REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala	**:**	**Segunda de Decisión**
Magistrado Ponente	**:**	**TC. JOSÉ MAURICIO LARA ÁNGEL**
Radicación	**:**	**159923 - XVI - 128 - EJC**
Procedencia	**:**	**Juzgado Séptimo de Brigada Penal Militar.**
Procesado	**:**	**SL. QUENER SABOGAL DÍAZ**
Delito	**:**	**Deserción**
Motivo de alzada	**:**	**Apelación sentencia condenatoria**
Decisión	**:**	**Confirma**

Bogotá, D.C., nueve (09) de agosto dos mil veintitrés (2023)

I. ASUNTO POR RESOLVER

Conoce la Segunda Sala de Decisión del recurso de apelación incoado por la Representante del Ministerio Público **MERCY CRISTINA VELÁSQUEZ MÉNDEZ** Procuradora 300 Judicial I Penal, contra la sentencia proferida el 13 de abril de 2023[1] por el Juzgado Séptimo de Brigada Penal Militar con sede en Bogotá, mediante la cual se condenó al **SL18. QUENER SABOGAL DÍAZ** a la pena

[1] Cuaderno original No. 2 folio 223 y ss.

principal de prisión de doscientos cuarenta (240) días como autor del delito de deserción, absteniéndose de otorgarle el subrogado de la condena de la ejecución condicional de la pena.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

Los hechos jurídicamente relevantes han sido expuestos en el desarrollo del proceso, así:

> *"El 28 de julio de 2021 el SL18 SABOGAL DÍAZ QUENER abandonó las instalaciones militares del Batallón de Instrucción, Entrenamiento y Reentrenamiento No.9 sin autorización de sus superiores, quienes intentan tomar contacto telefónico con el soldado, sin obtener respuesta, siendo retirado del servicio mediante OAP 1248 del 08 de noviembre de 2021 por concepto jurídico 0018 de 1983 y solo se volvió a saberse de su paradero hasta el 06 de julio de 2022, cuando rindió indagatoria dentro del presente proceso"*[2]

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1- Mediante oficio No. 2021802011336653 MDN-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMOP-DIV5-BR09-BATEN09-S1-1.P[3] se pone en conocimiento de la jurisdicción castrense la ausencia sin permiso por más de 5 días del bajobanderas, motivo por el cual el Juzgado 74 de Instrucción Penal Militar y Policial, ordenó la

---

[2] Cuaderno original No. 2 folio 223
[3] Cuaderno original No. 1 folio 1 y ss.

apertura de investigación formal[4] contra el uniformado, por el delito de DESERCIÓN.

3.2- El 26 de abril de 2022 se vinculó formalmente al proceso mediante diligencia de indagatoria al SL18. QUENER SABOGAL DÍAZ[5] y, el 08 de agosto del mismo año el Juzgado Instructor a cargo de la investigación resolvió la situación jurídica provisional absteniéndose de imponer medida de aseguramiento[6].

3.3- La fase de calificación se surte en la Fiscalía 144 Penal Militar ante el Juzgado de Primera Instancia Séptimo de Brigada, quien ordenó el cierre de la etapa de investigación el 25 de noviembre de 2022[7], calificó el mérito del sumario mediante resolución de acusación contra el procesado el 15 de diciembre de 2022[8] por el punible de deserción.

3.4- La Corte Marcial se celebró el 11 de abril de 2023 por el Juzgado Séptimo de Brigada Penal Militar[9], quién profirió sentencia el 13 de abril del mismo año[10] contra el SL. QUENER SABOGAL DÍAZ por el delito de deserción, condenándolo a la pena principal de doscientos cuarenta (240) días de prisión, absteniéndose de otorgarle el subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena.

---

[4] Cuaderno original No. 1 folio 22 y ss.
[5] Cuaderno original No. 1 folio 148 y ss.
[6] Cuaderno original No. 1 folio 161 y ss.
[7] Cuaderno original No. 1 folio 182.
[8] Cuaderno original No. 1 folio 190 y ss.
[9] Cuaderno original No. 2 folio 219 y ss.
[10] Cuaderno original No. 2 folio 223 y ss.

3.5- No obstante, dentro de los términos de ley el Ministerio Público interpuso recurso de apelación contra la sentencia condenatoria[11], motivo por el cual el Juzgado Séptimo de Brigada Penal Militar, remite las diligencias al Tribunal Superior Militar y Policial el 03 de mayo de 2023[12].

IV. PROVIDENCIA RECURRIDA

4.1- El fallador de primer grado argumenta que, de conformidad al material probatorio recolectado en la investigación, se encuentran los presupuestos exigidos por el artículo 396 de la codificación castrense para proferir sentencia condenatoria, estructurándose adecuadamente el delito de deserción en tipicidad objetiva y subjetiva, la primera al abandonar sus deberes propios del servicio militar obligatorio por más de cinco días, y; la segunda de tipo subjetivo por que el encartado conocía y comprendía la ilicitud de ausentarse del lugar donde debía cumplir sus deberes militares y las consecuencias de su actuar, refiriéndose a su voluntad, la cual estaba dirigida a abandonar su servicio militar incumpliendo con el mandato legal.

Respecto a la calificación del sujeto activo, estableció que para la fecha de los hechos el investigado cumplía con la calidad de soldado regular, como miembro del Ejército Nacional perteneciente al Batallón de Artillería No.9 "TENERIFE"[13].

---

[11] Cuaderno original No. 2 folio 267 y ss.
[12] Cuaderno original No. 2 folio 259
[13] Cuaderno Original No.1 folio 2

4.2 La Juez de Primera Instancia descarta la tesis del Ministerio Público con relación a la duda respecto del elemento volitivo del dolo, como quiera que se basa en testimonios de un soldado y dos comandantes del encartado, los cuales plasman al unísono que el soldado al parecer consumía sustancias psicoactivas, afirmando que se tratan de conjeturas y comentarios de los compañeros; enfatiza que del plenario no se desprende de manera perentoria la práctica de prueba pericial que exige la procuradora; en razón, que en su injurada no refiere problema alguno de adicción y menos que fuera esta la causa del abandono al servicio.

4.3- Como categoría dogmática se pronuncia frente a la antijuridicidad especificando que, en el caso concreto se estructura la formal y material teniendo en cuenta que efectivamente existe una conducta contraria a la norma y que su despliegue lesiona el bien jurídico del servicio, donde no se requiere un resultado material, solo la potencialidad de poner en peligro el deber funcional institucional, el cual se ve afectado cuando el soldado abandona sus deberes con la patria.

4.4- De la culpabilidad expresa que el soldado no presentaba trastorno mental o inmadurez psicológica que le impidiera comprender su comportamiento y consecuente con ello autodeterminarse, conocía de la ilicitud de su conducta y de sus consecuencias, siéndole exigible un comportamiento acorde a la Ley.

4.4- En relación con la pena, establece que no se observa ninguna circunstancia especial de agravación, pero sí de menor punibilidad frente al tipo penal imputado, por lo que impone la pena principal de doscientos cuarenta (240) días de prisión, y no concede la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa disposición de la ley.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La Representante del Ministerio Público **MERCY CRISTINA VELÁSQUEZ MÉNDEZ** Procuradora 300 Judicial I Penal, presenta y sustenta dentro de los términos de ley recurso de apelación contra la sentencia condenatoria calendada 13 de abril de 2023, sosteniendo que el procesado al ser consumidor de sustancias alucinógenas tenía afectada su capacidad volitiva, así:

5.1-Cuestiona la valoración que hace la Juez de Instancia, de cara a las declaraciones que afirman que SL. QUENER SABOGAL DÍAZ era consumidor de sustancias psicoactivas, reprochando la validez que efectúa la Funcionaria Judicial al solo dar credibilidad a lo manifestado por el encartado en su injurada que abandonó sus deberes por ayudar a su familia y no ante *"el consumo de sustancias psicoactivas adicción"*; enfatiza que una posible causa fue la adicción a las drogas la que ocasionó en el soldado el abandono a la prestación a su servicio militar,

existiendo dudas en la parte volitiva del dolo que no fueron tenidas en cuenta por el *A quo*.

De otro lado, alude a la providencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala Penal MP. EUGENIO FERNÁNDEZ CARTIER radicado No. 4170 del 9 de marzo de 2016, que hace referencia al porte de dosis personal en relación con el aprovisionamiento del consumidor para su propio consumo que sobrepase la dosis mínima.

5.2- Afirma que la prueba obrante en el proceso demuestra la condición de consumidor del SL. QUENER SABOGAL DÍAZ, lo que significa que se encontraba enfermo, que no le otorgaron los tratamientos para su recuperación, y consecuente con ello evitar que el encausado se ausentara de su servicio militar.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora 3ra Judicial II Penal -doctora **DIDIMA ROMERO ALVARADO-**, refiere frente los argumentos presentados por la apelante contra la sentencia condenatoria proferida contra el SL. QUENER SABOGAL DÍAZ que, no puede aseverarse que todo consumidor de sustancia psicoactivas es un enfermo y menos con base en declaraciones como quiera que de aceptarse tal premisa todo consumidor se debería absolver de los delitos que cometiera.

Afirma que el *A quo*, realiza un análisis pormenorizado del material probatorio obrante en el sumario, sin que se presente dicha valoración sesgada, errónea o

incompleta, dado que la mayoría son testigos de oídas y especulan sobre la posible deserción del encartado.

Precisa que la jurisprudencia aludida por la recurrente no guarda relación con el caso concreto ni es un precedente, en razón a que lo investigado es una evasión a los deberes militares y no un aprovisionamiento de quien es adicto a las sustancias estupefacientes, el cual es el objeto de estudio de nuestro órgano de cierre en la providencia en cita.

En este orden de ideas, afirma que la Juez de Instancia se ajusta a la normatividad vigente y por ende la Representante del Ministerio Público ante la Segunda Instancia no presenta observaciones a la decisión del *A quo* y solicita su confirmación en todas sus partes.

VII. DE LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación cuya resolución concita la atención de la Sala Segunda de Decisión en el presente evento, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 238.3 de la Ley 522 de 1999, normatividad que de cara a la ritualidad procesal, ha venido siendo aplicada tanto respecto de procesos penales por hechos acontecidos con anterioridad al 17 de agosto de 2010, fecha de entrada en vigencia el Código Penal Militar *ejusdem*[14], como de los ocurridos con posterioridad a

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

la misma por encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico Colombiano el Código Penal Militar de 2010, Ley 1407, mismo que resulta aplicable al caso *sub judice* dada la fecha de ocurrencia de los hechos materia de investigación en lo que corresponde a los aspectos sustanciales y algunos procesales de contenido sustancial, mientras se produce en la jurisdicción foral la implementación sucesiva del sistema acusatorio en los términos del título XIX de la última de estas codificaciones, y además dada la naturaleza procedimental de la presente causa penal, la etapa en que se encuentra y lo preceptuado por el artículo 628 del códice de 2010[15].

En el mismo sentido es necesario precisar, que las consideraciones de esta decisión abordarán únicamente las solicitudes planteadas por la impugnante en el recurso de apelación, conforme al principio de limitación impuesta por el artículo 583 del códice de 1999; sin embargo, la competencia se extenderá también, a aquellos temas inescindibles al problema jurídico planteado en el recurso.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala a examinar los argumentos persuasivos, expuestos en el recurso de apelación presentado por la Representante del Ministerio Público **MERCY CRISTINA VELÁSQUEZ MÉNDEZ** Procuradora 300 Judicial I

---

[15] Ley 1407 de 2010, artículo 628, "Derogatoria y vigencia. La presente ley regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1° de enero de 2010, conforme al régimen de implementación. **Los procesos en curso continuarán su trámite por la Ley 522 de 1999 y las normas que lo modifiquen**." (Destacado de la Sala).

Penal, contra la sentencia calendada 13 de abril de 2023 proferida por el Juzgado Séptimo de Brigada Penal Militar, mediante la cual se condena al SL. QUENER SABOGAL DÍAZ como autor del delito de deserción, a la pena principal de prisión de doscientos cuarenta (240) días, negándole a su vez el beneficio de suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Por considerarlo pertinente al asunto que hoy concita nuestra atención, esta Corporación dentro de la función otorgada por la ley, frente al control de legalidad y principio de limitación que permiten la revisión de los aspectos que contrae la apelación y los que resulten necesariamente vinculados[16], hará referencia inicialmente al último pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal[17], en el cual se refirió en relación al término de prescripción de la acción penal sobre el delito de deserción, para ello, la Sala desarrollará el temario de la siguiente manera:

i) Del Precedente judicial.
ii) Fuerza vinculante del precedente judicial.
iii) Como se puede apartar del precedente judicial.
iv) Precedente judicial frente a la prescripción en el delito de deserción.
v) Del caso en concreto.

8.1- Del precedente judicial.

16 Corte Suprema de Justicia. AP4640-2022 Radicado 61078 Acta 137 MP. DR. HUGO QUINTERO BERNATE
17 Corte Suprema de Justicia. AP1796-2023 Radicado 63620, MP. DR. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.

La Corte Constitucional, como órgano encargado de salvaguardar la supremacía e integridad de la Constitución Política, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia como tribunales de cierre en lo contencioso administrativo y la Jurisdicción Ordinaria respectivamente, tienen el deber de unificar la jurisprudencia al interior de cada jurisdicción, siendo así que las providencias emanadas de estás se conviertan en precedente judicial tal y como lo contemplan los artículos 235, 237 y 241 de la Constitución Política, con el fin de garantizar la seguridad jurídica y la confianza legítima mediante su obligatorio cumplimiento[18].

El precedente judicial encuentra su definición por parte de la Corte Constitucional como *"la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que, por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo"*[19]. Por otro lado, la doctrina ha precisado que es un mecanismo jurisdiccional, el cual tiene su origen en el principio *stare decisis*[20], que consiste

[18] Sobre la definición de precedente, las sentencias T-292 de 2006, M. P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, SU-047 de 1999 y C-104 de 1993, en ambas M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO SU-354 del 2017. M. P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO.
[19] Corte Constitucional. Sentencia SU-354 del 2017. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO.
[20] Cruz-Rodríguez, Michael. "La construcción judicial del stare decisis en Colombia (1991-2018). Latin American Law Review, n.° 09 (2022). "el stare decisis, entendido como la obligatoriedad del precedente judicial para fijar y resolver un litigio, fue objeto de una construcción judicial que solo después de dos décadas tuvo eco en los actores políticos y la legislación."

en dar aplicación a lo decidido en casos anteriores sobre situaciones nuevas en contextos similares[21].

Es decir, el precedente es la decisión de una controversia anterior que contiene puntos de hecho y de derecho similares y por tal motivo, interviene en la controversia actual, de esa forma, se aplica específicamente, a la *ratio decidendi* en casos análogos determinados.

La importancia de respetar el precedente obedece a dos razones de índole distinta pero que en todo caso se complementan, i) se basa en la necesidad de salvaguardar el derecho a la igualdad, los principios de seguridad jurídica y buena fe de aquellas personas que acceden a la administración de justicia, esto en relación a que el desconocimiento de decisiones anteriores en casos semejantes implicaría la violación de los derechos y principios ya mencionados y; ii) el reconocimiento del carácter vinculante, tal y como lo explica la Corte Constitucional, se funda en la postura teórica la cual señala que *"el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales (…), sino una práctica argumentativa racional".* por tal motivo el precedente adquiere la categoría de "*fuente del derecho aplicable al caso en concreto"*[22].

[21] Corte Constitucional. Sentencia SU-354 del 2017. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO.
[22]Corte Constitucional. Sentencia SU-053 de 2015. M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

En ese sentido, para determinar si el precedente es aplicable a un caso o no, la Corte Constitucional en sentencia T-292 de 2006[23] formula ciertos criterios para tener en cuenta al momento de dicha aplicación: i) que dentro de la *ratio decidendi*[24] de dicha sentencia se halle una regla jurisprudencial aplicable al caso por resolver; ii) que la *ratio* resuelva un problema jurídico análogo al propuesto en el nuevo caso y; iii) que los hechos sean semejantes a los resueltos en casos anteriores[25].

Lo anterior nos permite afirmar que, frente a la ausencia de los criterios establecidos y mencionados anteriormente, no sería predicable su constitución como precedente judicial, por tal motivo no se le podría exigir al juez dar aplicación al mismo.

8.2- Fuerza vinculante del precedente judicial.

En la actualidad está ampliamente reconocido el precedente judicial como fuente de derecho, así como también su carácter obligatorio y vinculante de lo emanado por la Corte Constitucional en todo el ordenamiento jurídico y la Corte Suprema de Justicia en su respectiva jurisdicción, tal y como lo explica la sentencia C-816 de 2011: "*la fuerza vinculante de*

---

[23]Reiterada en muchas oportunidades. Sentencia T-794 de 2011, M. P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, Sentencia T-1033 de 2012, M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO y Sentencia T-285 de 2013, M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.
[24]Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999. Magistrados Ponentes. CARLOS GAVIRIA DÍAZ Y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO "la *ratio decidendi* es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutiva."
[25]Corte constitucional. Sentencia SU-053 de 2015. M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

las decisiones de las denominadas altas cortes surge de su definición constitucional como ***órganos jurisdiccionales de cierre, condición que les impone el deber de unificación jurisprudencial en sus respectivas jurisdicciones[26]"****(*negrilla fuera de texto), como se menciona en párrafos anteriores es menester de estos órganos de cierre la unificación jurisprudencial para brindar uniformidad en la aplicación e interpretación, todo esto en desarrollo al deber de igualdad y el trato debido a las personas, mediante la fuerza vinculante de las decisiones judiciales superiores[27].

Por lo anterior es pertinente mencionar, que el precedente judicial se divide en dos clases, el *horizontal* y *vertical*, el primero de estos obedece a las decisiones emanadas por los jueces de igual rango es decir el respeto que debe tener un juez por sus propias decisiones y las proferidas por aquellos de su misma categoría, por otro lado, el precedente vertical son todas aquellas decisiones emanadas por las Altas Cortes respecto de los jueces de inferior categoría dentro de su jurisdicción; siendo así que estas decisiones al provenir de las autoridades encargadas de unificar la jurisprudencia limitan la autonomía del juez, toda vez que éste debe respetar la postura de su superior jerárquico (Altas Cortes o Tribunales).

---

[26]Corte Constitucional. Sentencia C-816 de 2011. M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.
[27] Corte Constitucional. Sentencia SU - 053 de 2015. M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Acorde con lo anterior, la Corte Constitucional ha sido enfática al manifestar que el precedente judicial no se limita a la jurisprudencia proveniente de la Corte Constitucional si no que, atiende también a aquellas decisiones emanadas de las Altas Cortes[28], conforme a lo referido en la en la sentencia C-335 de 2008, en donde puntualiza al respecto que:

> *"Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redunda en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, (…) la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares."*[29]

Para concluir, las Altas Cortes como órganos de cierre de las jurisdicciones, desempeñan un papel fundamental al momento de unificar la jurisprudencia, todo esto en base a los fundamentos constitucionales como la igualdad, buena fe, la seguridad jurídica y necesidad de coherencia dentro del orden jurídico de su competencia[30].

---

[28] Corte Constitucional. Sentencia SU - 354 de 2017. M.P. IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO.
[29] Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 2008. M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.
[30] Corte Constitucional. Sentencia SU - 053 de 2015. M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

8.3- Cuándo se puede apartar del precedente judicial.

En ese orden de ideas, la unificación jurisprudencial hecha por las Altas Cortes como se mencionó anteriormente es aplicable de forma general e inmediata, en sentido *horizontal* y *vertical*, pero es de resaltar que esta aplicación se debe efectuar a la luz de los lineamientos y definiciones establecidas por el órgano de cierre, sin perjuicio que de manera excepcional una autoridad judicial pueda apartarse de dicho precedente[31].

Lo anterior quiere decir que, ante la obligatoriedad de la vinculación general e inmediata de dicha jurisprudencia, es necesario tener en cuenta los contextos procesales y sustanciales de los casos en particular para evitar, que so pretexto de la aplicación del precedente se violen derechos fundamentales[32].

Por consiguiente, la Corte Constitucional ha manifestado que en ciertas circunstancias específicas y bajo una estricta exigencia argumentativa, es dable modificar las reglas fijadas en el precedente jurisprudencial, siendo así, tales exigencias permiten fortalecer aquellos mismos principios que rigen el precedente de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, dentro de la medida en

---

[31] Corte Constitucional. Sentencia SU - 406 de 2016. M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.
[32] Ibídem.

que impiden que el precedente judicial se convierta en materia discrecional[33].

En esos términos, se ha señalado que la posibilidad de cambiar el precedente judicial por parte de los órganos de cierre, es posible siempre y cuando se cumpla con una carga argumentativa que exponga las razones que justifican el cambio; al respecto la Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos ha precisado que:

> *"…para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho."*[34]

También señala la importancia de que la carga argumentativa que permita apartarse del precedente judicial sea estrictamente correcta, en los siguientes términos:

---

[33] Ibídem.
[34] Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999, C-795 de 2004 y C-532 de 2013.

> *"…la carga argumentativa del juez que se desliga del precedente implica una exigencia tal, que si él no realiza una debida justificación de las razones que lo alejaron de tal precedente constitucional se genera un defecto que puede viciar la decisión. El desconocimiento, sin debida justificación, del precedente judicial configura un defecto sustantivo, en la medida en que su respeto es una obligación de todas las autoridades judiciales -sea éste precedente horizontal o vertical"*[35]

Bajo esas mismas premisas la Corte en sentencia T-794 de 2011 reitera que el operador judicial puede apartarse del precedente siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos:

> *"(i) Debe hacer referencia al precedente que abandona, lo que significa que no puede omitirlo o simplemente pasarlo inadvertido como si nunca hubiera existido (principio de transparencia).*
>
> *(ii) En segundo lugar, debe ofrecer una carga argumentativa seria, mediante la cual explique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales considera que es necesario apartarse de sus propias decisiones o de las adoptadas por un juez de igual o superior jerarquía (principio de razón suficiente)"*[36]*.*

---

[35] Corte Constitucional. Sentencia C-621 de 2015. M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.
[36] Corte Constitucional. Sentencia T-794 de 2011. M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Sin embargo, nuestra Corte Constitucional es consciente de que no todas las decisiones judiciales proferidas por las Altas Cortes pueden constituirse en precedente, toda vez que el primer paso es valorar si tal pronunciamiento cumple con las exigencias establecidas para ellos, las cuales son:

> *"(i) que sea **consistente**, aun cuando no sea idéntica y uniforme, y salvo que resulte abiertamente contradictoria, caso en el cual no puede hablarse de una regla normativa generalmente acogida; (ii) que esté plenamente **consolidada o afianzada**, como se mencionó, una sola opinión doctrinal o una decisión judicial de los órganos de cierre de la respectiva jurisdicción -Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado-, no alcanza a conformar un criterio dominante de interpretación; y que sea relevante o significativa, en cuanto permita señalar el verdadero espíritu de la norma o determinar sus alcances y efectos"*[37]*. Negrillas propias.*

A manera de conclusión, esta Sala precisa que el precedente judicial es una herramienta vital para el ordenamiento jurídico pues a través de ésta se salvaguardan principios y derechos constitucionales, lo cual le da ese carácter obligatorio; pero no es menos cierto que su aplicación debe ser analizada en los casos puntuales donde los jueces pretendan emplearlo, valorando el contexto de la situación en particular para determinar si es necesario continuar o apartarse de la línea jurisprudencial, siendo obligatorio en caso de optar por esta última opción

---

[37] Corte Constitucional – Sentencia C-258 del 7 de mayo de 2013. M.P. DR. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

el cumplimiento de los requisitos mencionados anteriormente.

Cabe resaltar que, los cambios de precedente pueden dar lugar a afectaciones precisas en procesos judiciales que se encuentren en trámite, circunstancia en la que el funcionario judicial se encuentra frente ante dos interpretaciones en donde la una a sido posterior a la otra, lo que puede producir un mayor impacto cuando el cambio de precedente afecta una actuación procesal que se inició al amparo de la línea jurídica anterior[38].

Lo anterior hace referencia a que los sujetos procesales inician con la confianza legítima de que le serán aplicadas ciertas reglas procedimentales (las del precedente vigente al momento de la iniciación en la actuación), por lo que una variación de la línea jurisprudencial aplicada de manera errada puede derivar en la violación de garantías fundamentales. En este sentido el Consejo de Estado realiza un análisis de la aplicación del precedente modificado a la luz de la Constitución, no con el fin de desconocer las reglas generales si no, por el contrario, para que se realice una ponderación en la cual se tenga en cuenta una posible afectación al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, definiendo lo siguiente:

[38] Corte Constitucional. Sentencia SU - 406 de 2016. M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.

> *"…el acceso efectivo a la justicia no puede asegurarse sobre la base de criterios inciertos acerca de la manera como se pueden hacer valer las pretensiones. De ahí que si la jurisprudencia de un órgano de cierre, en un momento determinado señaló un derrotero y este es seguido por el usuario de la administración de justicia en materia de la acción pertinente para demandar, no puede luego sorprenderse a éste último con abruptos cambios jurisprudenciales, que en últimas comprometan el núcleo esencial de su derecho fundamental de libre acceso a la jurisdicción."*[39]

Criterio jurídico que igualmente fue abordado por la Corte Constitucional al concluir que ante una variación en el precedente judicial, el funcionario judicial debe establecer, a partir de un análisis fáctico y jurídico, si es aplicable o no el cambio de línea, previendo la afectación de derechos fundamentales por la modificación de las reglas procesales con las cuales los sujetos habían actuado o iniciado su actuación, en estos casos el juez pertinente puede, excepcionalmente inaplicar un criterio jurisprudencial vigente al momento de proferir el fallo[40].

8.3.- Del precedente judicial frente a la prescripción en el delito de deserción.

[39] Corte Constitucional. Sentencia T-416 de 2016. M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. SU-406 de 2016. M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.
[40] Corte Constitucional. Sentencia SU -406 de 2016. M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.

Frente al tema puntual que nos atañe, ha analizado esta Sala la línea que constituye el precedente jurisprudencial de la prescripción en el delito de deserción emanada por nuestro órgano de cierre, observando que desde el año 2002 cuando estaba en albores la Ley 522 de 1999, la corte se pronunció frente a ese tránsito legislativo con el decreto 2550 de 1988, y en decisiones siguientes correspondientes a los años 2015 y 2021, hace lo propio frente a la Ley 522 de 1999 y la Ley 1407 de 2010, dejando en claro su postura al manifestar que la aplicación de la ley y sus ritualidades procesales están sujetas a su implementación tal y como lo argumenta en decisión del 15 de julio de 2015:

> *"Es decir, a pesar de que la Ley 1407 de 2010 entró en vigencia el 17 de agosto de ese año, no ha sido viable aplicarla en cuanto hace al sistema penal acusatorio por cuanto simplemente no ha sido posible su implementación, luego los procesos, así se trate de hechos ocurridos con posterioridad al 17 de agosto de 2010, se han tramitado de conformidad con los ritos contenidos en la Ley 522 de 1999"*[41].

Postura que ha sido señalada en pretéritas oportunidades por la Honorable Corte Suprema de Justicia, así:

> *"Cabe precisar que no obstante la fecha de comisión de los hechos, febrero de 2011, la norma procesal*

[41] Corte Suprema de Justicia. Radicado No. 45632 del 15 de julio de 2015. M.P. Dr. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

aplicable para este caso resulta ser la Ley 522 de 1999, toda vez que si bien la Ley 1407 de 2010, según la sentencia C-444 de 2011, sólo rige para sucesos acontecidos con posterioridad al 17 de agosto de 2010 por ser esta la fecha en la que dicha norma entró en vigencia,… la procedencia del recurso de casación para el presente asunto, corresponde ser analizada bajo los artículos 368 y siguientes de la Ley 522 de 1999, primera normativa mencionada"[42].

Y en pronunciamiento mediante Rad. No. 41600, refirió:

"Pese a que los hechos que originaron el proceso penal… ocurrieron el 26 de enero de 2012, el procedimiento atiende los lineamentos del Código Penal Militar de 1999, debido a que la nueva legislación –Ley 1407 de 2010- a la fecha no cuenta con un régimen de implementación, como lo ordena el artículo 623 de la última norma en mención, a fin de aplicar el sistema con tendencia acusatoria"[43].

Ahora bien, en punto a la prescripción de la acción penal, indica que aquellos procesos iniciados con la Ley 522 de 1999 estarían sujetos a que su prescripción fuese la consignada en esa ley; postulado que es aplicable no solo a las actuaciones procesales que se adelantan por el delito de deserción, sino a los demás tipos penales que se conocen bajo esta ritualidad procesal, veamos:

---

[42] Corte Suprema de Justicia. Radicado 42106 del 11 de diciembre de 2013. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.
[43] Corte Suprema de Justicia. Radicado 41600 del 13 de agosto de 2014. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR.

"…todas aquellas actuaciones cuyo trámite haya iniciado con la Ley 522 de 1999, deben someterse a este Estatuto -incluyendo, por supuesto, lo concerniente a los términos o a la oportunidad para interponer los recursos de ley-; … solo las rituadas bajo la Ley 1407 de 2010 deben acatar las reglas y presupuestos procesales en ella descritos, en particular, tratándose del recurso de casación, los artículos 343 a 354.

Al respecto, ha reiterado la Sala que, para identificar la norma aplicable a cada caso, se debe verificar el estatuto adjetivo punitivo castrense que rige cada asunto, es decir, cuál ha sido el procedimiento legal aplicado a las diligencias por las autoridades judiciales encargadas de tramitar la instrucción y el juicio"[44].

Teniendo presente hasta este punto que, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al manifestar que el término de prescripción de la acción penal para este tipo penal en estudio, corresponde al tiempo fijado en la Ley 522 de 1999, en contraposición a tal postulado el reciente pronunciamiento de este Alto Tribunal del 21 de junio de 2023, en el que estableció que dicho término corresponde al señalado para esta conducta delictiva en la Ley 1407 de 2010, esto es, de un año, argumentando de manera genérica que procede por aplicación al principio de favorabilidad:

[44] Corte Suprema de Justicia. Radicado 42960 del 25 de febrero de 2015. M.P. EYDER PATIÑO CABRERA.

"…la presente actuación se tramitó conforme con la Ley 522 de 1999 porque el hecho atribuido a ANDERSON RONALDO SANGAMA MURAYARI ocurrió en Leticia el 12 de enero de 2020. Así, por expresa disposición del Decreto 1768 de 2020, la implementación definitiva de la Ley 1407 de 2010 para esa localidad se difirió hasta el 1o de julio de 2025.

No obstante, dando aplicación al principio de favorabilidad por tránsito legislativo, advierte la Sala que para determinar la prescripción de la acción penal en este específico asunto aplicará las disposiciones del nuevo Código Penal Militar por resultar más conveniente al procesado, toda vez que redujo a la mitad el lapso a tener en cuenta para el delito de deserción."[45]

Observa la Sala al respecto, que este último pronunciamiento de nuestro órgano de cierre, reconoce el término de prescripción del delito de deserción conforme a lo estipulado en la Ley 1407 de 2010, sobre el cual había expresado en decisiones del 2015[46] y 2021[47] que no era procedente en procesos que se desarrollaban bajo las ritualidades de la Ley 522 de 1999, teniendo en cuenta que eran sistemas procesales disímiles y que el sistema penal acusatorio contemplado en la nueva codificación castrense, a pesar de estar vigente, no ha sido implementado.

[45] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado No. 63620 del 21 de junio de 2023 M.P. Dr. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.
[46] Corte Suprema de Justicia. Radicado No. 45632 del 15 de julio de 2015. M.P. Dr. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.
[47] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado No. 59010 del 03 de marzo de 2021. M.P. Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Resalta esta Colegiatura al respecto, que tal decisión carece de un estudio de los criterios jurisprudenciales y normativos estipulados, incumpliendo además con los requisitos exigidos por las Altas Cortes que se han expuesto en acápites anteriores, para variar su postura frente al término de prescripción del delito de deserción, puntualmente en un proceso que se rige bajo las ritualidades procesales establecidas en la Ley 522 de 1999, durante el régimen de transición en el que se encuentra la implementación del sistema penal acusatorio al interior de esta jurisdicción; y solo amparado en la aplicación del principio de favorabilidad varia su criterio.

En cuanto al principio de favorabilidad invocado en mérito a la concesión del término de prescripción de un año para el delito de deserción, se hace necesario precisar que la Corte Suprema de Justicia en anteriores pronunciamientos ha manifestado que en los casos dónde hay una coexistencia de normas como ocurrió con la Ley 600 de 2000 y la implementación del sistema penal acusatorio con la Ley 906 de 2004, no es posible aplicar el principio de favorabilidad por tratarse de sistemas procesales diferentes, así lo puntualiza en decisión del 23 de mayo del 2006[48]:

> *"… no es óbice para que, por favorabilidad e igualdad, se apliquen específicas normas de tal*

[48] Corte Suprema de Justicia. Radicado 25300 del 23 de mayo de 2006. M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

sistema a procesos que en principio no se encuentran bajo su imperio por razones espaciales o temporales, pero ello, desde un principio, quedó condicionado a que se trate de idénticos supuestos normativos y que el precepto del nuevo Estatuto Procesal cuya aplicación favorable se invoca, no se entienda solamente en el marco de la nueva sistemática de investigación y juzgamiento.

Es que el concepto amplio que siempre ha manejado esta Corte Suprema frente a la aplicación del principio de favorabilidad, no puede conllevar a que, con su pretexto, se pueda invocar, por ejemplo, la aplicación íntegra del nuevo sistema procesal a un caso no cobijado por su vigencia, pues, de un lado, el principio de favorabilidad es predicable de cara a institutos contenidos en uno u otro método de juzgamiento –los contenidos en las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004- en tanto discurran coetáneamente, y, de otro, la igualdad sólo es predicable frente a individuos que se encuentran en condiciones similares, o mejor expresado, como el fin último de cualquier sistema procesal es el de servir de ámbito de garantía a los derechos del individuo, es claro que cada sistema por sí mismo contiene una estructura interna propia que materializa y desarrolla el catálogo de garantías fundamentales consagradas en la Carta Política[49]*.”*

En el mismo sentido, y tomando como referencia lo estipulado por la Corte Suprema de Justicia, ante la

---

[49] Corte Suprema de Justicia. Radicado 25300 del 23 de mayo de 2006. M.P. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

coexistencia de normas, esta colegiatura ha expresado que en estos casos y puntualmente en nuestra Jurisdicción Especializada con la vigencia de la Ley 522 de 1999 –que se caracteriza por ser un sistema procesal de naturaleza inquisitiva- y la Ley 1407 de 2010 –que implementa un sistema oral acusatorio-, para la aplicación de la ley permisiva o favorable se requiere que estas normas tengan similitudes en punto del instituto procesal o el objeto de estas[50]; como sustento de lo enunciado se hace necesario referirnos a lo expuesto sobre este punto por nuestro Tribunal Supremo, mediante el cual establece ciertos requisitos para aplicar el principio de favorabilidad:

> *"… además, desde luego, de la sucesión de leyes en el tiempo más el tránsito o la coexistencia de legislaciones, deben cumplirse básicamente tres condiciones: (i) que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones, (ii) que respecto de aquéllas se prediquen similares presupuestos fáctico-procesales, y (iii) que con la aplicación favorable de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable[51]."*

En concordancia con lo anterior, es válido afirmar que las leyes penales militares coexistentes en nuestro ordenamiento castrense son disimiles entre

---

[50] Tribunal Superior Militar y Policial. Radicado 157310 del 10 de mayo de 2012. M.P. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA.
[51] Corte Suprema de Justicia. Radicado 23700 del 9 de febrero de 2006. M.P. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

sí, en cuanto a que cada ley contiene distintas fases procesales. Por citar un ejemplo podríamos mencionar que, mientras en la Ley 522 de 1999 la interrupción de la prescripción se da a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, en la Ley 1407 de 2010 es a partir de la formulación de la imputación, momento en el cual se vincula al sujeto dentro del proceso.

> *"6. Nótese cómo las decisiones que en uno y otro sistema fijan los límites para la interrupción de la prescripción no guardan identidad, toda vez que en la Ley 522 de 1999, (artículo 86) aquél término se cuenta a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación (actuación con la que termina la instrucción, y se da inicio al juicio), en tanto que con la Ley 1047 de 2010, es con la formulación de la imputación (como forma de vinculación a la averiguación penal) que se interrumpe el termino de prescripción de la acción."*[52]

Siguiendo esa postura, esta corporación en decisión del 19 de agosto de 2011 manifestó:

> *"(…) Es imperioso señalar que ha sido reiterativo este Tribunal, lo que constituye una línea de pensamiento pacífica, al disponer que conductas como la Deserción al ser cometida en vigencia de la Ley 522 de 1999, debe atenderse lo dispuesto en el inciso primero del canon 86 de la citada codificación, vale decir, que la prescripción de la acción se interrumpe con la ejecutoria de la*

[52] Corte Suprema de Justicia. Radicado 35517 del 6 de julio de 2011. M.P. AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN.

resolución de acusación; por lo que en este evento, y en particular en el caso en estudio, el alcance de los artejos 76, 79 y 450 de la Ley 1407 de 2010, están supeditados al efectivo vigor material del sistema acusatorio consagrado en el libro tercero de esta normatividad, por lo que tales postulados desde esta perspectiva no son aplicables en el caso analizado; pero no sólo por ello, sino porque así estuviera en total vigencia estos institutos, sería sujeto a discusión la aplicación del principio de favorabilidad por la disimilitud de estas figuras procesales[53]*."*

Corolario a lo expuesto, se hace necesario resaltar que la postura de nuestro órgano de cierre y de esta Colegiatura en punto al término de prescripción de la acción penal para el delito de deserción, en las actuaciones procesales que se adelantaban bajo la ritualidad de la Ley 522 de 1999 es de dos años y la mitad del término para efectos de interrupción de la prescripción de la acción penal una vez se encuentre ejecutoriada la calificación, dado que no es posible aplicar la prescripción correspondiente a un (1) año contenida en la Ley 1407 de 2010, como quiera que cada una de las leyes, es decir, la Ley 522 de 1999 y la 1407 de 2010 contienen distintas etapas procesales, en las cuales las autoridades cambian sus roles, así como los sujetos procesales ocupan distintas formas de participación y cuentan con diferentes términos para su desarrollo[54].

---

[53] Tribunal Superior Militar y Policial, Rad. 157068 Cuarta Sala de Decisión. MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.
[54] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal Radicado No. 45632 del 15 de julio de 2015. M.P. Dr. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

Ahora bien, el problema jurídico a desarrollar en el presente caso corresponde a establecer:

ANTE LA EXISTENCIA DE UN TRÁNSITO LEGISLATIVO EN LA NORMATIVIDAD CASTRENSE, ¿ES POSIBLE EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD APLICAR EL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL DEL DELITO DE DESERCIÓN CONTEMPLADO EN LA LEY 1407 DE 2010, DENTRO DE LOS PROCESOS QUE SE ADELANTAN CON LAS RITUALIDES PROCESALES DE LA LEY 522 DE 1999?

Se tiene claro entonces que la aplicación del término prescriptivo de la acción penal para el delito de deserción contemplado en la Ley 522 de 1999, que corresponde a dos (2) años, está supeditado a la implementación de las ritualidades procesales de la Ley 1407 de 2010; postura que cuenta con una línea jurisprudencial mínima, pero definida a partir de la cual, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que este tipo penal goza de un régimen privilegiado y está sometido a un procedimiento especial[55], veamos:

1.- En el radicado No. 19002 del 11 de abril de 2002, mediante el cual se valora el término prescriptivo del delito de deserción dentro del decreto 2550 de 1988 y la Ley 522 de 1999, resalta sobre este tipo penal que: i) goza de un régimen de prescripción privilegiado y; ii) está sometido a un procedimiento especial, según los artículos 128 y 578 del Código Penal Militar. Estas dos características arrojan como consecuencia que después de la ejecutoria formal del

[55] Ley 522 de 1999, artículos 128 y 578

auto que declara la iniciación del juicio[56] el término de prescripción de la acción penal se reanude, pero con la precipitud de un lapso en extremo breve, pues corre de nuevo por la mitad del término, es decir, por un año[57], y concluye que su aplicación debe ser la que se encuentra regulada por el nuevo Código Penal Militar Ley 522 de 1999, en razón a que su implementación fue de manera inmediata y ambos sistemas procesales resultaban de una naturaleza similar, esto es, de contenido inquisitivo mixto:

> *"La condición expresamente consagrada en la nueva ley para que en el delito de deserción se fijara la interrupción del término de prescripción, resulta novedosa frente a la legislación penal militar derogada la cual no tenía incorporada una fórmula semejante, circunstancia que permitió la interpretación que le dio la Sala en el sentido que una vez interrumpido, para ese específico delito volvía a correr el término de dos años (auto del 2 de septiembre de 1998, radicación 13.520, Magistrado Ponente Dídimo Páez Velandia).*
>
> *Ahora, en razón a que el juzgador introdujo ese condicionamiento en el citado artículo 86 de la Ley 522 de 1999, es decir, que marcó el momento de*

[56]"Sobre el particular, téngase en cuenta que, aunque el artículo 86 de la Ley 522 de 1999 en su inciso 2°refiere que la interrupción de la prescripción durante el procedimiento especial se da con la ejecutoria formal del auto que declara la iniciación del juicio, esa disposición se torna inaplicable, en tanto el procedimiento especial al que se refiere es el descrito en los artículos 578 y 579 de la Ley 522 de 1999, fue declarado inexequible mediante Sentencia C-178-2002, bajo el entendido que era violatorio del debido proceso por cuanto prescindió de la etapa calificatoria. De manera que, para efectos de interrupción de la prescripción de la acción penal bajo la ritualidad de la Ley Penal Castrense de 1999, será la ejecutoria de la pieza acusatoria la que demarca ese momento."

[57] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Radicado No. 19002 del 11 de abril de 2002. M.P. Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

la interrupción del término prescriptivo respecto de los delitos que se juzgan por el procedimiento especial, entre ellos el de deserción, para disponer enseguida que corre de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83, no cabe sino deducir que a partir de la ejecutoria del auto que da inicio al juicio en procesos por ese concreto hecho punible, el lapso para que el estado pueda ejercer válidamente su potestad punitiva se reduce a un año.

En el caso bajo estudio, el auto de 25 de octubre de 2000 por medio del cual el A quo declaró iniciada la etapa del juicio cobró ejecutoria formal el 2 de noviembre del mismo año, de suerte que hasta el 1 de noviembre de 2001 era posible adelantar la acción penal de acuerdo con la preceptiva atinente a la prescripción[58]*."*

2.- La decisión que corresponde al radicado No. 45632 del 15 de julio de 2015, señala que ambos ordenamientos, esto es, Ley 522 de 1999 y Ley 1407 de 2010, se regula lo relativo a la extinción de la acción penal por prescripción, pero no menos cierto es, que lo hacen de forma diferente y atendidas obviamente las incidencias procesales de cada sistema, de modo que el lapso prescriptivo de un año para la deserción sí resulta de la esencia del sistema acusatorio y a la vez incompatible con los términos procesales en que se desarrolla el proceso previsto en la Ley 522, el cual es de tinte inquisitivo.

---

[58] Ibídem.

"2. En este evento, la Ley 522 de 1999 difiere de la 1407 de 2010, en cuanto cada una contiene distintas fases procesales y por tanto se modifica el procedimiento para administrar justicia militar, pues entre otras, las autoridades cambian sus roles, los sujetos procesales asumen distintas formas de participación, varía el sistema de aducción de pruebas, se modifican los términos en cada estadio procesal y por consiguiente los institutos jurídicos que las gobiernan se transforman sustancialmente.

3. Dentro de la nueva dinámica procesal de la Ley 1407 de 2010, al existir una fase pre procesal en la que los intervinientes se encuentran habilitados para recaudar elementos materiales de prueba con miras a esclarecer la noticia criminal, es claro que la fase de investigación sufre serias modificaciones, entre ellas la forma de contar los términos con los que cuentan para adelantar la investigación.

En tal sentido el artículo 444 del nuevo estatuto procesal consagra la formulación de imputación como 'el acto a través del cual la Fiscalía General Penal Militar comunica a una persona su calidad de imputado…', es decir, lo vincula a la investigación, siendo por tal razón que es a partir de tal momento que el término prescriptivo se interrumpe; situación que no se puede equiparar con la interrupción de la prescripción que opera

en la Ley 522 de 1999, en los términos pretendidos por la defensa[59]*."*

3.- Por último, en el radicado No. 59010 del 03 de marzo de 2021, consideró que ciertamente, tal y como lo alega el casacionista, la Ley 1407 de 2010, por la cual se expidió un nuevo Código Penal Militar, se encuentra vigente y rige para los delitos cometidos con posterioridad al 17 de agosto de 2010, no obstante, su plena aplicación se encuentra supeditada a la efectiva implementación del Sistema Penal Acusatorio en la Jurisdicción Penal Militar.

"Es decir, a pesar de que la Ley 1407 de 2010 entró en vigencia el 17 de agosto de ese año, no ha sido viable aplicarla en cuanto hace al sistema penal acusatorio por cuanto simplemente no ha sido posible su implementación, luego los procesos, así se trate de hechos ocurridos con posterioridad al 17 de agosto de 2010, se han tramitado de conformidad con los ritos contenidos en la Ley 522 de 1999, lo cual por demás patentiza este asunto, haciendo de paso evidente que en ese sentido la demanda carece de fundamento al pretender vulnerado el axioma de legalidad (…)

4. Ciertamente ambos ordenamientos regulan lo relativo a la extinción de la acción penal por prescripción, pero no menos cierto es que lo hacen de forma diferente y atendidas obviamente las incidencias procesales de cada sistema de modo que el lapso prescriptivo de un año para la deserción

[59] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado No. 45632 del 15 de julio de 2015. M.P. Dr. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

sí resulta de la esencia del sistema acusatorio y a la vez incompatible con los términos procesales en que se desarrolla el proceso previsto en la Ley 522[60]*."*

Así las cosas, concluye la Sala que existe una definida línea jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la cual se establecen los criterios para la aplicación del término prescriptivo del delito de deserción, criterio que fue acogido por el Tribunal Superior Militar y Policial, el cual ha reiterado la imposibilidad de aplicar en virtud del principio de favorabilidad el término de prescripción de la acción penal para este tipo penal contenido en la Ley 1407 de 2010 a casos puntuales tramitados por el marco procedimental de la Ley 522 de 1999, en razón a que nos encontramos ante dos sistemas procesales diferentes con estructuras y figuras jurídicas que no pueden ser aparejadas. Además, por la existencia de un tránsito legislativo en el que el nuevo sistema procesal penal castrense de tendencia acusatoria no ha sido implementado en su totalidad en todo el país.

Como consecuencia a anteriormente expuesto, este Colegiado se apartará de la decisión del 21 de junio de 2023 proferida por la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual aplicó como término prescriptivo de la acción penal del delito de deserción de un año acogiendo el principio de favorabilidad, por lo tanto,

---

[60] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado No. 59010 del 03 de marzo de 2021. M.P. Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

el presente proceso continuará tramitándose dentro de la misma línea de prescripción establecida en la Ley 522 de 1999 que además es aceptada por la Corte Suprema de Justicia a través de la línea jurisprudencial antes referenciada, esto es, de dos (2) años a partir de la ocurrencia de los hechos y de un (1) año para efectos de la interrupción de dicho fenómeno cuando se produzca la ejecutoria de la Resolución de Acusación.

Aún más, cuando es claro que, conforme a la fecha y lugar de los hechos en el presente asunto, esto es el 03 de agosto de 2021 en La Plata - Huila, no se había dado la implementación del sistema penal acusatorio -Ley 1407 de 2010- como puede verse en lo estipulado en el Decreto No. 1768 del 24 de diciembre de 2020, artículo 1°, la fase dos que incluye el Departamento aludido empezó a regir de manera definitiva el 1° de julio de 2023, así:

> *"FASE II Año 2023. BOYACÁ, CALDAS, CAUCA, CUNDINAMARCA, **HUILA**, NARIÑO, QUINDÍO, RISARALDA, TOLIMA y VALLE DEL CAUCA.*
>
> *Inicia Piloto de implementación el 1 de enero del año 2023 e irá hasta el 30 de junio del mismo año. En forma definitiva, el Sistema Penal Acusatorio en la Justicia Penal Militar y Policial en estos departamentos iniciará el 1 de julio del año 2023."*
> (Negrilla fuera de texto)

Por lo anterior es evidente que la implementación del nuevo Sistema Penal Acusatorio en el lugar y la fecha

donde se presentaron los hechos, hoy motivo de la presente causa penal no se había realizado, lo que nos indica de manera fehaciente que, el régimen procesal que rige el presente proceso es la Ley 522 de 1999 y por lo mismo, el término de prescripción de la acción penal para el delito de deserción que estipula esta ley, encontrándose vigente la presente causa, toda vez que la Resolución de Acusación quedó debidamente ejecutoriada el 11 de enero de 2023[61], renovándose nuevamente el término prescriptivo a la mitad, esto es, de un año más, por lo que procederá la Sala a conocer del asunto objeto de disenso.

8.4.- Del caso en concreto.

Consecuente con lo anterior y verificada la viabilidad de continuar con las actuaciones procesales dentro del presente asunto, continúa el Colegiado con el estudio de las pretensiones contenidas en el recurso de apelación impetrado contra la sentencia condenatoria proferida contra el SL18 QUENER SABOGAL DÍAZ, por el Juzgado Séptimo de Brigada Penal Militar, por la Doctora MERCY CRISTINA VELÁSQUEZ MÉNDEZ Procuradora 300 Judicial I Penal.

La recurrente dirige sus argumentos a demostrar que existe duda frente al elemento volitivo que compone el dolo, manifestando que el SL. QUENER SABOGAL DÍAZ es consumidor de sustancias psicoactivas. Arguye que la Juez, descarta de plano los hechos narrados en los testimonios de los comandantes y compañero

[61] Cuaderno original No. 1 folio 210

del bajobanderas donde afirman el consumo del encausado, concluyendo que fue esa circunstancia la que insidió en el abandono del servicio militar obligatorio por parte del institucional, cuestionando el por qué no se efectuó una valoración pericial frente al consumo manifestado.

En atención a lo propuesto en el recurso de alzada, la Sala deberá establecer si en el presente caso el *A quo* omitió apreciar y valorar las pruebas a que hace referencia la apelante y que obran dentro del sumario, material probatorio en el que fundó su sentencia condenatoria, para lo cual se deberá establecer el desarrollo y argumentación que fundamentó esta tesis defensiva y si realmente existió un defecto en la estimación probatoria.

Ahora bien, las reglas de apreciación de la prueba por parte del juzgador deben estar basadas en una mínima actividad probatoria que le permita apreciarlas, valorarlas y consecuente con ello efectuar el análisis objetivo de estos elementos de prueba, para su análisis racional que le permita llegar a su decisión de fondo.

De lo anterior, se desprende la necesidad de establecer las pruebas que, conforme a lo discutido por la recurrente fueron indebidamente valoradas por el fallador de primera instancia y cuál es su verdadero valor e incidencia procesal; de cara al presunto consumo de sustancias psicoactivas del procesado, para ello retomamos la prueba

testimonial legalmente obtenida dentro del plenario así:

De la declaración del SL18.JHON STIC ROCHA CALAMBAS se resalta:

> *"…Lo que escuche (sic), pero a mí no me consta era que estaba llevado del vicio, que era por las drogas porque ya no tenía más, porque cada rato hacíamos zafarrancho y se le encontraban sustancias psicoactivas y alucinógenas, se le decomisaban y se le hacían los informes cuando se encontraban, eso dijeron los mismos cursos del primer batallón, que era por el vicio…PREGUNTADO: Diga al despacho porque razón afirma que el soldado no tenía una estabilidad debido al vicio explique. CONTESTO: Nosotros intentábamos darle manejo diciéndole él debía ser moderado, que no metiera vicio, pero él no se podía controlar, la verdad yo miraba que no podía aguantarse las ganas de abstenerse, a veces empeoraba y era consiente, por más que se le daban consejos…"*[62]

Así mismo, se destaca de la versión brindada por el señor Teniente XAVIER DAVID HERNÁNDEZ SICACHA, comandante compañía que:

> *"…Bueno, pero se tenía conocimiento del consumo de sustancia psicoactivas o psicotrópicas que puede ser una de las causas por las se desertó del servicio, por la limitación del consumo que*

[62] Cuaderno original 1 folio 53

tenía en la unidad y es algo que los desespera, al respecto se tomaron acciones como charlas con la psicóloga del dispensario y el acceso que tenía con el dispensario allá en el BITER…"[63]

Sobre la declaración del C3. JERSON CAMILO LAVAO VALLEJO, comandante de escuadra tenemos que:

"…PREGUNTADO: Diga al despacho como era el estado de salud del soldado para la fecha de los hechos. CONTESTO: Bien, saludable. PREGUNTADO: se dice en la investigación que el soldado era consumidor de sustancias estupefacientes o alucinógenas, que sabe al respecto. CONTESTO: Si es verdad pues muchas veces lo encontramos consumiendo pero él no decía nada, yo la verdad lo vi unas dos o tres veces más o menos"[64]

Manifestó la impugnante frente a la valoración realizada por el Juzgado de Instancia respecto de las anteriores versiones, que indebidamente valoró la prueba testimonial al no efectuar un análisis correcto, el cual no incluya los errores de "cercenamiento" de los testimonios, toda vez que, simplemente los tomó como prueba de referencia argumentando que no tenían la fuerza persuasiva para llevar al grado de conocimiento necesario para una condena.

[63] Cuaderno original 1 folio 131
[64] Cuaderno original No. 1 folio 140

De lo expuesto, analizados y conforme a las reglas de la experiencia y la sana crítica encuentra esta Corporación lo siguiente:

Para emitir sentencia condenatoria el Juzgado Séptimo de Brigada Penal Militar valora los diferentes testimonios de manera individual y en conjunto sobre los cuales se tiene que, si bien la versión del dragoneante y de sus comandantes, hacen referencia al presunto consumo de sustancias alucinógenas o psicotrópicas, no obra en el plenario el respaldo idóneo que demuestre tal consumo y de serlo, que eran en realidad sustancias adictivas, por el contrario son comentarios sueltos y sin asidero en los mismos, así lo valora el *A quo* al precisar porque no comparte los argumentos del Ministerio Público, coadyuvados por la defensa al tratar de estructurar una duda en el elemento volitivo del dolo basados en testimonios del Dragoneante ROCHAS CALAMBAS, del oficial Teniente HERNÁNDEZ SICACHA y el suboficial Cabo Tercero LAAVAO VALLEJO

> *"…Frente al primer declarante es necesario señalar que, tal como lo indicó la señora procuradora durante la audiencia, este testigo "escucho" que SABOGAL DÍAZ se había evadido por el vicio. Por su parte, el Oficial declaró que el procesado consumía sustancias psicoactivas y la limitación para ello en la Unidad podía ser uno de los motivos de su deserción, mientras que*

el suboficial solo hace alusión al consumo de sustancias por parte del acusado…"[65]

Sumado a que las declaraciones no son un medio idóneo para demostrar la adicción y menos aún exculparlo de la ausencia de la prestación del servicio militar, no puede pasar por alto esta Sala de segundo grado, lo dicho por el encartado en la medida en que, durante su indagatoria, medio de defensa y vinculación al plenario asegura:

"…fumo cigarrillo… me volé porque mis hermanos necesitaban un apoyo… No, el único problema que tuve fue que me desespere y en la cabeza tengo sangre acumulada en la cabeza…sí recibí atención medica allá en el hospital…me volé para ver cómo estaba mi familia porque son muy humildes…"[66]

Por su parte, en la versión del señor JOSELITO SABOGAL, padre el procesado, respecto del abandono del servicio militar por su hijo que:

"…volvió a mi casa el muchacho y usted sabe doctora que uno como padre que va a rechazar los hijos, llego a la casa y el muchacho está ahí, se la pasa pues como a él le gusta el desierto es guía del desierto y que lo examinen que el muchacho tiene una vejiga de sangre que se hizo del accidente que tuvo… duró como quince días con un amigo que le toco acompañarlo a Bogotá,

[65] Cuaderno original No. 2 folio 230
[66] Cuaderno original No. 1 folios 148 ss.

Alirio Tovar el garroche le dicen y duro por ahí quince días con el muchacho…"[67]

No pierde de vista esta Judicatura que, analizando todos los testimonios, donde se aprecian las versiones de los mandos del conscripto y sus compañeros, contrastados con la injurada y la versión de su padre que, no es el consumo de sustancias psicoactivas el motivo que lo llevó a abandonar sus deberes militares.

Nótese que el SL. QUENER SABOGAL DÍAZ manifiesta el deseo de ayudar a sus padres, pero primero se va con un amigo a la ciudad de Bogotá D.C., hecho indicador el cual nos permite afirmar que su abandono tampoco se da por proteger o ayudar a sus seres cercanos como lo precisa la falladora de primer grado[68].

Por lo anterior, se permite esta sala afirmar que fue su libre albedrío el que lo llevó a actuar como lo hizo y no su presunto consumo el cual asevera la recurrente sin sustento alguno dentro del plenario, exceptuando las meras declaraciones del soldado y sus comandantes que no son la prueba idónea[69] para

---

[67] Cuaderno original No. 1 folio 177
[68] Cuaderno original folio 234
[69] MANUAL DE DERECHO PROBATORIO. Jairo Parra Quijano. "Es la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho.
Supone que no exista una norma legal que prohíba el empleo del medio para demostrar un hecho determinado. El sistema de la prueba legal, de otra parte, supone que el medio que se emplea, para demostrar el hecho, está consagrado en la ley.
La conducencia es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de saber, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio.
Ejemplo: Si se pretende acreditar la venta de un bien inmueble, valiéndose de un documento privado, podemos alegar que ese documento no es idóneo legalmente para demostrar la venta, ya que la ley exige celebrarla mediante

afirmar tal aseveración, no siendo más que meras especulaciones.

En este orden de ideas, es evidente que no existió por parte de la Juez ningún tipo de contradicción, cercenamiento, omisión, distorsión o alteración de la expresión fáctica de los elementos probatorios, los cuales fueron valorados en su conjunto y que permitieron descartar la existencia de enfermedad crónica por adicción a sustancias estupefacientes o psicotrópicas las cuales pudieron haber incidido en la voluntad del encartado, por el contrario, ni él mismo ni su progenitor hacen referencia a tal situación, aunado a que no existe prueba idónea que la confirme.

La jurisprudencia ha precisado que la apreciación de la prueba por parte de los administradores de justicia se limita a los siguientes derroteros:

> *"a. La información objetiva que aquellas suministren, motivo por el cual no pueden ser pretermitidas o supuestas (falso juicio de existencia), ni tampoco es viable su adicción, cercenamiento o tergiversación material (falso juicio de identidad)*
>
> *b. La sujeción a las reglas de la sana critica, so pena de incurrir en errores de hecho por falso raciocinio.*

---

escritura pública. El juicio que se ha hecho para llegar a la afirmación de la inconducencia tuvo como elementos de comparación la ley y el medio probatorio a emplear." Pág. 145.

c. El valor que a determinados medios probatorios otorga la ley (juicio de convicción) y
d. La ponderación de si en su práctica o aducción se tuvieron en cuenta las exigencias dispuestas por el legislador (juicio de legalidad) …"[70]

En atención a este desarrollo jurisprudencial, al momento de inferir un falso juicio de identidad o un falso juicio de existencia se requiere demostrar la incidencia del error en la apreciación, argumento ausente en la impugnación y el cual se consigue confrontando los elementos probatorios con los cuales se basa la sentencia; no obstante, mencionó la defensa el desvalor otorgado a los testimonios de los comandantes y del dragoneante frente al presunto consumo del SL. QUENER SABOGAL DÍAZ, sin encontrar asidero en otros medios probatorios, ni siquiera en las demás versiones brindadas por el propio encartado y su progenitor.

Lo anterior le permite a esta Corporación considerar que el análisis al material probatorio y los juicios de valor estructurados en la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Séptimo Penal Militar de Brigada se encuentran respaldados probatoriamente, los cuales al ser valorados en su conjunto y confrontados con la versión del encartado y su progenitor, al igual que sus exámenes de

[70] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de diciembre de 2007, radicado No. 28.432.M.P. MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS.

incorporación[71] y el reporte de sanidad[72] condujeron a establecer, que no estaba probado los problemas de adicción del SL. QUENER SABOGAL DÍAZ, que lo obligaran a incumplir con su deber constitucional con la prestación del servicio militar.

En conclusión, se dirá que no hay lugar a un falso juicio de identidad o existencia en la valoración de la prueba como tímidamente lo manifiesta la apelante, pues si bien sus comandantes y compañero aducen del consumo, esto no configura la fuerza probatoria requerida para demostrar un hecho del que no son expertos, siendo simplemente especulaciones sin soporte científico, ni técnico o (pericial)[73] conocimientos requeridos para poder afirmar que una persona es adicta crónica a sustancias adictivas las cuales pueden afectar su capacidad volitiva, cabe precisar que el SL. QUENER SABOGAL DÍAZ superó todos sus exámenes de incorporación y fue dado de alta para el servicio militar obligatorio[74].

Ahora bien, en relación con la duda para proferir sentencia condenatoria que expresa la apelante, la Honorable Corte de Suprema en Sala Penal ha precisado:

> *La convicción sobre la responsabilidad del procesado "más allá de toda duda", corresponde*

---

[71] Cuaderno original 1 Folio 17-18
[72] Cuaderno original 2 Folio 55
[73] MANUAL DE DERECHO PROBATORIO. Jairo Parra Quijano. "Cuando en sentido general, en el proceso se requieren conocimientos especializados, es decir, de aquellos que escapan a la cultura de las gentes, puede y debe recurrirse a quienes por sus estudios, experticia, etcétera, los posean; esos conocimientos pueden ser técnicos, científicos o artísticos." Pág.589.
[74] Acta de evaluación psicofísica No. 04646116 segundo contingente 2021 Cuaderno original 1 folio 18

a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional[75] y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido.

Por tanto, únicamente cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, ahí, en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio in dubio pro reo, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del procesado.

Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, en cuanto resulta frecuente que variados aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles

[75] En este sentido sentencia C-609 del 13 de noviembre de 1999.

son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria valorada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena.

Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del incriminando, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales.[76]

Por lo anterior, el grado de certeza que llevó a la condena del encartado se da por la valoración probatoria de la totalidad de los medios de prueba legalmente incorporados al sumario, que le permitieron a la Juez de Primera Instancia la estructuración dogmática del tipo penal de deserción y consecuente con ello la responsabilidad penal de QUENER SABOGAL DÍAZ. En este orden de ideas, la Sala desestimará el argumento de la apelante, acogiendo lo conceptuado por la Representante del Ministerio Público Dra. DIDIMA ROMERO ALVARADO, Procuradora 03 Judicial Penal II.

[76] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de febrero de 2010, radicado No.32863. M.P. MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS.

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

IX. RESUELVE:

PRIMERO: DESATENDER los argumentos de la recurrente y, en consecuencia, **CONFIRMAR** íntegramente la sentencia condenatoria del 13 de abril de 2023, por medio del cual la Juez Séptimo Penal Militar de Brigada condenó al SL18. QUENER SABOGAL DÍAZ, como autor del delito de deserción, con la pena principal de doscientos cuarenta (240) días de prisión y negándole la suspensión de la condena de ejecución condicional; ello conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: PROCEDE contra la presente providencia el recurso de casación, en los términos de la Ley 600 de 2000.

TERCERO: EJECUTORIADA esta decisión, devuélvase el proceso al juzgado de origen para los fines pertinentes, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la secretaría de la Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Teniente Coronel **JOSÉ MAURICIO LARA ÁNGEL**
Magistrado Ponente

Coronel **ROBERTO RAMÍREZ GARCÍA**

Magistrado

Coronel **JORGE NELSON LÓPEZ GALEANO**

Magistrado

Doctora **BERLEDIS BANQUEZ HERAZO**

Secretaria