

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL.

Sala : Primera de Decisión
Magistrada ponente : CR(RA) PAOLA LILIANA ZULUAGA SUÁREZ
Radicación : NC. 1100166441002022200143-026-XV-028-EJC
Procedencia : Juzgado 1301 Penal Militar y Policial de Conocimiento.
Procesado : SL18 RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN
Delito : Deserción.
Motivo de alzada : Apelación sentencia condenatoria del 12 julio de 2024.
Decisión : Confirma y Concede Prisión Domiciliaria
Ciudad y fecha : Bogotá, DC, dos (2)de agosto de dos mil veinticuatro (2024)

I. VISTOS

La Sala Primera de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial se pronunciará frente al recurso de apelación incoado por la abogada NAZLY LUENGAS PEÑA en su calidad de defensora pública del condenado SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN**, en contra de la sentencia del 12 de julio de 2024, adoptada por el Juzgado 1301 Penal Militar y Policial de Conocimiento, dentro de la NC 1100166441002022200143 por el delito de DESERCIÓN.

II. HECHOS.

Fueron extraídos de la sentencia condenatoria de fecha 12 de Julio de 2024, así:

"...El SL18. RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN, fue incorporado en el Ejército Nacional para prestar el servicio militar obligatorio, adscrito al cuarto contingente de 2021, orgánico del Grupo de Caballería Mecanizado No. 10 "Tequendama", ubicado en la ciudad de Bogotá, perteneciente a la compañía CORCEL, para el día 21 de agosto de 2022 se le otorgó un permiso al soldado debiendo presentarse el día 04 de septiembre de 2022, lo cual no lo realizó, ni dentro de los 5 días siguientes sin retornar a las filas del Ejército Nacional..."¹.

III. ACTUACIÓN PROCESAL.

3.1 El 12 julio de 2024, se desarrolló audiencia de lectura de fallo por parte del Juzgado 1301 Penal Militar y Policial de Conocimiento, audiencia que se surtió con la presencia de las partes e intervinientes, y donde se emitió fallo condenatorio en contra del SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN**, por el delito de DESERCIÓN, decisión que fue apelada por la defensa.

3.2- El 17 de julio de 2024, fue sustentado el recurso ante esta Corporación, ello acorde a lo establecido en el artículo 342 de la Ley 1407 de 2010, motivo por el

¹ Sentencia condenatoria del 12 de julio de 2024, proferida por el Juzgado 1301 Penal Militar y Policial de Conocimiento.

cual, procede la Primera Sala a emitir la decisión que en derecho corresponda.

IV. DECISIÓN RECURRIDA

4.1 El día 12 de julio de 2024, el Juez 1301 Penal Militar y Policial de Conocimiento, profirió sentencia condenatoria en contra del SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN**, por el delito de DESERCIÓN, donde se resolvió:

"...PRIMERO: DECLARAR al Soldado 18. RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.003.642.021 expedida en Tocancipá Cundinamarca., de condiciones civiles y militares conocidas en la introducción de esta providencia, como autor responsable del delito de DESERCIÓN (Artículo 109 CPM), conforme a las consideraciones de hecho y de derecho invocadas en la parte motiva que antecede. SEGUNDO: CONDENAR al señor Soldado 18. RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN, a la pena de ocho (08) meses de prisión como autor responsable del delito de DESERCIÓN, cometido en las circunstancias de modo, tiempo y lugar ya relatados, para el cumplimiento de la sentencia se libraré orden de encarcelamiento respectiva ante las autoridades competentes. TERCERO: NEGAR al condenado el beneficio de la Condena de Ejecución Condicional de la pena, por expresa prohibición del artículo 63, numeral 3 de la Ley 1407 de 2010. Señalándose como lugar de reclusión el Centro Penitenciario y Carcelario de Media y Mínima Seguridad para Miembros de la Fuerza Pública-Ejército Nacional con sede en Bogotá D.C., u otro establecimiento penitenciario similar que se designe para el mismo efecto..."

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN Y TRASLADO A LOS NO RECURRENTES.

5.1 Fundamentos del Recurso de Apelación

El 17 de julio de 2024 se llevó a cabo, de manera virtual, audiencia de debate oral para sustentar el recurso de apelación conforme lo dispuesto en el artículo 342 de la Ley 1407 de 2010.

5.1.1 Del recurso de apelación incoado por la abogada NAZLY LUENGAS PEÑA en su calidad de defensora pública.

Inicialmente recordó que, dentro de la normatividad vigente se parte de la presunción de inocencia y que es función de la Fiscalía Penal Militar y Policial desvirtuar citada presunción, esto mediante sólidos argumentos y material probatorio que indique en la instancia de juicio y más allá de toda duda razonable, la responsabilidad penal.

Manifestó que, la Fiscalía al momento de abordar la conducta penal en los estadios de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad para ello cuenta con todas las herramientas que el Estado le ha brindado, debiendo abordar sus conocimientos y esfuerzos para probar la conducta, ya que está afecta la libertad de una persona.

Señaló la apelante que, el Juez 1301 Penal Militar y Policial de Conocimiento en la decisión recurrida manifestó que, los argumentos presentados por la defensa fueron exculpantes que no se pudieron probar con los testimonios del señor SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN** y su progenitora la señora GLADYS ÁVILA, sin aportar historia clínica, tratamiento o fórmula médica.

En tal sentido, dijo ante esta Corporación que, el Juez 1301 Penal Militar y Policial de Conocimiento desconoció los testimonios del señor SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN** y la señora GLADYS ÁVILA, donde indicaron tener una precaria situación económica y no contar con los recursos económicos para conseguir un seguro médico y un tratamiento oportuno.

Aclarando que, los testigos expusieron en la audiencia de juicio de manera clara, que por su situación económica recurrían a la misericordia de los vecinos para obtener ayuda y poder asistir al médico, como ocurrió cuando el padre del SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA** presentó un cuadro de inflamación en el pecho y debieron llevarlo a un médico.

En consecuencia, la apelante indicó que, en la sentencia recurrida se desconoció la existencia de un peligro inminente que expuso bajo la gravedad del juramento la señora GLADYS ÁVILA, madre del condenado, al testificar que, el día que no trabajaba no podían

comer, porque en la finca donde vivían pertenece a un familiar, quien les exigía atender todas las labores del campo.

Refiere que, su prohiado es una persona que es fuente de sustento de su núcleo familiar, conformado por cinco personas, dos de ellas en condición de discapacidad, una menor de edad, una señora de la tercera edad, que es la madre del condenado y que puede tener comprometida su salud, por cuanto para el mes de septiembre de 2022, fecha de los hechos, se encontraba sola atendiendo la manutención y cuidado de su familia.

Por lo anterior, consideró que las arduas labores de campo, agrícolas y pecuarias que debía cumplir la familia del condenado, les permitían vivir en esa finca, labores que al no ejecutarse tendrían como consecuencia, su inminente salida de la propiedad, quedando desamparados y a merced de nadie, dado que el núcleo familiar del SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN**, no contaba con una vivienda propia en la que pudieran resguardarse y tal situación debe considerarse como un peligro actual o inminente.

Como consecuencia señaló que, en la sentencia recurrida se consideró que no se probó un estado de necesidad, y a juicio del fallador el SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN**, debió comunicarse con sus

comandantes e informales la situación médica de su padre y de su hermano.

Manifestó que, el A quo desestimó por completo el testimonio de su representado, y el de la señora GLADYS ÁVILA, quienes renunciaron a su derecho de guardar silencio, para manifestar que el padre y el hermano del condenado se encontraban enfermos, adicionalmente el núcleo familiar del SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN** padecía de una situación económica precaria, circunstancias que influyeron en la ausencia de las filas militares de su prohiado, para el mes de septiembre de 2022.

Reiteró que, el actuar de su representado se presentó para proteger su familia, por evitarles una tragedia mayor, por evitar que su padre y su hermano se les deteriorara su salud y el sufrimiento de su madre quien se encontraba sola atendiendo las duras labores de campo.

Por otra parte, respecto de los elementos de la conducta punible, en sede de la antijuridicidad, manifestó que no se probó con el testimonio del capitán WILBERT ALARCÓN BARRERA, la afectación del servicio y la Fiscalía no probó tal situación con otros medios probatorios, y en que incidió ello con la ausencia de su prohiado en las filas militares.

Bajo la esfera de la responsabilidad objetiva consideró que, el hecho de que su prohijado no se hubiese presentado al término de un permiso no determina que se haya alterado el normal desarrollo del servicio y que deba ser responsabilizado penalmente por ello.

Advierte que, la Corte Constitucional ha sido muy clara al señalar que no se puede hablar de un supuesto de responsabilidad penal con la sola figura de la responsabilidad objetiva, ello conforme se indicó en sentencia C-626 de 1996 que al tenor literal dice:

"...La culpabilidad es supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquéllos sobre quienes recaiga. Resulta abiertamente inconstitucional la norma de la ley penal que prevea hechos punibles sancionables objetivamente, esto es, únicamente por la verificación de que la conducta del sujeto encaje materialmente en los presupuestos normativos, sin que se tenga en cuenta la culpabilidad..."².

Afirmó que, no es posible mencionar una superflua aparente antijuridicidad, pues la misma debe demostrar la afectación puntual y real que sufrió el servicio con la ausencia del entonces soldado **RODRÍGUEZ ÁVILA**, pues la mera ausencia evoca nuevamente a la responsabilidad objetiva.

² Sentencia C-626/96.

De conformidad con el informe de investigador de campo FPJ 11 de fecha 23 de noviembre de 2023, suscrito por el señor Subintendente ÓSCAR HERNÁNDEZ, se mencionó haberse agotado todos los esfuerzos para ubicar al condenado, indicando que no fue posible su asiento, también se registró haberse realizado búsqueda en bases de datos públicas de acuerdo con lo ordenado por la Fiscalía y como consecuencia no les fue posible la ubicación física del SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN**, cuestionando la apelante que la pesquisa se redujo a la sola consulta en la base de datos públicas adres y que no se buscó en la vereda donde el SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN** y su familia residen desde hace mucho tiempo.

En tal sentido manifestó que, la búsqueda del condenado y de sus padres se limitó, advirtiéndole que se pudo buscar la información en otras bases de datos como símil, comprobador de derechos, medicina legal, certificados de defunción, runt, sistema regional de medidas correctivas, Sisbén, entre otros y con eso se hubiese podido verificar las condiciones socioeconómicas en las que se encontraba el SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN** y su familia, con lo cual se cercenó la investigación desde un principio a la mera responsabilidad objetiva, misma que de manera explícita se encuentra prohibida dentro de lo contemplado en el artículo 18 de la Ley 1407 de 2020 y la jurisprudencia Constitucional referida.

Reiteró que, en la audiencia de juicio, la señora GLADYS ÁVILA madre del condenado, manifestó las circunstancias que presentaba el núcleo familiar del señor SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN**, pues el padre del condenado padece una enfermedad desde hace 3 años y que no puede trabajar, como bien lo señaló el juez en la providencia motivo de alzada, indica que el señor **RODRÍGUEZ ÁVILA** es fuente de ingresos para su hogar, quien complementa el sustento mancomunado para su familia, resaltó que el Juzgado 1301 no realizó un análisis Pro Homine ampliamente decantado dentro del Estado Social de Derecho, como lo consideró la Corte Constitucional en sentencia 438 del 2013, así: .

"...El principio de interpretación <pro homine>, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional"³.

Manifestó que, el padre del hoy condenado se encontraba enfermo desde antes de la incorporación del condenado, no obstante, las circunstancias de salud y económicas pueden variar, como sucedió en el momento que el SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN** se incorporó de manera voluntaria a las filas militares, quien no contó con la posibilidad de que las mismas variaran respecto de la seguridad alimentaria de su

³ Sentencia C-438/13.

familia e incluso el cuidado de sus padres, en especial el de su enfermo padre y su hermano.

Bajo los anteriores presupuestos, la togada manifiesta la existencia de un estado de necesidad, resaltando que solo días antes de la audiencia se enteró de las situaciones del SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN**, imposibilitándole la solicitud de una preclusión, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la declaración de la señora GLADYS ÁVILA, pero que de manera oportuna sí le fue puesto en conocimiento al A quo quien debió considerar tales eventos, en procura de buscar una justicia formal y material.

Advierte que, de conformidad con el artículo 522 del estatuto penal castrense para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda razonable, tal y como lo expresa la Honorable Corte Suprema de Justicia, así:

"...El acto de apreciación probatoria se erige en la operación mental que tiene por fin conocer el mérito que pueda inferirse del contenido de la prueba. De ahí que cuando se habla de apreciación o valoración probatoria se parte de un estudio crítico individual y de conjunto de los elementos de juicio allegados válidamente al proceso, motivo por el cual el funcionario judicial de examinar la credibilidad, fiabilidad o confianza que le merece la probanza y, posteriormente, examinarla en su conjunto..."⁴.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 19 de octubre de 2006, radicado 22.898, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

En ese sentido para proferir una condena se debe derrumbar la presunción de inocencia de que goza toda persona sometida a una investigación penal.

De otra parte, solicitó tener en cuenta la valoración del testigo único, evidenciando que esta apreciación no fue tomada en cuenta por el señor Juez 1301 Penal Militar y Policial de conocimiento en la sentencia recurrida, para tal fin, resaltó las consideraciones de la sentencia No. 496722 del 15 de abril de 2020 de la Honorable Corte Suprema de Justicia, donde se consideró:

"...No es procedente desechar la versión de la víctima por su calidad de testigo único, puesto que la jurisprudencia ha sido pacífica en concluir que el poder de convencimiento de ese medio de prueba no puede descartarse en los sistemas penales de libre valoración probatoria, en los que más interesa el análisis crítico de los medios cognoscitivos, en el sentido de encontrar la verdad de lo acontecido partiendo de la ponderación de diversos factores que permitan predicar la correspondencia entre lo narrado por la testigo y lo realmente acontecido en el episodio delictivo que se estudia..."⁵.

Respecto al caso en concreto reveló que, la investigación que adelantó la Fiscalía en contra de su representado fue superflua, ya que se aportó un solo informe de investigador de campo y por ende solicita se examine tal circunstancia dentro del análisis que efectuó la Corporación.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 15 de abril de 2020, radicado N°49672 M.P. EYDER PATIÑO CABRERA.

Finalmente solicita se revoque la decisión objeto de apelación y de no proceder, se le conceda a su prohiado el subrogado penal de la prisión domiciliaria.

5.1.2 Intervención del abogado CARLOS ANDRÉS VALENZUELA Procurador Judicial II Penal en su condición de no recurrente.

Manifestó el Ministerio Público que, el problema jurídico versa sobre la antijuricidad material, en consideración a que la defensa sustentó que la afectación al bien jurídicamente tutelado se encontraba justificado, esto de conformidad con lo normado en artículo 33, Numeral 7, del estatuto Penal Castrense, que trata sobre un estado de necesidad, al indicar que el señor SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN** abandonó las filas del servicio militar en razón a la situación económica de su familia y por la afectación médica de su padre y de su hermano.

Lo anterior, al indicar la defensa que el padre del condenado sufría de displasia de cadera y su hermano padecía conjuntivitis, que el SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN** al salir de permiso constató tal situación y entonces decidió no regresar, señalando el Ministerio Público que la defensa pretendió probar dicha situación con los testimonios de la progenitora del condenado y con el testimonio del propio soldado.

En tal sentido, el Ministerio Público no comparte la tesis de la defensa, pues no se demostró que efectivamente existiera un peligro inminente, ni se proporcionaron pruebas o evidencias médicas respecto del estado de salud del padre y del hermano del SL18.

RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN.

Como consecuencia, consideró una falla de la defensa, el no haber aportado evidencia en concreto, que sustentara su tesis defensiva y que en última dejó sus argumentos huérfanos, sin fundamento probatorio.

Ahora bien, respecto de la precariedad económica de la familia del condenado, señaló el Ministerio Público que, la defensa no probó que existiera un peligro inminente, el cual resultara a convertirse en dañino o que en últimas mostrara sus efectos en hechos que justifica precisamente la acción de salvaguardar esos derechos ya que no se demostró probatoriamente tal circunstancia.

Consideró que el condenado tenía otros medios alternativos con los cuales podía conjurar esa supuesta precariedad económica sin necesidad de incurrir en el delito, medidas o mecanismos en las que el Ejército Nacional apoya cuando se presentan esta serie de situaciones, pudiendo acudir a sus superiores e informar su estado, y señaló que quizás se le hubiera podido brindar una ayuda más idónea.

Finalmente solicitó se confirme el fallo condenatorio proferido por el Juez 1301 Penal Militar y Policial de Conocimiento, en contra del SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN**, por el delito de DESERCIÓN.

5.1.3 Intervención de la Capitán de Corbeta PAOLA TATIANA PERAZA TRASLAVIÑA Fiscal 2401 Penal Militar y Policial Delegada ante Jueces de Conocimiento, en su condición de no recurrente.

Inicialmente manifestó estar sorprendida con los argumentos de la defensa, en el entendido de señalar que tan solo en el juicio se enteró de la situación familiar que tenía el señor SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN**, indicando que, el condenado sí sabía de la investigación que se le adelantaba y aun así no quiso ejercer su derecho a la defensa material, señalando que, la defensa tenía la posibilidad de solicitar de manera anticipada la preclusión de la investigación.

Refirió no comprender los argumentos de la defensa donde indicó que la Fiscalía debió haber probado la situación del SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN** por la cual estaba atravesando al momento de la Comisión de la conducta.

Al respecto la Fiscalía trajo a colación la sentencia C- 067 del 2021, de la Honorable Corte Constitucional donde se consideró:

“...El principio de igualdad de armas en el proceso penal es un mandato constitucional que se deriva de los derechos al debido proceso (artículo 29), de acceso a la administración de justicia (artículo 229) y a la igualdad (artículo 13). Esta garantía supone que las partes cuenten con medios procesales homogéneos de acusación y de defensa, de tal forma que gocen de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación (...) La jurisprudencia de esta Corte ha establecido que el principio de igualdad de armas constituye una de las garantías fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria. Esto ocurre porque se trata de un modelo adversarial en el que los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección (...) Cabe resaltar que en este sistema penal la competencia de la Fiscalía se circunscribe a recaudar el material de convicción necesario para formular la acusación contra el imputado. Esto quiere decir que el ente acusador no está obligado a recaudar evidencias que pudieran liberar de responsabilidad penal al procesado...”⁶

Por lo tanto, señaló que, era función de la defensa probar lo que argumentó en juicio con los dos testimonios que presentó, pero reitera que no se probó el peligro inminente, ni la inevitabilidad, tampoco quedó probado que el agente no haya causado el peligro y la finalidad de proteger el bien jurídico, elementos necesarios de un estado de necesidad.

Insistió que, la defensa manifestó que el padre del condenado sufría de una displasia de cadera, pero no obra ningún documento que así lo acredite y respecto

⁶ Sentencia C-067/2021 M.P GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

de la conjuntivitis del hermano del SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN** para esa Fiscalía dicha circunstancia no conlleva a una discapacidad como lo argumentó la defensa.

De otra parte, reitera que tampoco quedó probada la pobreza extrema del núcleo familiar del SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN**, la cual aludió la honorable representante de la defensa.

Así las cosas, solicitó confirmar el fallo condenatorio proferido por el Juez 1301 Penal Militar y Policial de Conocimiento en contra del SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN**, por el delito de DESERCIÓN.

VI. DE LA COMPETENCIA.

Conforme lo establecido en el numeral 3° del artículo 203 de la Ley 1407 de 2010, esta Colegiatura es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del 12 de julio de 2024 adoptada por el Juzgado 1301 Penal Militar y Policial de Conocimiento, dentro de la NC 1100166441002022200143 por el delito de DESERCIÓN mediante la cual se condenó al SL18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN**.

Bajo ese entendido, la Primera Sala procederá a resolver el recurso de alzada interpuesto por la defensa, quien plantea en términos generales que la Fiscalía no desvirtuó la presunción de inocencia de su prohiado, no se tuvo en cuenta el estado de necesidad que presentaba dada la precaria situación económica que padecía la familia y la enfermedad del padre y del hermano del condenado que lo conllevó a decidir quedarse trabajando con su madre, tampoco se demostró por parte de la Fiscalía la afectación del bien jurídico tutelado, dando privilegio a una responsabilidad objetiva que se encuentra proscrita en la normativa penal y constitucional sumado a que no se realizaron las labores de búsqueda del condenado cuando es claro que siempre ha vivido en la Vereda Quebrada Honda en el Municipio de Sibaté - Cundinamarca, requiriendo finalmente que se le conceda la prisión domiciliaria a su prohiado en caso de que no se revoque la sentencia condenatoria emitida por el Juez de Conocimiento.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero recordar frente a la apelación, que ésta se desarrolla bajo los presupuestos del principio de limitación⁷, por tal motivo la segunda instancia no

⁷ "En el desarrollo interpretativo de esa disposición, esta Sala ha sostenido que "el funcionario judicial de segunda instancia no goza de libertad para decidir, pues no se encuentra ante una nueva oportunidad para emitir un juicio fáctico y jurídico sobre el asunto, sino que su labor consiste en realizar un control de legalidad de la decisión impugnada a partir de los argumentos presentados por el recurrente (...) Con idéntica orientación, la Corporación ha discernido, en providencia más reciente, "que la limitación para el ad quem representa cabal materialización del derecho de

podrá pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad y aquellos inherentes a ésta que se puedan visualizar en el asunto examinado.

7.1 En la sentencia emitida por el Juez 1301 el 12 de julio de 2024 se declaró penalmente responsable al Señor **SL18. RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN** como autor del delito de deserción, a la pena de ocho (08) meses negándole el beneficio de la Condena de Ejecución Condicional de la pena por expresa prohibición del artículo 63, numeral 3 de la Ley 1407 de 2010; frente a esta decisión, la abogada de la defensa funda su tesis principal en que no se desvirtuó la presunción de inocencia, que no se logró probar lo acaecido más allá de la duda razonable y que la decisión del A quo fue especialmente objetiva ya que no tuvo en consideración los presupuestos que llevaron al Joven **RODRÍGUEZ** a actuar de la forma en que lo hizo.

7.2 Al respecto debe indicarse por parte de esta Sala, que se respetan, pero no se comparten las apreciaciones de la defensa, pues muchos de los supuestos que alega en disfavor de la providencia confutada tienen origen en la incipiente labor defensiva que desplegó al interior de las diligencias.

Olvida la Señora defensora que la investigación que se

defensa, en tanto, el contenido estricto de la apelación es el que marca la posibilidad de contradicción para los no impugnantes y mal puede decirse que se garantizó la controversia dialéctica cuando el juez de segundo grado se aparta de ese objeto concreto de debate". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No.39417 del 04 de febrero de 2015, M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

surtió contra su prohiado y que resultó en sentencia condenatoria, se surte en un sistema adversarial propio de los sistemas acusatorios con tendencia mixta, no pudiendo pretender que tal y como sucedía en el sistema inquisitivo anterior, la carga de la prueba se consolidara en cabeza estricta del ente acusador tanto en lo favorable como en lo desfavorable a los intereses del sujeto activo de la conducta.

Vistas las diligencias, se aprecia que aunque hubieron inconvenientes investigativos para dar con el paradero del hoy condenado, pese a las labores que en dicho sentido surtió la Fiscalía y que reposan en el informe del investigador y en las diligencias de control previo y posterior a la búsqueda selectiva de datos, la señora defensora tuvo contacto con el joven **RODRÍGUEZ** desde la audiencia de imputación, y a partir de allí pudo construir una teoría del caso solida que hubiera impedido llegar a instancias del juicio oral si fuera verdad que frente al soldado **RODRÍGUEZ** se consolidaba a su favor la existencia de una causal de justificación como el estado de necesidad que alegó en la audiencia del juicio oral.

Al respecto puede apreciarse que la Señora defensora pesé haberse contactado con el condenado, nunca consolidó una teoría del caso que en los criterios que hoy demanda le hubieran permitido solicitar la preclusión de la investigación a su favor.

Adviértase igualmente que, aunque pudo generar una estrategia defensiva consistente se limitó en la audiencia preparatoria a solicitar en juicio entre otros, el testimonio del soldado en ese momento acusado y el de su señora madre, sin recurrir a otros testimonios o pruebas.

Testimonios vertidos, que además de lánguidos y simples, no advirtieron de forma estricta las calamidades alegadas por la defensora al momento de sus alegatos de cierre en la audiencia de juicio oral y los expuestos ante esta instancia, los cuales adorna con sucesos que de pronto refulgen de su conocimiento propio o de su imaginario, pero que no fueron plasmados bajo las graves connotaciones por ella expuestos y a cargo de los testigos.

De otra parte, debe indicarse que del incipiente interrogatorio realizado al condenado y a la señora madre de aquel (audiencia del 9 de mayo de 2024 minutos 16:17 a 48:00), lo único que se tiene es que el joven no regresó al servicio porque al parecer la mamá se encontraba sola trabajando en labores de la finca, que el papá estaba enfermo, el hermano tenía conjuntivitis y la hermana menor estudiaba; pese a ello nunca se escurdió se hiciera referencia a las apreciaciones de grave calamidad económica y alimentaria que afrontaban y que solo surgen de las palabras de la defensora advirtiéndose aquellas como una falacia argumentativa que acude a la misericordia

pretendiendo más allá de lo probado generar un ambiente de calamidad insuperable que ni siquiera fue insinuado por los testigos, quienes en últimas y en especial el Joven **RODRÍGUEZ** lo limitó a indicar que si no se trabajaba pues se tenían que ir de la finca, dejando en el aire que mentado inmueble en donde viven es de varios tíos, lo que evocaba familiaridad en el entorno que lo envolvía.

7.3 Ahora bien, no existe explicación alguna, para que la defensa evoque la existencia de duda y el no derruimiento de la presunción de inocencia cuando en su exiguo actuar se limitó a citar a los testigos de cargo y plantear afirmaciones que no lograron probarse más allá de eso, dejando entrever que su estrategia defensiva se orientó a dejar en el imaginario del Juez y de esta instancia una situación infortunada que no logró demostrar con el incipiente interrogatorio que desplegó frente a los testigos, omitiendo que frente a la igualdad de armas y el deber que le asistía en su condición debió haber desplegado todo lo que estuviera a su alcance para demostrar que la teoría del caso planteada por la Fiscalía no obedecía a la verdad; pues al respecto debe indicarse que la Fiscalía probó a través de diferentes pruebas, pero en especial a través del testimonio del Sargento GUANUMEN(Audiencia de Corte marcial Minuto 48:49, 1:00:36, 1:01:03 y 1:04:27), que el soldado **RODRÍGUEZ** se ausentó de su servicio sin ninguna justificación, que nunca manifestó encontrarse en una situación apremiante que

lo llevara a tomar esa decisión y que cuando se logró contactarlo aquel refirió que no regresaría porque estaba aburrido y no quería volver.

Bajo esos presupuestos, resulta más que claro que la Fiscalía tenía los argumentos necesarios para indicar que la decisión del soldado **RODRÍGUEZ** de abandonar el servicio era consciente y voluntaria y no tenía ninguna justificante para comportarse de la forma como lo hizo, bajo dichas connotaciones era deber de la defensa mostrar que la teoría del caso de la Fiscalía resultaba errónea dados los conocimientos especiales que en su condición de defensora tenía y que en su sentir justificaban el actuar de su representado.

7.4 Ahora bien, aduce la defensa sin más, que el padre del soldado y su hermano estaban en incapacidad de trabajar, el primero por displasia de cadera y el segundo por conjuntivitis, adujo que no recibían atención médica de algún establecimiento, no obstante, resulta extraño que de acuerdo con los contextos culturales que se avizoran en el testigo **SL. RODRÍGUEZ** y su madre como personas del campo y sin atención médica, se refieran en términos médicos frente a las falencias físicas que sus familiares afrontaban al momento de la deserción, además, no se entiende como la defensa no acudió a otros testigos u otros elementos de prueba para que se acreditara que aquellos problemas de salud conllevaron a la familia a una situación calamitosa insuperable, si bien es

cierto, podría justificarse no traer el testimonio del padre del soldado por la presunta displasia de cadera que según se dice padece, nada excusa que no se hubiera podido traer al hermano que padecía de conjuntivitis para reforzar la teoría de lo planteado, más si en principio se tiene que la enfermedad expresada no es permanente en el tiempo y a la fecha del juicio posiblemente ya no existía.

Es más, si no hubiera sido posible lo expuesto, no existe razón para que la defensa no explorara lo suficiente en lo narrado por los testigos para que a través de aquellos se llegara a un convencimiento claro de las difíciles circunstancias que a título propio adoptó a través de sus argumentos apelativos.

7.5 Conforme lo expuesto, debió tener en cuenta la defensa, que, en el actual sistema adversarial, con igualdad de armas probatorias frente al ente acusador debía desplegar las diligencias necesarias para probar las afirmaciones que de forma generalizada bajo el apelativo de la emoción y la caridad invocó como justificantes del comportamiento de su prohiado.

En ese sentido debió tener en cuenta que, aunque la carga de la prueba en materia penal por virtud del principio de presunción de inocencia, corresponde al ente encargado de investigar y acusar; ello no significa que el acusado no esté obligado a acreditar las circunstancias exculpativas que alega a su favor,

puesto que en el sistema acusatorio no rige el principio de investigación integral, debiendo la defensa demostrar los eventos que se opongan al soporte fáctico de la acusación.

7.6 Al respecto se considera importante traerle a colación a la defensa, lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia⁸, frente al **deber probatorio que le asiste a las partes en el Sistema acusatorio** bajo los lineamientos de la Ley 1407 de 2010 que distan de lo que operaba en la Ley 522 de 1999 de tendencia inquisitiva; y lo que se entiende por la **carga dinámica de la prueba** que en últimas establece que la parte que alega circunstancias que no son posibles de verificar o de difícil acceso a la contraparte deben ser probadas por quien las alega, Obsérvese lo que se indica al respecto⁹:

"...la jurisprudencia de la Sala ha venido señalando¹⁰ que en el actual sistema consagrado en la Ley 906 de 2004 la carga de la prueba corresponde al Estado en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. Ello, no significa, como lo entiende la defensa que el ente acusador tenga la tarea de adelantar la totalidad de la actividad probatoria; o lo que es lo mismo, no está obligada la Fiscalía General de la Nación a acopiar toda la prueba de cargo o de descargo. Y es que contrario a lo que sucedía con la Ley 600 de 2000 el fiscal estaba en el deber legal de averiguar tanto lo favorable como lo desfavorable, lo que implica, a simple vista, facilitar un rol mucho más pasivo de la defensa

⁸ CSJ AP, 24 nov. 2005, rad. 24323; CSJ AP, 15 sep. 2010, rad. 33993, y CSJ AP, 27 jul. 2011, rad. 36144.

⁹ Corte Suprema de Justicia Proceso 32405 del 11/11/2009

¹⁰ Cfr. entre otras 31103, 27 de marzo de 2009.

como que al ser recogida la totalidad de la prueba, hacía uso de la que le servía para sus intereses o no¹¹.

Situación diversa es, que, por virtud del principio de lealtad procesal, la Fiscalía General de la Nación esté obligada a descubrir en la oportunidad prevista en el artículo 337 del Código de Procedimiento Penal la totalidad de las pruebas que hayan llegado a su conocimiento por razón de la actividad investigativa desarrollada, sin que ello implique que se le conmine a llevarlas dentro de su teoría del caso, ora hacerlas valer en juicio. Allí surge justamente el nuevo papel, dinámico, de la defensa. Así lo ha entendido la jurisprudencia de la Sala:

"...Ahora, en el sistema acusatorio que rige la solución del caso examinado, se hace mucho más evidente esa obligación para la defensa de presentar, si busca derrumbar el efecto de la prueba de cargos, prueba que la desnaturalice o controvierta, dado que ya no existe la obligación para la Fiscalía de investigar tanto lo desfavorable como lo favorable al procesado, en tanto, se trata de un sistema de partes o adversarial bajo cuyo manto el ente investigador debe construir una teoría del caso y allegar los elementos de juicio que, cabe resaltar, bajo el imperio del principio de libertad probatoria, la soporten.

Y si en ese camino investigativo se encuentra la Fiscalía con elemento de juicio que puedan servir a la teoría del caso de la defensa, su obligación se limita, dentro del principio de transparencia y para hacer efectiva la igualdad de armas, a

¹¹ Así lo expreso la Sala en la decisión atrás referida: "...Ello no significa, empero, que toda la actividad probatoria deba ser adelantada por la Fiscalía, a la manera de entender que, junto con la prueba de cargos, se halla obligada a recoger todo cuanto elemento probatorio pueda ir a favor de cualesquiera posturas de su contraparte, o mejor, de la específica teoría del caso de la parte defensiva...".

descubrirlos y dejarlos conocer a la contraparte, pero no, y aquí se hace necesario resaltar el punto, está obligado a presentarlo como prueba dentro del juicio oral, por manera que si la defensa no lo pidió -como carga que le compete para desvirtuar la acusación-, ese elemento no puede ser considerado para efectos de tomar la decisión final..."¹².

"...desconoce, por completo, la transformación que sufrió la Fiscalía, en cuando a sus funciones, en el actual sistema penal acusatorio, la cual se puede sintetizar así:

El fiscal de la Ley 600 está regido por el principio de imparcialidad, que emerge de disposiciones como las contenidas en los artículos 2, 5, 12, 20, 100, 102, 145 numerales 1 y 5, 234 y 534, mientras que el de la Ley 906 se guía por la objetividad (artículos 115 y 142-1).

El fiscal instructor de la Ley 600 debe efectuar una investigación integral (artículos 20 y 134), con imparcialidad en la búsqueda de la prueba (artículo 234), mientras que tal mandato no existe para el fiscal de la Ley 906, quien simplemente debe adelantar la investigación de los hechos que revistan la característica de un delito y, en caso de formular acusación, debe hacer descubrimiento de todos los elementos materiales probatorios que posea, incluso los que sean favorables al procesado (artículos 15 y 142-2).

Del artículo 250 de la Constitución Política fue eliminado el inciso según el cual: "La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado [...]".

En la Ley 600 el fiscal es director del proceso

¹² Corte Suprema de Justicia Proceso 31103, 27 de marzo de 2009 M.P Sigifredo Espinoza Pérez

durante la etapa de sumario o instrucción y cuando inicia el juicio se convierte en sujeto procesal (artículos 26 y 400). El Fiscal de la Ley 906 siempre es parte..."

En resumen, en el sistema penal acusatorio el fiscal no sólo **no tiene el deber de hacer una investigación integral, sino que no es el único que investiga; la defensa también debe hacerlo**¹³.

7.7 Ahora obsérvese lo que se precisa en el tema atinente a la **carga dinámica de la prueba**¹⁴:

"(...) Sobre el principio de carga dinámica de la prueba en el proceso penal acusatorio, valga recordar lo que ha sostenido la Corporación en CSJ SP, 25 may. 2011 Rad. 33660:

La carga de la prueba implica la necesidad de aportar el medio de convicción que acredita un hecho, obligación que recae sobre quien lo alega en su favor, de donde pueden derivarse consecuencias adversas por la actitud procesal de las partes en caso de que en el trámite se extraña la prueba del hecho que beneficia a una de ellas, pudiendo ser aportada por aquel al que favorece, ante la demostración de lo perseguido por el adversario.

La carga de la prueba en el campo penal como manifestación del principio de presunción de inocencia y del derecho a la igualdad, no se torna absoluta como para que se avale la actitud pasiva de la parte acusada, pues en situaciones en las que emerge una dificultad en la parte acusadora para probar determinado hecho, pero la parte acusada cuenta con la facilidad de aportar el medio

¹³ Corte Suprema de justicia AP8308-2016, 30/11/2016 M.P José Luis Barceló

¹⁴ Corte Suprema de Justicia AP1558-2015 25/03/2015 M.P Fernando Alberto Castro Caballero

necesario para ello, siempre que beneficie sus intereses, se hace necesario restablecer el equilibrio en procura que la prueba de la circunstancia controvertida, sea aportada por la parte que puede acceder al medio de convicción. Es lo que se conoce como la categoría de carga dinámica de prueba, inicialmente desarrollada en el derecho privado, pero ahora aplicable al derecho penal sin que se transgreda la presunción de inocencia...”

Aspectos que coinciden con los preceptos que ha reconocido la Corte Constitucional dentro de otros ámbitos judiciales diferentes al penal¹⁵.

¹⁵Sentencia C-086/16

5.- Cargas procesales, razonabilidad y proporcionalidad

5.1.- En la configuración de los procesos judiciales, el Legislador no solo ha de tener presente la misión del juez en un Estado Social de Derecho. También debe evaluar si las cargas procesales asignadas a las partes son razonables y proporcionadas.

En efecto, el proceso, como mecanismo a través del cual se materializa el derecho de acceso a la administración de justicia, inexorablemente conlleva la existencia de ciertas obligaciones de índole procesal o sustancial que la ley puede distribuir entre las partes, el juez o incluso terceros intervinientes, “ya sea para asegurar la celeridad y eficacia del trámite procesal, proteger a las mismas partes e intervinientes o bien para prevenir situaciones que impliquen daño o perjuicio injustificado a todos o algunos de ellos”[50]. Teniendo en cuenta que el ejercicio de todos los derechos y libertades reconocidos en la Constitución implica responsabilidades, ello no es más que una concreción del mandato previsto en el artículo 95-7 de la Carta Política, según el cual son deberes de la persona y del ciudadano “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia”.

5.2.- La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia[51], recogida en varias ocasiones por la Corte Constitucional[52], ha establecido la diferencia entre deberes, obligaciones y cargas procesales, en los siguientes términos:

“Son deberes procesales aquellos imperativos establecidos por la ley en orden a la adecuada realización del proceso y que miran, unas veces al Juez (Art. 37 C. de P. C.), otras a las partes y aun a los terceros (Art. 71 ib.), y su incumplimiento se sanciona en forma diferente según quien sea la persona llamada a su observancia y la clase de deber omitido (arts. 39, 72 y 73 ibídem y Decreto 250 de 1970 y 196 de 1971). Se caracterizan porque emanan, precisamente, de las normas procesales, que son de derecho público, y, por lo tanto, de imperativo cumplimiento en términos del artículo 6° del Código.

Las obligaciones procesales son, en cambio, aquellas prestaciones de contenido patrimonial impuestas a las partes con ocasión del proceso, como las surgidas de la condena en costas que, según lo explica Couture, obedecen al concepto de responsabilidad procesal derivada del abuso del derecho de acción o del derecho de defensa. “El daño que se cause con ese abuso, dice, genera una obligación de reparación, que se hace efectiva mediante la condenación en costas”. (“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, número 130).

Finalmente, las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso.

Como se ve, las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa". (Subrayado fuera del texto).

Una característica de las cargas procesales es entonces su carácter potestativo (a diferencia de la obligación procesal), de modo que no se puede constreñir a cumplirla. Una característica es que la omisión de su realización "puede traer consecuencias desfavorables para éste, las cuales pueden ir desde la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal hasta la pérdida del derecho material"[53]. En palabras ya clásicas, "la carga funciona, diríamos, à double face; por un lado el litigante tiene la facultad de contestar, de probar, de alegar; en ese sentido es una conducta de realización facultativa; pero tiene al mismo tiempo algo así como el riesgo de no contestar, de no probar, de no alegar. El riesgo consiste en que, si no lo hace oportunamente, se falla en el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones. Así configurada, la carga es un imperativo del propio interés"[54].

5.3.- La Corte ha señalado en forma insistente que evadir el cumplimiento de las cargas procesales no es un criterio avalado por la jurisprudencia constitucional, "en la medida en que el desconocimiento de las responsabilidades de las partes en el proceso atentaría contra los mismos derechos que dentro de él se pretenden proteger y llevaría por el contrario a la inmovilización del aparato encargado de administrar justicia". Autorizar libremente el incumplimiento de las cargas procesales "llevaría al absurdo de permitir que se propenda por perseguir intereses a través de la jurisdicción sin limitaciones ni restricciones procesales, incluso alegando la propia culpa o negligencia"[55], lo que desde luego rechaza la jurisprudencia constitucional[56].

Sin embargo, en la misma providencia precisó que "ello no significa que toda carga por el solo hecho de ser pertinente para un proceso, se encuentre acorde con la Constitución, puesto que si resulta ser desproporcionada, irrazonable o injusta, vulnera igualmente la Carta y amerita la intervención de esta Corporación. En estos casos, como ocurre con las normas procesales en general, será pertinente determinar si sus fines son constitucionales y si la carga resulta ser razonable y proporcional respecto a los derechos consagrados en la norma superior".

En otras palabras, que "una carga procesal capaz de comprometer el goce efectivo del derecho de acceso a la justicia de una persona es inconstitucional cuando es irrazonable y desproporcionada"[57]. Para ello será preciso evaluar si la carga procesal persigue una finalidad compatible con la Constitución, si es adecuada para la consecución de dicho objetivo, y si hay una relación de correspondencia entre la carga procesal y el fin buscado, de manera que no se restrinja severamente o en forma desproporcionada algún derecho constitucional[58].

6.- Carga dinámica de la prueba, deberes de las partes y atribuciones del juez como director del proceso.

6.1.- Una de las principales cargas procesales cuando se acude a la administración de justicia, en general, y a la jurisdicción civil, en particular, es la concerniente a la prueba de los hechos que se alegan. **La carga de la prueba es un elemento característico de los sistemas procesales de tendencia dispositiva.** Se conoce como principio "onus probandi", el cual indica que por regla general corresponde a cada parte acreditar los hechos que invoca, tanto los que sirven de base para la demanda como los que sustentan las excepciones, de tal manera que deben asumir las consecuencias negativas en caso de no hacerlo.

De acuerdo con la doctrina, esta carga procesal se refiere a "la obligación de 'probar', de presentar la prueba o de suministrarla, cuando no el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no existencia de un hecho afirmado, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero". En tal sentido la Corte Suprema de Justicia ha explicado cómo en el sistema procesal se exige, en mayor o menor grado, que cada uno de los contendientes contribuya con el juez al esclarecimiento de la verdad:

“En las controversias judiciales, por regla general, cada una de las partes acude al juez con su propia versión de los hechos, esto es, que presenta enunciados descriptivos o proposiciones fácticas a partir de las cuales pretende generar un grado de convencimiento tal, que sea suficiente para que se emita un pronunciamiento favorable al ruego que se eleva ante la jurisdicción. Dicho de otro modo, en el punto de partida de toda controversia procesal, cada uno de los extremos del litigio intenta convencer al juez de que las descripciones que presenta coinciden con la realidad y, a partir de aquéllas, justamente, propicia el litigio.

De esa manera, cuando hay una genuina contención, el sistema exige que cada uno de los contendientes correlativamente contribuya a que el juez supere el estado de ignorancia en el que se halla respecto de los hechos debatidos, tarea que por lo general concierne al demandante respecto de sus pretensiones, y al demandado respecto de las excepciones.

Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan”[83].

Esta institución pretende que quien concurre a un proceso en calidad de parte asuma un rol activo y no se limite a refugiarse en la diligencia del juez ni se beneficie de las dificultades probatorias o mala fortuna de su contraparte. En otras palabras, “las partes en el proceso deben cumplir con el deber de diligencia en lo que pretenden probar. Ninguna debe obrar con inercia porque ello causa que las consecuencias adversas de la decisión sean deducidas en su contra. El proceso no premia la estrategia sino la solución del conflicto con la participación de las partes”[84].

En el ordenamiento jurídico colombiano el postulado del “onus probandi” fue consagrado en el centenario Código Civil[85]. Se mantuvo en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil de 1970 con la regla según la cual “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, con excepción expresa de los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas[86].

6.2.- Sin embargo, el principio de la carga de la prueba (onus probandi) es un postulado general que admite excepciones en cuanto a la demostración de ciertos hechos. Algunas excepciones son derivadas del reconocimiento directo de un acontecimiento por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo debido a su amplia difusión (hechos notorios). Otras se refieren a aquellos hechos que por su carácter indeterminado de tiempo, modo o lugar hacen lógica y ontológicamente imposible su demostración para quien los alega (afirmaciones o negaciones indefinidas)[87]. Y otras son consecuencia de la existencia de presunciones legales o de derecho, donde “a la persona el sujeto procesal favorecido con la presunción solo le basta demostrar el hecho conocido que hace creíble el hecho principal y desconocido, de cuya prueba está exento”[88].

Todas ellas responden por lo general a “circunstancias prácticas que hacen más fácil para una de las partes demostrar la verdad o falsedad de ciertos hechos”, donde el traslado de las cargas probatorias “obedece a factores razonables, bien por tratarse de una necesidad lógica o por expresa voluntad del legislador, para agilizar o hacer más efectivo el trámite de los procesos o la protección de los derechos subjetivos de la persona”[89].

6.3.- Con todo, el abandono de una concepción netamente dispositiva del proceso, al constatarse cómo en algunos casos surgía una asimetría entre las partes o se requería de un nivel alto de especialización técnica o científica que dificultaba a quien alegaba un hecho demostrarlo en el proceso, condujo a revisar el alcance del “onus probandi”. Fue entonces cuando surgió la teoría de las “cargas dinámicas”, fundada en los principios de solidaridad, equidad (igualdad real), lealtad y buena fe procesal, donde el postulado “quien alega debe probar” cede su lugar al postulado “quien puede debe probar”[90].

La teoría de la carga dinámica de la prueba halla su origen directo en la asimetría entre las partes y la necesidad de la intervención judicial para restablecer la

igualdad en el proceso judicial. Quizá el caso más representativo -no el único-, que en buena medida dio origen a su desarrollo dogmático, jurisprudencial y legal, es el concerniente a la prueba de las malas prácticas médicas:

“Ciertamente es que la susodicha [doctrina de las cargas probatorias dinámicas] nació como un paliativo para aligerar la impropia tarea de producir pruebas diabólicas que, en ciertos supuestos, se hacían caer sin miramientos, sobre las espaldas de algunas de las partes (actor o demandado) por mal entender las tradicionales y sacrosantas reglas apriorísticas de distribución de la carga de la prueba (...). Sin embargo, la fuerza de las cosas demostró, verbigracia, que imponerle al actor víctima de una lesión quirúrgica en el interior del quirófano, la prueba acabada de lo que había ocurrido y de cómo había ocurrido, resultaba equivalente a negarle toda chance de éxito”[91].

De esta manera, la noción de carga dinámica de la prueba, “que no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla”[92], supone reasignar dicha responsabilidad, ya no en función de quien invoca un hecho sino del sujeto que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo[93].

6.4.- Como quiera la legislación procesal colombiana no hizo referencia a la noción de carga dinámica de la prueba, al menos de manera directa (hasta la aprobación de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso), su reconocimiento vino de la mano de la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado en asuntos de responsabilidad por falla presunta en el servicio médico[94], como de la Corte Suprema de Justicia en el ámbito de la responsabilidad civil. Esta última, por ejemplo, hizo referencia expresa a criterios de lealtad procesal, colaboración, justicia y equidad[95].

6.5.- Es importante poner de presente que estas posturas jurisprudenciales encontraron abono fértil con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991. En efecto, la teoría de la carga dinámica de la prueba tiene amplio sustento constitucional, especialmente en los postulados característicos del rol del juez en un Estado Social de Derecho, que según fue explicado anteriormente propugna por un papel activo -pero también limitado- en la realización del derecho a la tutela judicial efectiva y la prevalencia del derecho sustancial y de la consecución de un orden justo.

En efecto, en varias oportunidades la Corte Constitucional ha destacado la necesidad de activar la función directiva del juez no solo para decretar pruebas en forma oficiosa sino para redistribuir las cargas probatorias entre los sujetos procesales.

Por ejemplo, esta corporación ha señalado que una vez probada la existencia de un trato desigual para iguales o un trato igual para desiguales, “la carga probatoria se invierte, pues ahora corresponde probar la razonabilidad y proporcionalidad del trato a quien lo otorga”[96].

También ha sostenido que en los casos en los cuales una persona se encuentra en posición de debilidad o de subordinación frente a otra persona o autoridad, de quien se cuestiona la vulneración de un derecho, es preciso distribuir la carga de la prueba a favor de la parte menos fuerte de la relación, como por ejemplo en el ámbito laboral[97]. Lo propio ha señalado la Corte en casos en los que alega la existencia de tratos crueles, inhumanos o degradantes por parte de superiores jerárquicos en el ámbito castrense. En palabras de la Corte:

“La regla general en materia de pruebas en los procesos de tutela consiste en que quien alega la vulneración de un determinado derecho fundamental debe probar los hechos que sustentan su acusación en la medida en que ello le sea posible[98]; por tal razón, en cierto tipo de casos, en los cuales quien alega la violación de su derecho se encuentra en posición de debilidad o subordinación frente a la persona o autoridad de quien proviene la violación, se ha dado un alcance distinto a dicho deber probatorio, distribuyendo la carga de la prueba en favor de la parte menos fuerte en la relación, de forma tal que ésta únicamente se vea obligada a demostrar -con pruebas adicionales a su declaración consistente y de buena fe- aquellos hechos que estén en la posibilidad material de probar, correspondiéndole a la otra parte la prueba de las circunstancias que alegue en su favor para desvirtuar lo alegado en su contra. Así ha sucedido, por ejemplo, en múltiples casos relacionados con discriminación en el ámbito laboral[99]. La justificación de esta distribución de la carga de la prueba radica en la dificultad con la que cuenta la parte débil de una

Resulta claro entonces, que era deber de la defensa probar aquello que era desconocido para la Fiscalía y que no estaba en la obligación deber de tratar desde su connotación de acusador; siendo muy distinto que en

determinada relación para acceder a los documentos y demás materiales probatorios necesarios para acreditar que cierta situación le es desfavorable y constituye un desconocimiento de sus derechos; es de elemental justicia que sea la parte privilegiada y fuerte, por su fácil acceso a los materiales probatorios en cuestión, quien deba asumir dicha carga procesal. Por eso, en materia de tutela, la regla no es "el que alega prueba", sino "el que puede probar debe probar", lo cual redistribuye la carga probatoria en beneficio de la protección de los derechos[100].

Para la Sala, esta misma regla probatoria debe ser aplicada en los casos de las personas que prestan servicio militar y que alegan la existencia de una determinada vulneración de sus derechos fundamentales por parte de sus superiores, en particular cuando se trata de afirmaciones relativas a tratos crueles, inhumanos o degradantes. La situación de subordinación de estos individuos frente a un aparato militar estructurado en forma jerárquica, hace virtualmente imposible para la persona que presta servicio militar obligatorio acceder a los materiales probatorios pertinentes"[101].

Otro ejemplo de inversión de la carga probatoria se predica de algunos sujetos de especial protección que se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta, como en el caso de los portadores de VIH que reclaman una pensión (de quienes se presume su condición de dependencia económica)[102], así como de ciertos actos de discriminación contra sujetos o grupos históricamente discriminados[103].

Este Tribunal también ha avalado la regulación probatoria de las acciones de grupo prevista en el artículo 30 de la ley 472 de 1998[104]. Según la norma, aunque por regla general la carga corresponde al demandante, "si por razones de orden económico o técnico dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella".

De igual forma, ha aceptado que en el ejercicio de la acción de extinción de dominio tenga aplicación la teoría de la carga dinámica de la prueba. Al respecto, en la Sentencia C-740 de 2003 sostuvo:

"De allí que al afectado con el ejercicio de la acción de extinción de dominio, le sea aplicable la teoría de la carga dinámica de la prueba, de acuerdo con la cual quien está en mejores condiciones de probar un hecho, es quien debe aportar la prueba al proceso. Así, en el caso de la acción de extinción de dominio, ya que el titular del dominio sobre los bienes es el que está en mejores condiciones de probar su origen lícito, es él quien debe aportar las pruebas que acrediten ese hecho y que desvirtúen el alcance de las pruebas practicadas por las autoridades estatales en relación con la ilícita procedencia de esos bienes[105]." (Resaltado fuera de texto)

6.6.- Como corolario de lo expuesto puede afirmarse que, en términos abstractos, la teoría de la carga dinámica de la prueba no solo es plenamente compatible con la base axiológica de la Carta Política de 1991 y la función constitucional atribuida a los jueces como garantes de la tutela judicial efectiva, de la prevalencia del derecho sustancial y de su misión activa en la búsqueda y realización de un orden justo. Es también compatible con los principios de equidad, solidaridad y buena fe procesal, así como con los deberes de las partes de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia.

Lo que resta por examinar es entonces si, en el ámbito específico del Código General del Proceso, la consagración de la carga dinámica de la prueba como una potestad del juez y no como un imperativo universal vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, o si por el contrario es expresión constitucionalmente válida de la potestad de configuración del Legislador.

el desarrollo de las diligencias por aquella realizadas se le hubiera planteado y hubiese tenido acceso al conocimiento de la información que tenía la defensa y que siempre estuvo bajo su estricto y reservado conocimiento y solo se mencionó al momento de la audiencia preparatoria de forma muy somera y generalizada en el sentido de que la Señora GLADYS ÁVILA y el hoy condenado explicarían las razones que llevaron a **RODRÍGUEZ** a actuar de la forma como lo hizo(minuto 7:39 a 8:12).

7.8 Frente a lo indicado no se puede negar que efectivamente la presunción de inocencia es uno de los pilares que sustentan el sistema Penal y que correspondía a la Fiscalía Militar llevar más allá de toda duda razonable la convicción del fallador frente a los presupuestos estructurales del delito de deserción en lo que concierne a su tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta y ello no tiene discusión; pero en este sentido se tiene que no asiste razón a la defensa cuando plantea violación al principio invocado, pues la fiscalía logró probar su tesis de cargo en el sentido de que el soldado **RODRÍGUEZ** se ausentó por más de 5 días de su servicio sin estar autorizado para ello y sin justificación alguna, afectando de forma evidente el bien jurídico del servicio y que lo mismo lo hizo de forma voluntaria y consciente sin que se avizorara a su favor alguna situación que le impidiera haberse comportado conforme a derecho o estuviera bajo alguna

connotación que le impidiera comprender lo que hacía.

Situación ésta que ameritaba entonces por parte de la defensa derruirse con la prueba de la justificante que invocaba; aspecto que aunque para algunos podría verse como una inversión de la carga probatoria, en últimas no lo convierte como tal dadas las connotaciones de lo que hoy como ya fue explicado se conoce como carga dinámica de la prueba, y en donde la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia frente al principio de presunción de inocencia indicó que en casos en donde el contenido subjetivo de la descripción típica del delito abarca esferas tan internas del sujeto agente, es suficiente para la fiscalía acreditar, además de la antijuridicidad y culpabilidad, el elemento objetivo del tipo¹⁶:

"...Pero si bien es cierto que el principio de presunción de inocencia demanda del Estado la demostración de los elementos suficientes para sustentar una solicitud de condena, ha de admitirse al mismo tiempo que en eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando las evidencias suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esa evidencia, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión. El anterior criterio, estrechamente relacionado con el concepto de «carga dinámica de la prueba», que ya ha sido desarrollado por la Sala¹⁷ reconociendo su muy limitada aplicación en el campo penal, porque no se trata de variar el principio de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la

¹⁶ Tribunal Superior de Medellín Sala Penal SALA DE DECISION PENAL Radicado 052126000201201704198 del 13 de septiembre de 2019 M.P. Leonardo Efraín Cerón Eraso.

¹⁷ Fallo de casación del 9 de abril de 2008, radicado No. 23.754

Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de la responsabilidad penal, posibilita que procesalmente se exija a la parte que tiene la prueba, que la presente, para que pueda cubrir así los efectos que busca de ella. Lo anterior, porque dentro de criterios lógicos y racionales no puede desconocerse que la dinámica de los acontecimientos enfrenta a la judicatura en muchas de las veces a situaciones en las cuales se aduce la existencia de elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor, que los invocan para demostrar circunstancias que controvierten las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, y que por lo tanto es a ellos a quienes corresponde allegarlos al proceso si quieren obtener los reconocimientos que de los mismos buscan. Por eso, dijo la Sala en el antecedente citado, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado –no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste–, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho procesal penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer...”¹⁸.

7.9 Así las cosas, resulta claro que en el caso que concita la atención de la Sala lo exigible a la defensa más allá de demostrar la inocencia de su prohiado era derruir la tesis de la fiscalía quien cumplió la carga probatoria que le era obligatoria en su condición de acusador, más, cuando lo presuntamente acaecido y como excusable de su conducta solo era de conocimiento del condenado y la defensora y con base en ello es que se cree la defensa permitió que **RODRÍGUEZ** renunciara al derecho fundamental de guardar silencio que le asistía, junto con su madre.

¹⁸ CSJ, SP 13 mayo de 2009, rad. 31147

Conforme a lo expuesto, no se accederá a la petición de la defensa de revocar la sentencia emitida en contra del joven **SL18. RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN** pues la Fiscalía tal y como se indicó en la decisión objeto de recurso logró probar que aquel en desarrollo de su servicio militar le fue otorgado un permiso a partir del 21 de agosto de 2022, el cual vencía el 4 de septiembre del mismo año, sin que hiciera presentación ante la Institución Militar pasados los 5 días de vencimiento de aquel, siendo que no se encontraron a su favor causales justificantes que le ameritaran actuar de la forma en que lo hizo, pues nunca dio a conocer a sus superiores que había acontecido, sino que simplemente se limitó a nunca más volver a presentarse, sin importarle las obligaciones adquiridas con relación al servicio voluntario que había asumido con la Patria afectando de forma efectiva el bien jurídico del servicio, pues su ausencia mermó la disponibilidad de vigilancia, reacción y seguridad que soportaba el Batallón al cual se encontraba adscrito, y en donde se debió acudir al personal que allí se encontraba para suplir su ausencia.

Así mismo, porque la defensa no logró concretar los elementos de la causal de justificación invocada y que hacen referencia al estado de necesidad en donde confluye la existencia de dos o más bienes jurídicos que se sacrifican en pro de uno de mayor envergadura sea a cargo del titular del mismo o de un tercero,

siempre que no exista una alternativa diferente y existente al respecto.

Jurisprudencialmente¹⁹ se ha indicado que el estado de necesidad puede ser invocado bajo el cumplimiento de los siguientes requisitos: **i)** existir un riesgo, un daño o peligro; **ii)** ese riesgo, daño o peligro debe ser actual o inminente; **iii)** la conducta ejecutada debe tener como único propósito proteger un derecho propio o ajeno, es decir, la finalidad debe ser la protección del bien; **iv)** el daño o peligro no puede evitarse de otra forma, procedimiento o por otro actuar; **v)** el daño causado debe ser de menor entidad o gravedad; **vi)** el daño o peligro que se pretende evitar no debe ser causado por el agente de manera intencional o por imprudencia y, **vii)** el agente no debe tener el deber jurídico de afrontar ese peligro²⁰; presupuestos que no logró convalidar la defensa con el testimonio del condenado Soldado **RODRÍGUEZ** y el de su señora madre, en el sentido que no se pudo determinar si con el solo trabajo de la Señora GLADYS ÁVILA, de la cual no se indicó padeciere algún tipo de enfermedad, lo mismo no fuera suficiente para proveer el núcleo familiar y las necesidades alimentarias y económicas de aquellos; tampoco logró deslindar que la presencia de **RODRÍGUEZ ÁVILA** en su hogar justificara su ausencia en el servicio militar bajo el presupuesto

¹⁹ Cfr. Sentencias: radicado 43033 del 05 de marzo de 2014, MP. DR. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO, radicado 32614 del 17 de agosto de 2011 MP. DR. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, radicado 8523 DEL 17 DE AGOSTO DE 1993 MP. DR. GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ, Corte Suprema de Justicia y Sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006 MP. DR. JAIME ARAUJO RENTERIA Corte Constitucional; entre otros.

²⁰ Derecho Penal, parte general, ALFONSO REYES ECHANDIA, Editorial Temis S.A., Bogotá -Colombia- 1987 -decima primera edición-.

de que el bien que sacrificaba se oponía a uno de mayor relevancia como fuera el de la vida u otros de sus familiares, pues a pesar de indicarse dentro de los testimonios que el padre del soldado padecía de displasia de cadera y el hermano de aquel de conjuntivitis no se ahondó en el hecho de que lo mismo constituyera una incapacidad de limitación absoluta que les impidiera sustentarse; de otra parte del testimonio rendido por el soldado condenado se zanjó que la finca es familiar ya que es propiedad de unos tíos, lo que da a entender que era una comunidad de trabajo filial de donde no se pudo excluir con el interrogatorio que, los familiares del soldado pudieran haber proveído algún tipo de ayuda a sus familiares y en su ausencia, pese a que debían trabajar.

VIII. OTRAS CONSIDERACIONES

8.1 De la Prisión domiciliaria

Aduce la señora defensora que en caso de que no se revoque la decisión objeto de apelación se conceda a su prohijado la prisión domiciliaria.

En ese orden, fuera del caso desatender la petición de la defensa por estimar que el argumento contentivo de la misma carece de la sustentación mínima para que pueda ser apreciada como tal, no obstante, esta

Colegiatura acogiendo el principio de caridad²¹ analizará las minúsculas precisiones esbozadas por la recurrente que constituyen presupuestos a considerar, en aras a garantizar los derechos del condenado de acuerdo a los recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y de este Tribunal en donde ha resuelto otorgar de oficio la concesión del subrogado invocado en aras a garantizar el derecho a la dignidad y la igualdad de las personas sin importar la condición que ostenten, lo anterior en atención además, a los eventos que se surtieron dentro de las diligencias, especialmente en la del juicio oral en donde se planteó de forma unívoca a cargo del ente Fiscal y la Defensa ante el Juez de Conocimiento atender el arraigo probado del hoy condenado y la ausencia de antecedentes penales a su favor para que se impusiera en caso de condena la pena mínima; y finalmente porque resultaría contrario a los intereses del condenado que por parte de esta Instancia se obligara a la defensa a plantear la solicitud del Subrogado ante la Primera Instancia como debería ser, en atención a que se aprecian se cumplen los requisitos de Ley para la concesión del sustituto en los términos que ha plasmado la Corte Suprema en línea

²¹ Acorde con la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el principio de caridad propio de la filosofía analítica comporta que el intérprete, como receptor del lenguaje común empleado por otro, suponga dentro de la comprensión y comunicación lingüística que las afirmaciones son correctas a efectos de desentrañar el sentido de las mismas. De esta forma, el operador judicial hará caso omiso de los errores, exponiendo cada postura jurídica desde la perspectiva más coherente y racional posible. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP septiembre 09 de 2015, radicación No. 46235 y SP488-2016, enero 27 de 2016, radicación No. 38151.

Jurisprudencial permanente²² y que acoge este Tribunal bajo la condición jerárquica de aquella.

a) Del Arraigo Familiar y Social del Condenado

Dentro de los presupuestos contenidos en el Código Penal Ordinario Ley 599 de 2000, e invocados ante esta Instancia por parte de la defensa se establecen como requisitos objetivos para el otorgamiento de la prisión domiciliaria los siguientes:

"ARTÍCULO 38B. Adicionado por el art. 23, Ley 1709 de 2014. Requisitos para conceder la prisión domiciliaria. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.

2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2 del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo..."

Así las cosas, se tiene que respecto a los requisitos del Artículo 38 B del Código Penal Ordinario frente al primer numeral, el condenado Señor Soldado **RODRÍGUEZ**

²² Corte Suprema de Justicia AP.2268-2024 Radicado 65625 del 20 de marzo de 2024. M.P Hugo Quintero Bernate

ÁVILA CARLOS ADRIÁN lo cumple en el sentido de que la pena impuesta no supera los 8 años, pues fue establecida en 8 meses, no obstante, debe indicarse que respecto de los lineamientos del Código Penal Castrense no operaría ningún subrogado a su favor por tratarse el delito por el que fue condenado de un delito que atenta contra el Servicio según los lineamientos del artículo 63 de la Ley 1407 del 2010; sin embargo, se obviará dicha prohibición en atención a los fallos emitidos en dicho sentido por parte de la Corte Suprema de Justicia para la Justicia Militar en sede de casación oficiosa.

En lo que respecta al numeral tercero del artículo 38B antes transcrito, debe decirse que a la fecha de la presente decisión, **existe certeza de que el condenado tiene su domicilio y lugar de habitación en la vereda Quebrada Honda del Municipio de Sibaté - Cundinamarca y que este siempre ha sido su lugar de residencia desde que se vinculó al Ejército como soldado 18, lugar donde además se aprecia cuenta con vínculos fuertes que lo ligan con su familia, especialmente con su señora madre GLADYS ÁVILA no solo desde lo parental sino también desde lo laboral; aspectos que evidencian estará en posibilidad de ubicación cierta para dar cumplimiento a los requerimientos de las autoridades judiciales.**

Con relación al arraigo, la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

"...Es el establecimiento de una persona de manera permanente en un lugar, con ocasión de sus vínculos sociales, determinados, por ejemplo, por la pertenencia a una familia, a un grupo, a una comunidad, a un trabajo o actividad, así como por la posesión de bienes..."²³

En otro aparte jurisprudencial manifestó:

"la expresión arraigo, proveniente del latín ad radicare (echar raíces), supone la existencia de un vínculo del Imputado con el lugar donde reside, lo cual se acredita con distintos elementos de juicio, entre otros, tener una residencia fija y estable, vivir en ella junto con la familia y estar presto a atender el requerimiento de las autoridades"²⁴

Frente a este específico caso, debe destacarse que, en la audiencia de Corte Marcial cuando se dio la palabra por parte del A quo a la Fiscal y a la defensora para que hicieran sus apreciaciones sobre la imposición de la pena, dosificación, circunstancias especiales y solicitud de subrogados, ambas partes referenciaron el arraigo probado del condenado y la ausencia de antecedentes (minuto 2.36.30 en adelante)

Conforme a lo expuesto, se otorgará de forma oficiosa el subrogado de la prisión domiciliaria toda vez que se encuentra se cumplen los presupuestos legales para considerar que el condenado tiene arraigo y convive con su núcleo familiar, y de donde es factible determinar el lugar donde cumplirá la pena impuesta como sustitutivo de la prisión; bajo dichas consideraciones deberá

²³ CSJ SP, 3 feb. 2016, rad. 46647; Sala de Casación Penal, M.P. Fernando León Bolaños Palacios, SP18912-2017, Radicación N° 46930, 15 de noviembre 2017

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal SP 6348 del 25 de mayo de 2015, radicado 29581.

procederse previa suscripción de diligencia de compromiso, al tenor de lo normado en el numeral 4° del artículo 38B del Código Penal (Ley 599 de 2000) adicionado por la Ley 1709 de 2014, disponiendo que el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, realice las acciones necesarias para el otorgamiento del beneficio aquí concedido.

Sin más consideraciones, la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IX.- RESUELVE.

PRIMERO: DESATENDER el recurso de apelación incoado por la apoderada de la defensa NAZLY LUENGAS PEÑA.

SEGUNDO: CONFIRMAR los numerales **PRIMERO y SEGUNDO** de la sentencia adiada 12 de julio de 2024 proferida por el Juez de conocimiento 1301 mediante el cual se declaró al Soldado 18. **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN** identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.003.642.021 expedida en Tocancipá Cundinamarca, como autor responsable del delito de DESERCIÓN (Artículo 109 CPM), CONDENÁNDOLO a la pena de ocho (08) meses de prisión.

TERCERO: REVOCAR el numeral **TERCERO** de la decisión apelada y proferida por el Juez 1301 Penal Militar y Policial de Conocimiento, para en su lugar **CONCEDER**, al SL18 **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN**, el sustituto de la **PRISIÓN DOMICILIARIA** por acreditación de los requisitos establecidos en el artículo 38B de la Ley 599 de 2000, previa suscripción de diligencia de compromiso.

CUARTO: DISPONER que, el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, realice las acciones necesarias para el otorgamiento del beneficio aquí concedido al condenado SL18 **RODRÍGUEZ ÁVILA CARLOS ADRIÁN**.

QUINTO: CONTRA la presente providencia procede el recurso extraordinario de casación discrecional que podrá interponerse, previa precisión de ello²⁵, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la última notificación de esta decisión, conforme lo establece el artículo 346 de la Ley 1407 de 2010.

SEXTO: EJECUTORIADO este proveído, devuélvase el proceso al Juzgado que corresponda para los fines pertinentes, una vez surtida la actuación a que haya lugar por parte de la Secretaría de la Corporación.

SÉPTIMO: NOTIFICACIÓN. Esta decisión queda notificada en estrados, conforme a lo señalado en el artículo 331 de la Ley 1407 de 2010.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚPLASE.

Coronel (RA) **PAOLA LILIANA ZULUAGA SUÁREZ**
Magistrada Ponente

²⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado No. 23701, auto junio 22 de 2005, M.P. MAURO SOLARTE PORTILLA.

Coronel **SANDRA PATRICIA BOTÍA RAMOS**
Magistrada

Coronel **GUSTAVO ALBERTO SUÁREZ DÁVILA**
Magistrado

Abogado **ÁLVARO IVÁN QUINTERO GAYÓN**
Secretario