍNEZ**, toda vez que mientras permanecía en filas éste, tal compromiso podía ser asumido por ellas mismas, conforme a las manifestaciones efectuadas por las damas.

Respecto de la argucia defensiva relacionada con la mala incorporación del ahora procesado por cuanto siendo bachiller fue dado de alta como soldado regular, considera el disidente que de los documentos presentados para el ingreso a la Fuerza Pública “no reporto que su familia dependía económicamente de él, por el contrario expresamente lo negó en documento de freno extralegal, y declaró que no

⁸ Folios 135 y 136 C.O.

tenia problemas para ingresar como soldado al Ejército Nacional, y en Acta de compromiso de prestación del servicio como soldado regular manifestó que a pesar de ser bachiller era su deseo prestar el servicio militar voluntariamente" (sic), por lo que no es de recibo que ahora alegue que tal incorporación fue irregular, máxime si se tiene en cuenta que los actos de ingreso a la Institución están revestidos de acierto y legalidad y de existir alguna exención, ésta debe manifestarse antes de ser dado de alta y no posterior a ello, pues de aducirse cuestionamiento alguno sobre el particular, solo la jurisdicción de lo contencioso administrativo podría pronunciarse al respecto.

Señala el opugnador que al haber estado incorporado al servicio militar el SL18. **JAIR SEBASTIÁN HURTADO MARTÍNEZ** dicho acto lo convierte en servidor público, con las obligaciones propias del mismo, y de estar inmerso en alguna situación de exención o que le impida continuar en las filas castrenses, lo procedente es gestionar su desacuartelamiento administrativo, solicitándolo y agotando el trámite dispuesto para ello, previa demostración de la causal alegada, pero no abandonando el servicio militar por vía de hecho, esto es, desertándose.

Arguye que el comportamiento del ahora encartado se torna antijurídico, como quiera que se ve afectado el servicio y con ello "el normal desarrollo de la unidad en la que prestaba su servicio militar, ya que con su ausencia la estructura de seguridad debió

modificarse y su presencia hacía parte de una organización institucional previamente diseñada, menoscabándose ésta".

En lo atinente a la culpabilidad, expone que el soldado conocía que debía presentarse ante los superiores de manera oportuna al término del permiso y continuar prestando el servicio militar, mas no lo hizo.

En punto al indicio grave de responsabilidad, exigido para imponer medida de aseguramiento al momento de definir la situación jurídica provisional del procesado, refiere que tal requisito se cumple con suficiencia en este caso, habida cuenta que del acervo probatorio hasta ahora allegado se infiere la responsabilidad del **SL18. JAIR SEBASTIÁN HURTADO MARTÍNEZ** en la comisión del delito de deserción, sin que se advierta causal de ausencia de responsabilidad en tal comportamiento; desvirtuándose así el estado de necesidad considerado por el despacho instructor para cesar procedimiento a favor del mentado militar.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El representante del Ministerio Público ante esta instancia, -**DR. JOSÉ FERNADO ZULOAGA GIRALDO**- luego de sintetizar la situación fáctica, la actuación procesal obrante y los argumentos presentados por el apelante, conceptuó que debe revocarse la decisión analizada y en su lugar continuar con la etapa de

investigación, toda vez que, del estudio del acervo probatorio obrante en el expediente, se observa que todo se trata "de una coartada para evadir responsabilidad", al punto que, de acuerdo con lo obrante en el expediente, el procesado aún permanece en contumacia.

Asimismo, que del estudio de los medios de conocimiento obrantes se advierte que no está probado el estado de necesidad, indebidamente planteado por la juez de instrucción para finiquitar de manera anticipada la actuación, por cuanto "no era imperiosa la presencia del sindicato en el centro de salud donde se encontraba interno su pequeño sobrino ni tampoco se acreditó calamidad doméstica que requiriera su presencia"; adicionalmente el lapso de evasión no coincide con el estado de salud y necesidades económicas expuestos.

VII. DE LA COMPETENCIA

Conforme lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia⁹, 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 ídem, esta Corporación es competente para conocer de

⁹ Rad. 44046 del 17 de junio de 2015, MP. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

la apelación interpuesta por el Procurador 376 Judicial Penal I, en procura que se revoque el auto interlocutorio del 25 de abril de 2022 proferido por el Juzgado 121 de Instrucción Penal Militar.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Analizando cada uno de los argumentos expuestos por el representante del Ministerio Público, esta Sala de Decisión luego de la minuciosa lectura del expediente considera viable atender la petición del recurrente, toda vez que, para que proceda la cesación de procedimiento debe estar demostrada en grado de certeza la causal que se invoca pero, además, el operador judicial debe ocuparse del análisis de todas las pruebas que alimentan el expediente, en honor al principio de investigación integral.

De manera que, al valorarse el material probatorio allegado al proceso en su conjunto, conforme a los principios de la sana crítica, y más concretamente las reglas de experiencia, el Colegiado encuentra que no se halla acreditada en grado de certeza la causal que la Juez 121 de Instrucción Penal Militar pretendió invocar, por lo que desde ya se anuncia que se revocará la decisión objeto de estudio y dispondrá que se continúe con el trámite investigativo.

El referente legal nos señala que de conformidad con lo establecido en el artículo 231 del Código Penal

Militar "En cualquier estado del proceso en que aparezca comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido o que la conducta es atípica, o que obró dentro de una causal de ausencia de responsabilidad o que el proceso no podía iniciarse, o no puede proseguirse, el juez mediante auto interlocutorio, así lo declarará".

Ha sido insistente esta Corporación que del contenido de esta norma se tiene claro que la decisión de cesar procedimiento se puede adoptar en cualquier etapa del proceso, siendo competente para decretarla el funcionario que actúa en ese momento procesal, vale decir, en la etapa de investigación el juez de instrucción penal militar, en la fase de calificación del mérito del sumario el fiscal penal militar, o en la de juicio por el juez de instancia, por ser quien tiene en su poder el expediente, lo cual significa que también le asiste la facultad jurisdiccional sobre la investigación, pero esta decisión requiere, de un lado, la demostración en grado de certeza de la causal en que se funda la terminación anormal del proceso y, del otro, que solo procede por las causales previstas en la norma arriba citada, temática sobre la que también este Colegiado se ha pronunciado¹⁰; instituto jurídico procesal aplicado por el *A quo*, debiéndose tener en cuenta que una decisión de tal naturaleza conlleva la terminación definitiva y anticipada del proceso penal, es decir, sin el cumplimiento integral de la

¹⁰ Ver entre otras decisiones: Rad. 155049 del 25 de junio de 2008, 155239 del 19 de septiembre de 2008, MP. TC. JACKELINE RUBIO BARRERA, Cuarta Sala de Decisión.

ritualidad o agotamiento de las etapas establecidas en el Digesto Punitivo Castrense.

Por consiguiente, la determinación de decretar la terminación anormal del expediente constituye un pronunciamiento judicial de fondo, que adquiere, una vez ejecutoriado, fuerza vinculante de cosa juzgada como lo dispone el artículo 14 de la Ley 522 de 1999¹¹, de suerte que para adoptar esta delicada y trascendental decisión se requiere que esté demostrado en grado de certeza el supuesto de hecho que constituye la causal invocada y, como ya se dijo, no puede dejarse de lado el análisis de las pruebas arrojadas al expediente, procurando dilucidar lo mejor posible a los sujetos procesales las razones que llevan al juez a adoptarla.

La Honorable Corte Suprema de Justicia de manera reiterada ha sostenido que para proferir cesación de procedimiento debe estar plenamente demostrada cualquiera de las causales; se trata de una decisión excepcional, en cuanto que ejecutoriada impide el cumplimiento de las metas propuestas en el proceso penal, la calificación del mérito sumarial o de la sentencia a que haya lugar, como ordinariamente debe desarrollarse.

Enseña la Corte que para que tenga ocurrencia ese agotamiento prematuro del proceso, es indispensable que las pruebas en que se funde la determinación

¹¹ ARTICULO 14. —Cosa juzgada. El procesado, condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada, o por providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, salvo las excepciones legalmente previstas respecto de la acción de revisión.

muestren por sí mismas, en forma plena o completa, esto es, evidentemente, la inutilidad del adelantamiento de la investigación o del juicio¹².

Ahora, atendiendo el contenido textual del artículo 231 del Código Penal Militar de 1999, se desprende que la cesación de procedimiento únicamente puede declararse con base en las denominadas por la doctrina y la jurisprudencia causales objetivas y subjetivas, encontrando dentro de las primeras, la muerte del procesado, el desistimiento, la amnistía propia, la prescripción, la oblación y la conciliación determinada en la Ley 1058 de 2006.

Y las segundas, o sea las subjetivas, la inexistencia del hecho imputado, atipicidad de la conducta, la demostración de alguna causal excluyente de responsabilidad o la acreditación que el procesado no fue quien realizó el comportamiento delictivo objeto de la actuación penal.

Así entonces, cuando se presente una causal subjetiva para cesar procedimiento, el operador jurídico dentro de la providencia debe realizar la valoración de los supuestos de hecho y de derecho determinados en la sistemática penal y conforme a las reglas de la sana crítica, que lo lleve a inferir de manera razonada que está demostrado en grado de certeza que el hecho que se le imputa al sindicado no ha existido, vale decir, que no tuvo ocurrencia, o que, de haber sucedido, el encartado

¹² Corte Suprema de Justicia, Rad. 3648 del 4 de abril de 1989, M.P. RODOLFO MANTILLA JÁCOME.

no cometió la conducta que se le endilgó a título de autor o cómplice. Asimismo, que, de haber acontecido, la ley no considera tal hecho -conducta de acción o de omisión- como infracción penal, edificando la hipótesis que nos dirige al fenómeno de la atipicidad absoluta o relativa, es decir, no está recogido por algún tipo penal o no se adecúa a ninguno, por falta de uno de los elementos estructurales del tipo penal imputado.

Igualmente, se puede decretar la terminación del proceso, cuando aparece probado que el sindicado obró amparado por alguna de las causales de ausencia de responsabilidad consagradas en los artículos 34 y 35 de la precitada codificación, pero eso sí, sin dejar de lado la investigación concreta, suficiente e integral que debe reinar, así como que, el operador judicial se ocupe del análisis completo, sólido y serio de las pruebas que nutren el dossier; contrario sensu, cuando a la investigación no se ha arrimado el suficiente material probatorio que lleve al operador judicial indefectiblemente a tomar la decisión que pone fin al proceso o cuando no se ha ocupado de valorar y analizar las pruebas que componen la investigación, no será posible adoptar una determinación tan drástica y definitiva.

Al estudio detallado del plenario observa la Sala, en total acuerdo con el impugnante y el Ministerio Público ante el *Ad quem*, que la instrucción no consulta los postulados de investigación integral que permitan verificar con grado de certeza, que el

procesado obró dentro de una causal eximente de responsabilidad. La postura de la Instructora corresponde a apreciaciones subjetivas, pero que en nada corresponden al cuidado, prudente juicio de recaudo y valoración de la prueba que soporte su argumento.

Es absolutamente claro, por cuanto así se verifica de las pruebas allegadas a la presente investigación, que mediante orden del día No. 110 del 11 de junio de 2021¹³ el joven **JAIR SEBASTIÁN HURTADO MARTÍNEZ** fue dado de alta como soldado regular del Batallón de Artillería No. 13 "GR. FERNANDO LANDAZÁBAL REYES", integrante del segundo contingente de dicho año. Asimismo, que su evasión de las instalaciones de dicha Unidad Táctica ocurre el 23 de febrero de 2022 y en tal condición, por demás contumaz, permaneció hasta el 25 de abril de esta calenda, situación fáctica suficiente para imputarle la comisión del delito de deserción, conforme las voces del artículo 109 de la Ley 1407 de 2010, máxime cuando, a pesar de contar con los medios idóneos o técnicos que hoy existen, no informó oportunamente, y así lo muestra la prueba, novedad alguna a sus superiores, teniéndose noticias de su paradero sólo hasta el día que hace presentación al Juzgado 121 de Instrucción Penal Militar, a las 11:44 horas, en cumplimiento a citación judicial que le enviara ese despacho para ser escuchado en indagatoria, diligencia en la que

¹³ Folio 28 C.O.

explicó que su evasión de las huestes se debió a que su sobrino **ANTONY GABRIEL TÉLLEZ HURTADO**, fue hospitalizado el 1° de febrero de 2022 y debía acompañarlo durante la estadía del menor en el centro hospitalario.

Si bien es cierto, como lo fundamenta el despacho instructor, uno de los motivos que conllevaron a que el SL18. **JAIR SEBASTIÁN HURTADO MARTÍNEZ** abandonara el servicio militar fue porque supuestamente tuvo que asistir al referido niño, pues la madre de este, es decir, su hermana, se encontraba trabajando y debía estar un adulto responsable del infante, conforme lo adujo en la injurada realizada el 25 de abril de 2022, donde expuso: "*(...) un día antes de que yo tuviera que volver fue que hospitalizaron a mi sobrino ANTONY GABRIEL TELLEZ HURTADO que tiene 3 años de edad, mi hermana estaba hasta ahora firmando contrato llevaba dos días trabajando teníamos que conseguir el sustento diario y tenía que haber un responsable por ANTHONY ahí en el hospital de MEISEN (...)*"; también lo es que tal manifestación, en la que pretende el A quo edificar la causal de ausencia de responsabilidad, carece de soporte probatorio, como quiera que cuando el sobrino del aquí procesado estuvo interno en el citado centro hospitalario, esto es, del 29 de enero al 02 de febrero del año que discurre¹⁴, el soldado no incumplió el deber de presencia que le asistía, pues ello acaeció fue a partir del 23 de febrero siguiente, como se puede constatar en el informe denuncia que dio génesis a

¹⁴ Cfr. *Epicrisis del paciente ANTHONY GABRIEL TÉLLEZ HURTADO*, Folio 101 y ss. C.O.1

esta pesquisa y es la situación fáctica por la cual fue vinculado al sumario; lo que permite colegir que dicho argumento se constituye en una falacia defensiva, carente de soporte probatorio y por ello no es aceptable la permanencia del ahora procesado ausente del cumplimiento de su deber patrio.

Ahora bien, si en gracia de discusión, existió un yerro de parte de quien suscribió la denuncia respecto de la fecha en que el SL18. **JAIR SEBASTIÁN HURTADO MARTÍNEZ** se evadió de las filas militares para dirigirse a su casa y permanecer ausente del servicio, lo mínimo que se esperaba, con el fin de verificar las exculpaciones del procesado, era escuchar en ratificación y ampliación del informe al SS. **ARIEL RODRÍGUEZ VELASCO**, Comandante de la Batería "ESPOLETA" y de la cual hacia parte el aludido soldado, pero la Instructora soslayó la práctica de dicho testimonio; igual situación acaeció en lo atinente a las circunstancias en que se presentaron los hechos configurativos del delito imputado, esto es, si la tipificación de la conducta se dio luego de cumplirse un turno de permiso otorgado o después de ausentarse sin permiso de las instalaciones castrenses por más de cinco días.

Respecto de la existencia de un estado de necesidad en el actuar del encartado, que fuera esbozado por la Instructora sin ofrecer argumento ni prueba fehaciente que respalde con solidez su tesis, observa el Colegiado que, contrario a ello, como lo señaló el apelante, el procesado obró con plena

conciencia, voluntad y sin que mediara, debidamente establecida, circunstancia alguna que lo exonerara de responsabilidad, si se tiene en cuenta que, como lo explica el mismo investigado cuando se le endilgó cargos en la injurada, y luego de relatar el presunto acompañamiento que le hizo al sobrino durante la hospitalización, "*(...) entre las fechas que tenía que volver y lo que estuve con ellos y a partir de eso como ya había pasado cinco días lo primero que pensé era que tenía que ponerme a trabajar, no pude firmar contratos porque estaba en sanidad militar y necesitaba afiliarme a una EPS, después de eso busqué trabajos informales (...)*", lo que deja entrever que el SL18. **HURTADO MARTÍNEZ** sí sabía que el comportamiento asumido, una vez superados los cinco días de ausencia al servicio, le acarrearía consecuencias jurídicas, deduciéndose así el tipo subjetivo y en consecuencia la voluntad final de acción.

No comparte la Sala el argumento esgrimido por la juez cuando aduce que el SL18. **HURTADO MARTÍNEZ** debió ponderar entre el deber de cumplir con el servicio militar y la obligación de velar por la manutención de su señora madre, pues, de una parte, no puede olvidarse que el encartado tenía el deber de presencia que desatendió y sólo él podía interrumpirlo regresando libremente a su Unidad y a partir de ahí, hacer la correspondiente gestión para obtener un permiso; y, de la otra, no existe medio de conocimiento idóneo en el infolio que permita inferir que la progenitora del soldado padecía alguna enfermedad o situación que le impidiera

trabajar en distintas actividades, por el contrario, es ella misma quien depone su aptitud laboral cuando refiere *"técnicamente yo llevo toda la vida trabajando con la familia NEIRA yo soy satélite de ellos, ellos le compran a todos lo que hagan yeso"*¹⁵, lo que es coadyuvado por el mismo procesado cuando indica que el sustento económico de su señora madre y su hermana, mientras estuvo en las filas castrenses, derivaron de *"la fábrica y un puestico de arepas que tenían... y mi papá de vez en cuando ayudaba"*.

Además, señala la progenitora del SL18. **HURTADO MARTÍNEZ**, que durante el tiempo que permaneció desertado su hijo **JAIR SEBASTIÁN** no pudo conseguir trabajo, así lo refiere: *"Intentó encontrar trabajo pero no fue posible porque está en Sanidad Militar pero no fue posible porque en cualquier trabajo que lo van a recibir no puede porque está en Sanidad Militar"*¹⁶ (sic). Lo que sugiere, una vez más, que lo prevalente a ese momento era un interés general, toda vez que el particular jamás estuvo en riesgo, así, el bajo banderas al servir a la sociedad, por medio del servicio militar, no está lesionando la integridad familiar, por cuanto ésta no es incompatible con los deberes sociales de todo ciudadano. Razón por la cual, reiteramos, conforme al acervo probatorio militante, resulta claro que la señora madre del procesado no atravesaba una situación económica contingente, ni era inminente la certeza de su desprotección si el joven **HURTADO**

¹⁵ Folio 92 C.O.

¹⁶ Folio 92 C.O.

MARTÍNEZ continuaba prestando el servicio militar. No se observa, por ello, que se haya generado un perjuicio irremediable, en virtud a que la ascendiente de éste contaba con el amparo y apoyo económico de su hija **JENNY TATIANA** y, eventualmente, de la expareja, lo cual se colige de los testimonios ofrecidos por los mismos consanguíneos del encartado.

Frente al aludido estado de necesidad por colisión de deberes, debe recordarse que se trata de un efectivo conflicto entre dos bienes jurídicamente tutelados en los que se advierte una situación de peligro actual o inminente no creada por el necesitado, en donde se sacrifica el bien inferior para salvaguardar el interés jurídico más valioso, siempre que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para evitar el mal que se trata de impedir.

En el asunto objeto de análisis, si bien es cierto el procesado tenía el deber de auxiliar a su progenitora, también lo es que la señora **ALBA ROCÍO MARTÍNEZ MARTÍNEZ** no estaba en una situación de extrema enfermedad o de absoluto abandono o desamparo, pues es madre de cuatro hijos, uno de ellos cohabitaba de manera permanente con ella, es decir, en punto de un estado de abandono o de la manutención de la mencionada dama no resulta cierto que aquello ocurriera y, respecto de esto, que sólo dependiera de **JAIR SEBASTIÁN HURTADO MARTÍNEZ**, lo que sugiere que, conforme a la prueba obrante, no

hubo la aludida colisión de deberes que aduce la Instructora para finiquitar de manera anticipada la actuación.

Para ahondar en razones, recuérdese que el estado de necesidad como causal excluyente de responsabilidad penal es una figura jurídica en la que se valora el cumplimiento de dos bienes jurídicos de los cuales uno debe ceder ante el otro, pero ello obra en punto de la observancia de varios requisitos, que, dicho sea, la juez *A quo* no se ocupó de su análisis juicioso para establecer que realmente del resultado de la ecuación devendría la causal que invocó para darle paso a la terminación anormal del proceso; entre dichas exigencias se destaca: a) que exista peligro para una persona, entendida como la situación que, pese las circunstancias temporo-espaciales en que se presenta, ha de considerarse con aptitud suficiente para ocasionar daño¹⁷; b) que ese peligro sea grave, inminente e inevitable, entendiéndose como grave aquel que comprende la existencia misma del derecho de tal manera que, de concretarse en un daño, lo destruiría o le causaría seria lesión, exigencia que resulta explicable si se tiene en cuenta que en el estado de necesidad el actor busca salvarse del peligro con acción ofensiva que recae sobre personas inocentes; y, en punto del peligro inminente, es el que está próximo a convertirse en evento dañoso, sin embargo, para efectos penales la expresión ha de entenderse con

¹⁷ *Manual de Derecho Penal General, Décima sexta edición, MARIO ARBOLEDA VALLEJO Y JOSÉ ARMANDO RUIZ SALAZAR, Uniacademia Leyer, Pág. 321*

relativa amplitud, de tal manera que comprenda la racional agravación de un peligro que ya comenzó a mostrar sus efectos (una tormenta cuya intensidad aumenta progresivamente), o simplemente la permanencia en el tiempo de un evento lesivo; de suerte que si el peligro no se ha transformado a una situación dañosa esta debe aparecer como objetivo probable y, si el evento se produjo, sus efectos dañosos han de persistir en el momento en que se actúa.

Con respecto a la inevitabilidad del peligro se entiende que dadas las circunstancias personales, temporales y espaciales en que el agente debió ejecutar la acción lesiva para salvarse a sí mismo por liberar a otro del peligro, haya sido la más eficaz y, a la vez, la que causó el menor daño posible al titular del bien jurídico afectado. En otras palabras, debe quedar demostrado que en el caso concreto no se disponga de otro medio idóneo para contrarrestar eficazmente el peligro que el utilizado, lo que significa que si el agente, debiendo actuar diversamente para evitar el riesgo, lesionó innecesariamente el interés jurídico ajeno, por ello no puede ampararse en esta causal¹⁸; c) que no se haya ocasionado por obra propia, es decir, de manera voluntaria y directa por el agente que alega la eximente de responsabilidad, cuando se trate de un hecho penalmente indiferente y la que se ejecuta dolosa o culposamente, cuando se configura

¹⁸ Extraído con apoyo del texto vertido, págs. 321, 322

infracción penal¹⁹; que no deba afrontarse por obligación profesional, lo que significa que dicho deber se adjudica para aquellas personas que con ocasión de su oficio, profesión o cargo o en virtud de circunstancias especiales, deben afrontar los riesgos ajenos al cumplimiento de su deber, ejemplo el capitán de barco, el militar, el policía, el médico, etc.²⁰; d) que la conducta del agente sea adecuada a la magnitud del peligro corrido, esto es, que ha de mediar racional proporción entre la naturaleza del bien jurídico que se pretende tutelar y la entidad del daño que para salvarlo se ocasiona²¹.

En este orden de ideas, no encuentra la Sala el respaldo probatorio para corroborar el estado de necesidad pregonado por la juez para disponer la cesación de procedimiento a favor del SL18. **HURTADO MARTÍNEZ**, máxime que, de lo recaudado a este momento, no se advierte elementos de juicio que den sustento a dicha tesis, por el contrario, la prueba testimonial obrante en el plenario demuestra que la voluntad final del mencionado uniformado fue abandonar el servicio militar, pese a conocer que su actuar constituía el reato de deserción, motivo por el cual las aspiraciones del disidente tienen vocación de éxito.

No puede olvidarse que es deber del funcionario que se ocupa de estudiar el proceso a fondo, al punto de

¹⁹ *Ibidem* pág. 322

²⁰ *ibidem*

²¹ *Ibidem* citando además a ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Antijuridicidad*, Editorial Temis 1999, Bogotá págs. 76 y ss.

llevar al término de la investigación, auscultar y verificar que se han aducido todas las pruebas necesarias para demostrar, más allá de toda duda razonable, que la cesación de procedimiento es el único camino a seguir, para evitar el desgaste judicial en procura de una mejor administración de justicia.

Finalmente, y como quiera que en este estadio procesal no considera el Colegiado viable entrar a determinar posibles responsabilidades por cuanto el proceso adolece de varias pruebas que son necesarias, conducentes y pertinentes para que el juez de instrucción una vez allegadas y analizadas entre a establecer de manera objetiva, fundamentada en todos y cada uno de los postulados que se han vertido en esta providencia, si se sostiene con su criterio de terminar el proceso decretando cesación de procedimiento o en su defecto, dar trámite a la Fiscalía Penal Militar competente para que allí, en un examen más profundo se tome una decisión en torno a la probable responsabilidad o justificación del hecho al parecer cometido por el SL18. **JAIR SEBASTIÁN HURTADO MARTÍNEZ.**

Consecuente con las anteriores consideraciones, hasta este momento procesal no se halla acreditada en grado de certeza ninguna de las causales consagradas en el artículo 231 del Código Penal Militar de 1999, que permita fundar decisión judicial mediante la cual se decrete la terminación anticipada del proceso, por lo cual, se revocará el

numeral segundo de la providencia adiada 25 de abril de 2022, proferida por el Juzgado 121 de Instrucción Penal Militar, mediante la cual decretó cesación de procedimiento a favor del SL18. **JAIR SEBASTIÁN HURTADO MARTÍNEZ.**

Sin más consideraciones jurídicas, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial,

IX. RESUELVE:

PRIMERO: ATENDER los argumentos del apelante y, en consecuencia, revocar el numeral segundo de la parte resolutive del proveído adiado 25 de abril de 2022, a través del cual el Juzgado 121 de Instrucción Penal Militar decretó cesación de procedimiento a favor del SL18. **JAIR SEBASTIÁN HURTADO MARTÍNEZ** dentro del sumario que se le impulsa por la presunta comisión del reato de deserción, para en su lugar ordenar la continuidad de la actuación procesal, de conformidad con los motivos expuestos a lo largo de esta decisión.

SEGUNDO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el proceso 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 Y CÚMPLASE.

(...)

Coronel **JOSÉ ABRAHAM LÓPEZ PARADA**
Magistrado Ponente

Coronel **ROBERTO RAMÍREZ GARCÍA**
Magistrado

Teniente Coronel **JORGE NELSON LÓPEZ GALEANO**
Magistrado

BERLEDIS BANQUEZ HERAZO
Secretaria