

05REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala : Primera de Decisión.
Magistrado Ponente : CR. GUSTAVO ALBERTO SUÁREZ
DÁVILA.
Radicación : 160302-591-II-245-EJC.
Procedencia : Juzgado 7 Penal Militar de
Brigada.
Procesado : SL. JOHN ALEXANDER HURTADO
BARREIRO.
Delito : Deserción.
Motivo de alzada : Apelación sentencia
condenatoria.
Decisión : Confirma y concede de oficio
prisión domiciliaria.

Bogotá D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil
veinticuatro (2024).

I. ASUNTO POR RESOLVER.

Conoce la Primera Sala de Decisión del recurso de
apelación incoado por la Procuradora 300 Judicial I
Penal, abogada MERCY CRISTINA VELÁSQUEZ MÉNDEZ, en
contra de la sentencia condenatoria proferida el 13

de septiembre de 2024¹ por el Juzgado Segundo de Instancia de Brigadas, en su calidad de Juez Séptimo de Brigada con sede en Ibagué (Tolima) en desfavor del **SL18. JOHN ALEXANDER HURTADO BARREIRO**, quien fue condenado por la comisión del reato de deserción.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

Los hechos fueron sintetizados en la sentencia apelada así:

*"El día 14 de julio de 2022 a las 16:00 horas, el soldado regular categoría 18 HURTADO BARREIRO JHON ALEXANDER, orgánico del Pelotón de Seguridad de la Guardia de la Compañía de ASPC del Batallón de Ingenieros de Combate No. 3 del Ejército Nacional, sin permiso ni autorización de sus superiores se ausenta de las instalaciones del Cantón Militar, permaneciendo ausente del servicio durante más de cinco (5) días consecutivos"*².

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1 Mediante oficio Nro. 006369/MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMOP-BICOD3-S1-29.60³ se pone en conocimiento del Juez 52 de Instrucción Penal Militar de Palmira (Valle del Cauca) la salida sin autorización del soldado **HURTADO BARREIRO** y su inasistencia al servicio por más de once (11) días. Con fundamento en dicha información el instructor ordenó la apertura de investigación formal⁴ contra el uniformado por el delito de deserción.

¹ Obra a folio 286 y ss., del C.O.2

² Folio 286 del C.O.2

³ Folio 1 del C.O.1

⁴ Folio 47 ibidem.

3.2 El 9 de noviembre de 2022, se vinculó formalmente al proceso mediante diligencia de indagatoria el SL18. **HURTADO BARREIRO JHON**⁵ y, el siguiente 29 de noviembre de 2022 el Juzgado Instructor resolvió la situación jurídica provisional absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento⁶.

3.3 El 19 de abril de 2024⁷, la Fiscalía 26 ante Juzgado de Brigada profirió resolución de acusación en contra del procesado **JHON HURTADO BARREIRO** por el delito de desertión y con fecha 14 de mayo siguiente alcanzó firmeza la pieza de acusación⁸.

3.4 Por su parte el Juzgado 7° de Brigada llevó a cabo audiencia de acusación y aceptación de cargos el 12 de septiembre de esta anualidad⁹, dentro de la cual el acusado aceptó su responsabilidad procediendo el juez de instancia a aceptarla y al día siguiente emitió sentencia en contra del soldado **HURTADO BARREIRO JHON ALEXANDER**, condenándole a la pena principal de 6 meses y 20 días de prisión por la comisión del reato de desertión.

3.5 Estando dentro de los términos de ley la Procuradora 300 Judicial Penal I de Ibagué, interpuso recurso de apelación contra la decisión de condena¹⁰, correspondiendo por reparto a esta Sala proceder a desatar el presente libelo.

⁵ Folio 92 ibidem.

⁶ Folio 114-120 del C.O.1

⁷ Obra a folios 233-248 del C.O.2

⁸ Ver constancia a folio 255 ibidem

⁹ Obra a folios 284-285 ídem.

¹⁰ Folios 313-325 ídem.

IV. PROVIDENCIA RECURRIDA.

Dentro de las consideraciones tenidas en cuenta por el Juez 7 de Brigada para emitir la sentencia estuvo presente el hecho, que en audiencia de Acusación y Aceptación de Cargos el procesado manifestó su voluntad de llegar a un acuerdo con la Fiscalía el cual consistió en declararse responsable de la comisión del delito de deserción, procediendo a aceptar cargos para obtener la rebaja de pena.

4.1. En cuanto a la Tipicidad se refiere, dijo el juzgador que la prueba era categórica y suficiente para inferir la responsabilidad del **SL18. HURTADO BARREIRO JHON ALEXANDER**, iniciando por reconocer su incorporación a filas de manera legal, tal y como consta en los diferentes documentos aportados al proceso, entre ellos citó la calidad militar, hoja de datos personales, acta de compromiso para la prestación del servicio militar y estudio de seguridad personal, así como la evaluación psicofísica donde fue declarado apto para el servicio por medicina.

Adujo además, que su incorporación se produjo al primer contingente de 2022 en el Batallón de Ingenieros No. 3 Codazzi, según la orden del día no. 051 para los días 12, 13 y 14 de marzo de 2022.

Evidenció igualmente, que para la época de los hechos llevaba en filas cuatro (4) meses y tres (3) días y

según Orden Administrativa de Personal No. 2097 del 15 de septiembre de 2022 fue retirado del servicio activo por ausentarse por más de cinco días consecutivos de las instalaciones de la unidad militar, sin permiso ni autorización de sus superiores, manteniéndose en tal condición por aproximadamente dos (2) meses, sin dar muestras que su voluntad era la de regresar.

Bajo el entendido que el delito de deserción es de ejecución permanente, indicó que la conducta del acusado inició a consumarse cuando se ausentó el día 14 de Julio de 2022 y continuó consumándose hasta el último acto de omisión al deber de presencia el cual se ejecutó el 15 de septiembre de la misma anualidad, cuando fue desincorporado del Ejército Nacional.

De igual manera, observó que el procesado incurrió en forma dolosa en la deserción, pues se ausentó por más de cinco (5) días consecutivos sin autorización de los comandantes de la Unidad Militar y a sabiendas de que incurría en el delito, aspecto del tipo que coligió del acto de salir del Batallón sin proceder a recoger las firmas requeridas en la boleta de salida.

Finiquitó que la configuración típica era indiscutible a las voces de la descripción consagrada en el artículo 109 del Código Penal Militar (Ley 1407/2010), pues para el despacho la actuación del procesado dejó en evidencia que su intención no era otra que la de no permanecer más en la institución y por ello cometió el acto ilícito sin interesarle

siquiera comentar algún problema a sus superiores o compañeros que le dificultara continuar en el servicio.

4.2 En lo relativo a la Antijuridicidad de la Conducta enrostrada aseguró que no admitiría prueba ni equívoco en punto a la lesión sin justa causa para el bien jurídico del servicio, pues al evadirse el procesado de las instalaciones del Batallón de Ingenieros de Combate No.3 "Codazzi", permaneciendo ausente por más de cinco días consecutivos de la unidad militar vulnerando el servicio.

Subrayó que el soldado **HURTADO** se incorporó al Ejército Nacional sin estar incurso en exenciones o freno extralegal, ello significaría que no era casado, no tenía hijos, su familia no dependía económicamente de él, no tenía problemas familiares o de justicia que le impidieran pertenecer a la fuerza, ni tampoco presentaba un estado de salud de gravedad dado que estaba recibiendo el tratamiento médico adecuado en la unidad.

Para el *A quo* la lesión efectiva al bien jurídico del servicio se materializó al verse la unidad diezmada por causa de que uno de sus hombres no estuvo para cumplir la misión constitucional encomendada, sin que existiera justificación a su favor.

4.3 En punto del elemento de la Culpabilidad aseveró que la conducta del procesado merece juicio de reproche, comoquiera que no tuvo en cuenta la

consecuencia típica y antijurídica que podía causar con su comportamiento, pudiendo evitar actuar de esta forma. Recalcó que otro soldado puesto en el mismo lugar no hubiera abandonado la prestación del servicio militar, sino que habría solicitado un permiso a sus superiores en caso que fuera necesario, ya que era un soldado que llevaba más de cuatro (04) meses en el servicio militar.

Insistió que las pruebas documentales como las testimoniales recaudadas dieron muestras que la ausencia del soldado se dio de manera libre, voluntaria, con plena conciencia y de manera dolosa, teniendo la capacidad de entender, comprender y auto determinarse de acuerdo con esa comprensión, por lo cual le era exigible permanecer en el servicio para no atentar contra el bien jurídicamente tutelado.

Concluyó que el soldado acusado era responsable del delito contemplado en el artículo 109 del de la Ley 1407 de 2010 denominado deserción, y como había aceptado cargos le sería rebajada la pena en un porcentaje de 1/6 parte, que luego de llevado a cabo el proceso de dosificación la pena se tasó en seis (6) meses y 20 días de prisión.

4.4 En otras consideraciones se ocupó *in extenso* en negar la petición de la Procuradora Judicial en primera instancia, quien reclamó desde la audiencia de aceptación de cargos se diera la aplicación por favorabilidad de los términos prescriptivos previstos

por la Ley 1407 de 2010 en este caso rituado por la Ley 522 de 1999.

El fallador para denegar la solicitud de prescripción trajo a colación la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Superior Militar y Policial sobre esta temática.

V. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN.

5.1 La representante del Ministerio Público anticipó que el motivo de disenso contra la decisión de primera instancia únicamente radicaba sobre el tema de la prescripción de la acción penal para el delito de deserción. En criterio de la apelante debió aplicarse por principio de favorabilidad el plazo establecido en la Ley 1407 de 2010, pues resulta más corto y benéfico al procesado que aquel estatuido en la Ley 522 de 1999.

Aceptó que si bien los hechos tuvieron ocurrencia en vigencia de la anterior legislación, lo cierto es que al momento procesal de ocurrida la conducta ambas legislaciones estaban coexistiendo, y por tanto controvierte al Juzgado de Primera Instancia por ignorar que el principio de favorabilidad en materia procesal opera en dos eventos: i) Cuando existe tránsito legislativo y la nueva normatividad procesal regula un mismo aspecto sustancial en forma más benigna, y; ii) cuando coexisten leyes en el tiempo que regulan el mismo supuesto de hecho con consecuencias jurídicas distintas.

5.2 Recordó que el instituto la prescripción es una institución de orden público que implica en primer lugar, la garantía del ciudadano para que se le resuelva su situación jurídica en un determinado plazo, evitando la indefinición de su caso y en segundo lugar, una sanción para el Estado por su inactividad.

Indicó que, pese a que los términos de prescripción de la acción penal hacen parte del principio de legalidad de los delitos y de las penas, el principio de favorabilidad igualmente hacia parte de esta garantía fundamental del debido proceso, convirtiéndose precisamente en una excepción al principio de legalidad.

5.3 Explicó la apelante, que pese a no haberse implementado en Palmira-Valle, -región donde tuvieron ocurrencia los hechos enrostrados al soldado **HURTADO BARREIRO-** el sistema acusatorio, de todas maneras, las dos legislaciones castrenses coexisten, por consiguiente, contrario a lo dispuesto por el Juzgado de Primera Instancia el presente delito por aplicación del principio de favorabilidad se halla prescrito ya que debe darse aplicación al término de la Ley 1407 de 2010, es decir, un (1) año para investigar.

5.4 Parangonó ambas legislaciones asegurando, que en la Ley 522 de 1999 la prescripción de la acción penal para el delito de deserción se encuentra estipulada

en el artículo 83 donde reza *"Para el delito de deserción, la acción penal prescribirá en dos (2) años"* y a efectos de la interrupción del término de prescripción citó el artículo 86 *ibidem* donde se dispuso: *"La prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación. Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 de ese código"*.

Citó también el artículo 76 de la ley 1407 de 2010, donde se estableció frente al delito de deserción que *"la acción penal prescribirá en un año"* y respecto de la interrupción de esta, trajo el artículo 79 de la misma codificación que reza: *"La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación. Interrumpida la prescripción, comenzara a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 76 de este código"*.

Con tal cotejo normativo arguyó la impugnante lo siguiente:

"la prescripción hace relación a un único concepto para las dos legislaciones castrenses, la definición de la misma no cambia, tiene el mismo objetivo y constituye la misma garantía para el ciudadano, cual es, el que se resuelva su situación jurídica en un plazo razonable, esto es, en el término de prescripción para el tipo penal en comento en una u otra legislación, por ende, a pesar de que la contabilización de los términos se realicen en etapas diferentes, por ser procedimientos diferentes, también lo es que, los mismos pueden ser equiparados sin que ello haga que se desdibuje lo esencial del sistema penal

*acusatorio ley 1407 de 2010, por cuanto, en las dos legislaciones se pueden identificar de manera clara dos momentos procesales en los que se empieza a contar el termino de prescripción y cuando se interrumpe el mismo*¹¹.

5.5 Diferió de la posición del juez *A quo* de no aplicar para el caso concreto, el principio de favorabilidad en materia de prescripción de la acción penal, insistiendo que los términos de prescripción de la Ley 1407 de 2010 le son más favorables al ciudadano **HURTADO BARREIRO JHON ALEXANDER**. Indicó que la fecha de ocurrencia de los hechos era el 14 de julio de 2022 y la orden administrativa que dispuso su retiro del servicio se calendó 15 de septiembre de 2022, luego de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1407 de 2010, el plazo se agotó desde el 15 de septiembre de 2023 y la sentencia se profirió el 13 de septiembre de 2024.

5.6 Zanjó la discusión en punto que la aplicación del término de nuevo código procesal penal militar al caso concreto no resquebrajaría la estructura del sistema procesal diseñado para este último código penal militar como lo arguyó el juez y en tal sentido trajo lo estudiado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en el radicado 63620 de fecha 21 de junio del año 2023 con ponencia del Magistrado LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA, para finiquitar que el Alto Órgano dio aplicación al principio de favorabilidad por tránsito legislativo, advirtiéndole en dicha decisión, que para determinar la

¹¹ Cfr. Folio 316 del C.O.2

prescripción de la acción penal en ese específico asunto regido por el sistema procesal anterior se aplicarían las disposiciones del nuevo Código Penal Militar por resultar más conveniente al procesado, toda vez que redujo a la mitad el lapso de la prescripción.

5.7 Discurrió que en la decisión de primera instancia se desconociera lo dicho por nuestro máximo órgano de cierre, máxime cuando en dicha decisión se analizó bajo la figura de la sucesión de leyes el principio de favorabilidad en materia de prescripción, específicamente frente a la deserción, por lo que se dejaría en evidencia el cambio de postura de la Corte Suprema de Justicia una vez se empezó a implementar el sistema penal acusatorio (Ley 1407 de 2010).

Reforzó su tesis trasladando el criterio consolidado de la Corte Suprema de Justicia frente al principio de favorabilidad, aplicado a procesos adelantados por la Ley 600 de 2000, de cara a las normas de la Ley 906 de 2004, subrayando que en esta jurisdicción resultaría también posible cuando se cumplieran los siguientes criterios:

"i) que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones; ii) que respecto de aquellas se prediquen similares presupuestos factico-procesales y iii) que con la aplicación beneficiosa de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable".

5.8 Meditó por tanto que en este asunto se reúnen los requisitos exigidos por la jurisprudencia los cuales analizó así:

1. La norma jurídica de aplicación retroactiva que se reclama produce efectos sustanciales dada su naturaleza (prescripción de la acción penal-causal de extinción de ésta).
2. La prescripción de la acción penal, encuentra regulación en las dos legislaciones, el inicio de esta y su consecuente interrupción, por lo que, este fenómeno jurídico no es propio de ningún esquema procesal, y menos propio de ninguno de los códigos de procedimiento penal militar.
3. Los supuestos fáctico jurídico que dan lugar a la prescripción de la acción penal son similares, se inicia con el último acto perpetrado por ser un delito de ejecución permanente y se interrumpe en las dos legislaciones para contabilizarse por la mitad del término estipulado inicialmente, en la Ley 522 de 1999 con la ejecutoria de la resolución de acusación y con la Ley 1407 con la formulación de imputación, pero en esencia se trata de la misma figura jurídica que puede equipararse en una u otra legislación.

5.9 Por lo anterior, difirió de la postura del Juez de primera instancia en la sentencia, cuando denegó

la aplicación del principio de favorabilidad, porque el fenómeno jurídico de la prescripción de un (1) año previsto en la Ley 1407 de 2010, es propio del sistema penal acusatorio, sin embargo en sentir de la recurrente se trata de una figura jurídica instituida para todas las legislaciones penales y de cualquier índole, pues lo que se busca es castigar al Estado por su inactividad y constituye una garantía para el procesado.

Finalmente, ratificó que su postura contrariaba a lo expuesto por el *A quo*, en punto que la decisión de la Corte Suprema de Justicia- Sala Penal radicado 63620 sí genera fuerza vinculante como precedente judicial vertical, y conforme a ello existe una variación de la jurisprudencia para la aplicación de la Ley 1407 de 2010 a casos ocurridos en vigencia de la Ley 522 de 1999, y puntualmente frente al delito de deserción, por lo cual reclamó a este Tribunal que dicha *ratio decidendi* o fundamentos jurídicos de la decisión sean de obligatoria aplicación en el *sub júdice*.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La Procuraduría 82 Judicial II para Asuntos Penales en ejercicio de las competencias constitucionales y legales que le asisten como delegada del Ministerio Público, rindió concepto en el sentido de compartir la postura de su homóloga en primera instancia y por tal motivo solicitó a esta Corporación revocar la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Penal

Militar de Brigada y decretar la prescripción de la acción penal.

6.1 Contextualizó sobre el trámite procesal surtido en la presente causa que el 14 de julio de 2022 el soldado regular **JHON ALEXANDER HURTADO**, sin permiso ni autorización de sus superiores, se marchó de las instalaciones del Cantón Militar permaneciendo ausente del servicio durante más de cinco (5) días consecutivos.

Agregó que las pruebas allegadas dan lugar a la certeza de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la conducta, por lo cual se llegó a un acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el procesado que finalizó con la condena al sumariado a la pena de seis (6) meses y veinte (20) días de prisión, sin concederse el beneficio de la suspensión condicional por expresa prohibición legal.

6.2 No empecé lo anterior para el Ministerio Público este Tribunal debe declarar la prescripción de la presente causa en consideración a la aplicación del principio de favorabilidad y demás garantías procesales, petición que fue desestimada por el despacho judicial de primer grado bajo el argumento de que el 14 de julio de 2022 aún no se había implementado el sistema penal acusatorio en la región del país donde ocurrieron los hechos (Palmira, Valle del Cauca), afirmando que la norma aplicable sobre la prescripción en el presente caso es el término previsto en el artículo 83 de la Ley 522 de 1999.

6.3 A juicio de la Representante del Ministerio Público ante esta instancia el presente proceso está prescrito desde el 15 de septiembre de 2023, ello por la razón que ante la coexistencia de dos legislaciones aplicables al caso en concreto, debía tenerse en cuenta aquellas disposiciones que resultaran más favorables al procesado y aplicarlas, debiendo entonces el principio de legalidad ceder ante el de favorabilidad, tal y como lo establece nuestra Carta Política en su artículo 29, en armonía con lo dicho por la Corte Constitucional en la Sentencia C-371 de 2011 y lo decretado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 15.

6.4 Finiquitó que la Ley 1407 está vigente a partir del 17 de agosto de 2010 y el término de prescripción aplicable al delito de deserción conforme el artículo 76 es de 1 año, mientras que en la Ley 522 de 1999 se establece en 2 años. Sobre el tópico adujo que la Corte Suprema de Justicia ya se había pronunciado en radicado 63620 AP1796 del 21 de junio de 2023, dando aplicación al principio de favorabilidad por tránsito legislativo, advirtiéndole que para determinar la prescripción de la acción penal debían aplicarse 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.

Igualmente reflexionó sobre el análisis surtido por parte de la doctrina y desarrollado por la jurisprudencia a través de sentencias C-416 de 2002, C-592 de 2005 y SU-126 de 2022, ya que la Corte Constitucional indicó que *"Aunque el artículo 352 de la Ley 1407 de 2010 forma parte de una regulación procesal - pertenece al Libro Tercero de la ley (Procedimiento Penal Militar) - la prescripción es una institución de carácter sustantivo que, por ende, toca con el derecho al debido proceso y con los principios pro libertate y pro homine que exigen la aplicación del parámetro normativo más favorable. Lo anterior, inclusive, cuando los hechos penalmente enjuiciados hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia del ordenamiento que contiene la disposición más benéfica por aplicar con arreglo a lo que prevé el principio de favorabilidad que surge del artículo 29 superior, de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"*.

Tales reseñas jurisprudenciales le sirvieron para ultimar que en la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal no existe distinción entre normas sustantivas y procesales, en razón a que el texto constitucional no establece tal diferenciación.

6.5 En suma, para la Agencia Ministerial la aplicación del principio de favorabilidad en el presente asunto cuenta con suficiente fundamento de orden legal, constitucional, jurisprudencial y de estándar internacional por consiguiente solicita se estudien con detenimiento los argumentos de la

apelante y del concepto del Ministerio Público para que se acceda a la revocatoria de la sentencia proferida por la primera instancia y en su lugar, se decrete el acaecimiento el fenómeno de la prescripción de la presente causa.

VII. DE LA COMPETENCIA.

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación cuya resolución concita la atención de la Sala Primera 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*¹², como de los ocurridos con posterioridad a 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 júdice* 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 total 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,

¹² 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 etapa en que se encuentra y lo preceptuado por el artículo 628 del código de 2010¹³.

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 código 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.

Una vez la Primera Sala de Decisión realiza el estudio detallado del memorial del recurso de apelación presentado por la abogada MERCY CRISTINA VELÁSQUEZ MÉNDEZ, Procuradora 300 Judicial I Penal, en contra de la sentencia condenatoria emitida el pasado 13 de septiembre¹⁴ en disfavor del soldado **JOHN ALEXANDER HURTADO BARREIRO** por la comisión del reato militar de deserción, encuentra que en términos generales la única pretensión perseguida en la alzada es la declaratoria del fenecimiento del término para el adelantamiento de la acción penal, ello bajo la tesis que si bien los hechos endilgados al sentenciado ocurrieron dentro de la vigencia de la Ley 522 de 1999, por principio de favorabilidad debe acudirse al nuevo Código Penal Militar, Ley 1407 de

¹³ 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).

¹⁴ Obra a folios 286 y ss., del C.O.2

2010 para contabilizar los términos prescriptivos porque estos resultan más favorables al procesado.

Desde ya la Sala de Decisión anuncia que la decisión apelada será confirmará frente al objeto de cuestionamiento, pues no le asiste razón a la opugnadora respecto que el fenómeno de la prescripción se consolidó desde el 15 de septiembre de 2023¹⁵, esto es, mucho antes de que se profiriera la sentencia de condena datada 13 de septiembre de 2024, pues al realizar la Sala una verificación de los términos respetados por el juzgador para adelantar la fase del juicio, se avizora que se hallan acordes con la normatividad aplicable para el caso concreto, que no es otra, que la Ley 522 de 1999, sin que tenga cabida por ahora, el argumento de la recurrente sobre la aplicación por favorabilidad del término prescriptivo previsto para el delito de deserción en la Ley 1407 de 2010.

Con el fin de reiterar el criterio consolidado que sigue irradiando las decisiones de esta Corporación frente a problemas jurídicos similares, huelga recapitular los razonamientos normativos y jurisprudenciales por los cuales surge imperioso desestimar en esta oportunidad la pretensión de las representantes del Ministerio Público en las dos instancias.

7.1 Reiteración de postulados sobre los términos de prescripción que rigen frente al delito de deserción

¹⁵ Cfr. folio 316 ibidem.

adelantado bajo el sistema procesal de la Ley 522 de 1999.

Esta Corporación ha tenido la oportunidad de emitir sólidos pronunciamientos respecto de las reglas que rigen en relación con la prescripción del reato militar de ausencia tratado en esta oportunidad, por lo cual se tomarán estos preceptos como fuente para dejar sentado el criterio dominante que sigue irradiando a la Jurisdicción en este sentido.

Véase que en tratándose de la acción penal originada en el delito de desertión, como acontece en el caso concreto, tanto la Corte Constitucional como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia han sentado sólidos precedentes¹⁶ relativos a la contabilización de los términos prescriptivos, los cuales se constituyen en líneas jurisprudenciales obligadas para este Tribunal dada la fuerza vinculante y la naturaleza de fuente formal del Derecho que tienen estos órganos colegiados.

Se puede extraer de la citada jurisprudencia nacional que el término de prescripción para el reato militar de desertión tramitado bajo los cauces de la Ley 522 de 1999 es de dos (02) años, según se halla establecido en el artículo 83, inciso 2°, de la norma en comento, mismo que se interrumpe a las voces del

¹⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-083 de 1995, C-252 de 2001, C-836 de 2001 y C-539 de 2011. Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia casación 30571, febrero 09 de 2009; auto 30775, febrero 18 de 2009; auto 31115, abril 16 de 2009; auto 33659, abril 28 de 2010; revisión 32310, mayo 19 de 2010; sentencia segunda 33331 mayo 06 de 2010; auto 36973, septiembre 19 de 2011 y sentencia casación 34853, febrero 1° de 2012; Auto del 15 de Julio de 2015, AP 3976-2015, radicado No. 45632, M.P. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

artículo 86 *ejusdem*, con la ejecutoria de la resolución de acusación¹⁷, luego de lo cual principia a correr un nuevo tiempo por la mitad del previamente acaecido, esto es, por un (01) año más.

Ahora bien, de manera uniforme y unívoca este Tribunal¹⁸ ha venido dando plena observancia a los mandatos legales mencionados, en concordancia con las líneas de interpretación establecidas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el siguiente sentido:

*"(...) en términos generales la acción penal prescribe por el transcurso de un tiempo igual al máximo de pena privativa de libertad señalado en la respectiva disposición, sin que en el sumario sea inferior a cinco años y en el juicio por un lapso igual a la mitad de aquél sin que tampoco sea inferior a un lustro, es innegable que la propia ley, **en este caso la 522 de 1999, ha establecido una excepción al señalarle al delito de deserción un término especial de dos años durante la etapa de investigación**"¹⁹.*

Como viene de verse, surge evidente que el término prescriptivo de la acción penal para el delito de deserción se cumple en dos momentos a las voces de la Ley 522 de 1999: i) El primero, ocurre desde la

¹⁷ Ley 522 de 1999, artículo 86, "Interrupción del término prescriptivo de la acción penal. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la ejecutoria de la resolución de acusación... Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 de este código."

¹⁸ Entre otras decisiones, véase Radicados No. 158823, abril 05 de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ; No. 158844, marzo 05 de 2019, M.P. CN (RA) JULIÁN ORDUZ PERALTA; No. 159241, 2 de marzo de 2020, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLIVAR SUÁREZ; No 160057, 30 de enero de 2024, CR. JORGE NELSON LÓPEZ GALEANO y No 160264, 2 de octubre de 2024, M.P. CR. SANDRA PATRICIA BOTIA RAMOS.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 45632, sentencia del 15 de julio de 2015, Magistrado Ponente LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

consumación de la conducta hasta el momento en que cobra ejecutoria la resolución de acusación, período que de superar los dos (2) años aparea la extinción de la acción penal y, ii) El segundo sucede, entre la ejecutoria de la resolución de acusación hasta el día en que queda en firme la sentencia, período que de superar el año determinará la prescripción de la acción penal²⁰.

Vistos los anteriores considerandos téngase como presupuestos jurídicos válidos para resolver el asunto sometido a resolución.

7.2 De los términos prescriptivos en el caso concreto.

Frente a los argumentos del recurso de alzada, encontramos que el *A quo* respetando el precedente fijado por esta Corporación, dada su fuerza vinculante en tanto fuente formal y material de Derecho, aseguró en la sentencia condenatoria apelada²¹, que la acción penal seguida en contra del soldado **JOHN ALEXANDER HURTADO BARREIRO** por el delito de deserción aún no se hallaba prescrita en tanto el término de dos (02) años²² previsto para su adelantamiento no se encontraba fenecido.

En efecto, corrobora la Sala del paginario aportado, que el conteo de dicho lapso debe realizarse desde la perpetración del último acto, dado que se trata

²⁰ En igual sentido se resolvió en TSMP, Radicado No. 158237, agosto 14 de 2015, MP. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ.

²¹ Obra a folios 286 y ss., del C.O.2

²² Establecido en el artículo 83 de la Ley 522 de 1999.

de la ejecución de una conducta de tipo permanente²³, según los presupuestos fácticos y jurídicos sostenidos uniformemente por este Tribunal Castrense desde el año 2015²⁴.

Y conforme dicho razonamiento, surge nítido en el presente caso que los hechos tuvieron lugar el 12 de julio de 2022, la lesión al bien jurídico del servicio cesó el día 15 de septiembre de 2022, fecha en la cual se profirió la Orden Administrativa de Personal Nro. 2097²⁵ por medio de la cual se retira del Ejército Nacional al **SL. HURTADO BARREIRO** por ausentarse injustificadamente del servicio, luego en tal sentido queda claro que a partir de esa última calenda la Jurisdicción Castrense contaba con dos (2) años para perfeccionar la investigación so pena del fenecimiento de la oportunidad procesal.

Ahora bien, este Colegiado avala el recuento procesal elaborado por el Juez *A quo* en punto de las fechas en que se cumplieron válidamente las actuaciones judiciales en primera instancia, así:

- i) Los hechos ocurrieron el 14 de julio de 2022,

²³ Artículo 85 de la Ley 522 de 1999.

²⁴ *Cfr.* radicado 158224, junio 23 de 2015, M.P. CN JULIÁN ORDUZ PERALTA; radicado 158236, agosto 27 de 2015, M.P. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ; radicado 158856, febrero 14 de 2016, M.P. MY(r) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME; radicado 158823, abril 05 de 2017, M.P. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ; radicado 158609, mayo 23 de 2017, M.P. MY(r) JOSE LIBORIO MORALES CHINOME; radicado 159094, julio 18 de 2019, M.P. CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, entre otras.

²⁵ Obra a folios 84 y ss., del C.O.1

- ii) El último acto de omisión, cesó el 15 de septiembre de 2022, día en que se desacuarteló al procesado,
- iii) El término de prescripción de los dos años, contado a partir de la anterior calenda se vio interrumpido por la ejecutoria de la Resolución de Acusación, la cual se produjo el 14 de mayo de 2024²⁶,
- iv) Principió a correr un nuevo término de prescripción por un lapso de un año para la fase del juicio, el cual se agotaría el próximo 14 de mayo de 2025,
- v) Con fecha 13 de septiembre de 2024 se emitió sentencia condenatoria por el Juez de Instancia,
- vi) Al presente momento procesal que se desata el libelo el plazo no se halla fenecido.

Fuerza concluir entonces que el fenómeno extintivo de la acción penal no ha tenido real ocurrencia, según el alegato de la recurrente que fuere coadyuvado por la Agencia Ministerial ante esta Instancia, pues para el caso en estudio rigen los términos consagrados en el artículo 83 de la Ley 522 de 1999, luego desde tal perspectiva ni el lapso de los dos (2) años para la prescripción de la acción penal en primera fase expiró, ni tampoco el de un (1) años para la etapa del juicio como erradamente lo propone la apelante.

²⁶ Ver constancia a folio 255 del C.O.2

7.3 Sobre la postura de la Corte Suprema de Justicia en punto de la aplicación del Principio de Favorabilidad versus el de legalidad en recientes decisiones.

Tanto la Procuradora 300 Judicial Penal I como la Procuradora 82 Judicial Penal II coinciden en que con la decisión de la Corte Suprema de Justicia radicada 63620 del 21 de junio de 2023, la declaratoria del fenómeno extintivo en favor del procesado devendría indefectible en esta oportunidad, pues con dicho precedente jurisprudencial se estableció un cambio de criterio frente al término de la prescripción para el delito de deserción.

En el orden de ideas descrito al inicio de este pronunciamiento, debe precisar la Corporación que el asunto pretendido por las delegadas no tiene cabida en estricto sentido ya que la ley aplicable al caso bajo estudio es aquella vigente al momento de la ocurrencia de los hechos y la que rige procedimentalmente el asunto de acuerdo con las formas propias de cada juicio, tal como se desprende de los artículo 6° y 196 de la Ley 522 de 1999, y en igual sentido, la Ley 1407 de 2010 lo señala en su artículo 7°.

Con la postura de la Sala no se pretende desconocer, que en efecto en muchos casos el principio de legalidad debe ceder por virtud de la excepción contenida en el instituto constitucional de la favorabilidad, pues claramente bajo tal postulado la

ley puede retrotraer sus efectos a hechos ocurridos antes de su vigencia bajo la figura jurídica de la retroactividad, o también puede extender sus efectos a futuro, es decir, operar después de haber perdido su vigencia con la figura jurídica de la ultractividad, siempre y cuando los hechos hubieran ocurrido durante la vigencia de la ley.

Tampoco se pretende desconocer que al momento en que ocurrieron los presentes hechos, esto es, 12 de julio de 2022, coexistían ambos sistemas procesales en la jurisdicción foral, solo que para el lugar donde tuvieron ocurrencia (Palmira -Valle) aún no se había llevado a cabo la implementación del sistema oral.

Luego entonces no cabe la posibilidad en esta ocasión de realizar una confrontación entre los mentados principios, puesto que para el momento de la comisión del hecho punible regía una ley procedimental aplicable, que no es otra que la Ley 522 de 1999, pese a coexistir con el nuevo Código Penal Militar Ley 1407 de 2010, empero ello por sí mismo no conlleva a que se inapliquen automáticamente los institutos de la anterior legislación al amparo del presupuesto de la favorabilidad, ya que por estricta legalidad y a efectos de garantizar la seguridad jurídica de los destinatarios del ordenamiento castrense debe seguirse encausando las actuaciones conforme los cánones que las rituan.

Vale la pena hacer alusión que el fundamento jurisprudencial²⁷ citado por la recurrente con miras a obtener el reconocimiento del fenómeno extintivo, no es el único pronunciamiento que en similar sentido se ha emitido por la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, dado que en reciente decisión datada 20 de noviembre de 2024²⁸, el órgano de cierre citando su precedente AP1796-2023 Radicado 63620 para reconocer dentro de un proceso adelantado bajo el esquema procesal de la Ley 522 de 1999, que el término de la prescripción de la acción penal para el delito de deserción luego de interrumpido el plazo con la formulación de la resolución de acusación, es de seis (6) meses tal y como lo contempla el artículo 79 de la Ley 1407 de 2010.

Sin desconocer la fuerza vinculante que generan las dos decisiones citadas de la honorable Corte Suprema de Justicia, este Colegiado considera que van en contravía de su propia línea jurisprudencial sólida y sostenida de antaño por el Órgano, en punto que el término de prescripción de la acción penal para el reato militar de deserción tramitado bajo los cauces de la Ley 522 de 1999, es de dos (2) años.

Véase que en la última decisión emitida²⁹ de manera contradictoria en una primera parte se indica:

27 Corte Suprema de Justicia. AP1796-2023 Radicado 63620, MP. DR. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.

28 Corte Suprema de Justicia. SP3131-2024 Radicado 66796, MP. DRA. MYRIAM ÁVILA ROLDÁN.

29 Corte Suprema de Justicia. SP3131-2024 Radicado 66796, MP. DRA. MYRIAM ÁVILA ROLDÁN.

"16. En lo sustancial, la actuación se rige por el Código Penal Militar de 2010 (Ley 1407)1, cuyo art. 76 inc. 2° preceptúa que, para el delito de deserción, la acción penal prescribirá en el término de un año. Esta norma ostenta un carácter especial y expreso que otorga a ese tipo penal un tratamiento exceptuado a la regla según la cual, en ningún caso, el término de prescripción será inferior a cinco años (art. 76 inc. 1° ídem y art. 83 inc. 1° de la Ley 522 de 1999)".

Empero más adelante de manera imprecisa se indica:

"18. Por otra parte, el régimen procesal por el que se tramita el caso bajo examen corresponde al previsto en la Ley 522 de 1999. Si bien, como destacó el a quo, el esquema procedimental de la Ley 1407 de 2010 inició su implementación en Bogotá a partir del 1° de julio de 2022, el procesado tenía el deber de presentarse en el municipio de La Calera (Cundinamarca), lugar donde prestaba su servicio militar obligatorio".

Se colige de lo anterior que bajo el amparo de la aplicación del principio de favorabilidad y sin mayores estudios de los efectos que tiene el asimilar de manera indistinta los términos prescriptivos en disimiles sistemas procesales, se pretende un cambio de derrotero a partir de la creación de sistemas híbridos que además de haber sido catalogados por la misma Corte como "incompatibles" generan confusión al operador de justicia.

Por lo anterior considera este Tribunal que los pronunciamientos de la Alta Corte por ahora no logran derruir la línea mayoritaria que sobre el tópico ha venido irradiando a la jurisdicción de manera reiterada y pacífica máxime cuando se ha sostenido de

manera argumentada y coherente con la realidad jurídica del sistema procesal anterior y aún vigente, lo siguiente:

"(...) 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.

(...) la aplicación del artículo 76 y siguientes de la Ley 1407 de 2010, norma que ciertamente es más favorable en la medida en que establece un lapso prescriptivo para el delito de deserción de un año mientras que la Ley 522 lo determinaba en dos, resulta posible a condición, se reitera, de que no contenga una regulación típica o de la esencia del sistema oral acusatorio que se pretende implementar también en la Justicia Penal Militar.

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 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."³⁰.

De acuerdo con lo analizado, no se puede dar lugar a ambages frente a la postura mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia, es decir que en tratándose del

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Radicado No. 45632 del 15 de julio de 2015. M.P. Dr. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO; Radicado 42106 del 11 de diciembre de 2013. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO; Radicado 41600 del 13 de agosto de 2014. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR.

término de la prescripción de la acción penal para el delito de deserción, no opera lo estipulado en la Ley 1407 de 2010, mientras el proceso se desarrolle bajo las ritualidades de la Ley 522 de 1999, en tanto se trata de dos sistemas procesales disímiles los que pretenden ser enfrentados, ello hasta cuando el mismo Órgano de cierre recoja su propio precedente.

En conexión con lo expuesto, este Tribunal en reciente pronunciamiento zanjó la misma discusión que hoy se suscita, en razón del impacto que el proveído de la Corte Suprema de Justicia ha generado en los escenarios procesales de las acciones penales que por el delito de deserción actualmente se tramitan en la jurisdicción bajo los ritos procesales de la Ley 522 de 1999, interesa a este respecto lo sostenido por la Colegiatura sobre la decisión emanada de la Corte Suprema de Justicia:

"(...) 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 varía su criterio³¹".

³¹ TSM, Radicado 159923 del 9 de agosto de 2023, MP. TC JOSÉ MAURICIO LARA ÁNGEL.

En igual sentido viene al caso resaltar, que la postura de esta Colegiatura en punto de la decisión emanada de la Alta Corporación ha venido siendo morigerada en similar sentido, veamos:

*"Por las razones precedentes, así como en anterior pronunciamiento se estableciera, esta Sala de Decisión 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, 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"*³².

En suma, de acuerdo con lo visto el término de prescripción de la acción penal para el delito de deserción, en las actuaciones procesales que se adelantan 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

³² TSM, Radicado 159965 del 17 de agosto de 2023, MP. CR. ROBERTO RAMÍREZ GARCÍA.

procesales ocupan distintas formas de participación y cuentan con diferentes términos para su desarrollo³³.

Como viene explicando la Sala, el problema jurídico propuesto por la libelista, en modo alguno tiene cabida dado el actual tránsito legislativo, pues de manera contundente se puede concluir que la decisión tachada de primer grado se ajusta con los preceptos jurídicos actualizados, según los cuales la aplicación del término de prescripción de un (1) año para la deserción está supeditado a la implementación de las ritualidades procesales de la Ley 1407 de 2010; postura que como ampliamente se viene analizando, cuenta con una línea jurisprudencial sólida tanto por este Tribunal como por la Corte Suprema de Justicia la cual no ha variado, todo lo cual hace que las decisiones que se tomen en el marco de procesos seguidos por el delito de deserción tengan que gravitar en el mismo sentido, pues este reato militar goza de un régimen privilegiado y está sometido a un procedimiento especial³⁴.

Así las cosas, concluye la Sala que al existir 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, no queda opción diversa que reiterar dichos precedentes ante la imposibilidad de

³³ En este sentido se itera CSJ, Radicado No. 45632 del 15 de julio de 2015. M.P. Dr. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

³⁴ Ley 522 de 1999, artículos 128 y 578

pretender 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 como incansablemente se viene sosteniendo, nos encontramos ante dos sistemas procesales diferentes con estructuras y figuras jurídicas que no pueden ser aparejadas, amén de 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 de lo anteriormente expuesto, este Colegiado confirmará la decisión del 13 de septiembre de 2024 por medio de la cual el Juzgado Segundo de Instancia de Brigadas, en su calidad de Juez Séptimo de Brigada, condenó al soldado **JOHN ALEXANDER HURTADO BARREIRO** por la comisión del delito de deserción, negando la solicitud de prescripción de la acción penal peticionada por la Represente del Ministerio Público en primera instancia.

7.4. De la Prisión domiciliaria oficiosa.

En aras a garantizar los derechos del condenado y de acuerdo con los recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia³⁵³⁶ y de este Tribunal en donde ha resuelto otorgar de oficio el subrogado de la prisión domiciliaria dando prevalencia a la

³⁵ Corte Suprema de Justicia SP 2483 del 11 de septiembre de 2024 M.P. Jorge Hernán Díaz Soto

³⁶ Corte Suprema de Justicia AP.2268-2024 Radicado 65625 del 20 de marzo de 2024. M.P Hugo Quintero Bernate

efectividad material de los derechos a la dignidad y la igualdad de las personas sin importar la condición que ostenten, procede esta Sala a verificar si en el caso en concreto se cumplen los requisitos para su concesión.

Adviértase que si bien el Código Penal Castrense no operaría ningún subrogado a favor del Sumariado por tratarse el delito por el que fue condenado el SL18. **JOHN ALEXANDER HURTADO BARREIRO** de aquellos que atentan 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, al advertir:

[39. La Corte, en su deber de resguardar las garantías fundamentales de las partes e intervinientes en la actuación, advierte necesario verificar, de oficio, si se hace necesario restablecer los derechos del acusado, teniendo en cuenta que desde la emisión de la Sentencia CSJ SP5104-2017 Rad. 40282 se determinó que no existen razones que justifiquen un trato diferenciado en la ejecución de la pena para quienes son procesados conforme al Código Penal Militar-debido al fuero.-y quienes están sometidos al Código Penal Ordinario³⁷. Por ello, es criterio de la Sala que en ambos escenarios normativos debe garantizarse a los procesados la concesión de los mecanismos sustitutivos de la pena.

40. Sobre el particular la Corte Constitucional, en sentencia C-358 de 1997, estableció que "el

³⁷ Cfr, CSJ AP1023, Rad. 62701; CSJ AP2938-2023, Rad. 61789.

Código Penal Militar contiene un régimen completo, tanto sustantivo como procesal, que debe respetar y desarrollar los principios y valores constitucionales, y además, estar acorde con los mismos principios y valores que se aplican para el régimen penal ordinario. Por ello las diferencias existentes deben estar debidamente justificadas”.

41. La misma providencia estableció que la prisión domiciliaria es procedente respecto de los miembros de la Fuerza Pública condenados, siempre que se cumplan los requisitos previstos para su aprobación en la Ley 599 de 2000, en razón a que la privación de la libertad, en una y otra sistemática, cumple iguales funciones preventivas, resocializadoras y protectoras.

42. **La prisión domiciliaria, además es compatible con los derechos y la dignidad humana del condenado, al permitir que se cumpla sin el rigor inherente al centro carcelario y sin desarraigo de su entorno familiar en condiciones que facilitan su rehabilitación e incorporación a la sociedad en un mayor grado, por las múltiples ventajas derivadas del sustituto fundado en la idea de la reinserción social de quien ha delinquido]**³⁸³⁹. (resaltado de la Sala)

En ese orden se procederá a establecer si en el sub júdice, se cumplen con los requisitos del artículo 38B del Código Penal ordinario, el cual señala:

“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.

³⁸ Cfr. CSJ SP5104-2017, Rad. 400282.

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal- Radicado 66045, prov. 11 de septiembre de 2024, MP. JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

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...”

Frente al primer numeral, el condenado **SL18. JOHN ALEXANDER HURTADO BARREIRO**, cumple con el requisito, en el sentido de que la pena impuesta fue de seis (06) meses y veinte (20) días de prisión, es decir, que no supera los 8 años. Igualmente, el delito por el cual fue condenado, no se encuentra enlistado en el artículo 68^a de la Ley 599 de 2000⁴⁰.

⁴⁰ **ARTÍCULO 68A. EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES.** <Artículo modificado por el artículo [32](#) de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores. <Inciso modificado por el artículo [1](#) de la Ley 2356 de 2024. El nuevo texto es el siguiente:> No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la Ley, siempre que, esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores. Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaiga sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; abigeato enunciado en el inciso tercero del artículo [243](#); extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo [104](#); lesiones causadas con agentes químicos, ácidos y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objeto peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de

Sobre el tercero de los requisitos o la demostración del arraigo familiar y social del condenado, debe decirse que a la fecha de la presente decisión, existe certeza de que el condenado tiene su domicilio y lugar de habitación en sitio específico e identificado como lo es el Sector de Bajo Gualanday del Corregimiento de Buitrera de la ciudad de Palmira Valle, además, ha cumplido con los requerimientos judiciales que se le han realizado en dicho domicilio; aspecto que evidencia estará en posibilidad de ubicación cierta para dar cumplimiento a los requerimientos de las autoridades judiciales.

Así las cosas, se tiene que la Corte Suprema de Justicia ha reconocido el mentado subrogado con el solo cumplimiento de los requisitos del artículo 38 b, razón más que suficiente que impide a este Tribunal tornarse estricto y riguroso apartándose del referido precedente y a la fecha una decisión

armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonales y feminicidio simple o agravado.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo [314](#) de la Ley 906 de 2004.

PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo [64](#) de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo [38G](#) del presente Código.

PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena.

PARÁGRAFO 3o. <Parágrafo adicionado por el artículo [19](#) de la Ley 2292 de 2023. El nuevo texto es el siguiente:> Lo dispuesto en este artículo no se aplicará para las mujeres cabeza de familia que cumplan los requisitos establecidos en la presente ley.

contraria a la desarrollada resultaría más que injusta y grave violatoria de los presupuestos de la dignidad humana que se pregona al interior del derecho Penal desde una órbita dogmática analizada a la luz de los principios que rigen la constitucionalización del derecho penal y los preceptos de la interpretación a favor del hombre (*Pro homine*).

Conforme a lo expuesto, se otorgará de forma oficiosa el subrogado de la prisión domiciliaria al condenado SL18. **JOHN ALEXANDER HURTADO BARREIRO, al cumplirse** con los presupuestos legales para considerar que aquel tiene arraigo y convive con su núcleo familiar, de donde es factible determinar el lugar donde cumplirá la pena impuesta como sustitutivo de la prisión, no tener antecedentes penales en su contra y que la pena a imponer no supera el término impuesto por la Ley.

Bajo dichas circunspecciones, deberá 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 que hace las veces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, realice las acciones necesarias para el otorgamiento del beneficio aquí concedido, siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad judicial.

Sin más consideraciones jurídicas, la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, administrando justicia y por autoridad de la ley,

IX. RESUELVE

PRIMERO: DESPACHAR DESFAVORABLEMENTE el recurso de apelación impetrado por la Procuradora 300 Judicial Penal I de Ibagué, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo de Instancia de Brigadas, en su calidad de Juez Séptimo de Brigada, el día 13 de septiembre de 2024, mediante la cual se condenó al soldado **JOHN ALEXANDER HURTADO BARREIRO** por la comisión del delito de deserción y se negó la solicitud de extinción de la acción penal por prescripción, de conformidad con las razones consignadas en esta decisión.

TERCERO: CONCEDER, oficiosamente al SL18. **JOHN ALEXANDER HURTADO BARREIRO** el sustituto de la PRISIÓN DOMICILIARIA por el cumplimiento 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. **JOHN ALEXANDER HURTADO BARREIRO.**

QUINTO: CONTRA la presente decisión procede de manera excepcional el recurso extraordinario de Casación, en los términos establecidos en la Ley 600 de 2000.

SEXTO: REMITIR el proceso al despacho de origen, por intermedio de la Secretaría de esta Corporación, una vez en firme la decisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

Coronel **GUSTAVO ALBERTO SUÁREZ DÁVILA**
Magistrado Ponente

Coronel **SANDRA PATRICIA BOTÍA RAMOS**
Magistrada

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

Abogado **ÁLVARO IVÁN QUINTERO GAYÓN**
Secretario