

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL

Sala : Primera de Decisión

Magistrada ponente : CR. (RA) PAOLA LILIANA ZULUAGA SUAREZ

Radicación : 159884-437-XIV-521

Procedencia : Juzgado Departamento de Policía de
Risaralda

Procesado : AP. ÁLVAREZ ALZATE YOHAN SEBASTIÁN
AP. MEJÍA ESPINOSA ANDRÉS

Delito : Abandono del Puesto

Motivo de alzada : Apelación sentencia condenatoria

Decisión : Niega Domiciliaria.

Bogotá D.C., diez (10) diciembre de dos mil
veinticuatro (2024).

I. ASUNTO PARA RESOLVER

Procede la Primera Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar y Policial a decidir lo que en Derecho corresponda con relación al recurso de apelación impetrado por la defensa del **AP. YOHAN SEBASTIÁN ÁLVAREZ ALZATE**, en contra de la sentencia adiada 31 de enero de 2023 por medio de la cual el Juzgado de Instancia del Departamento de Policía de Risaralda lo

condenó como autor del punible de abandono del puesto a una pena de 10 meses de prisión negándole la condena de ejecución condicional por expresa prohibición legal.

II. HECHOS

Se indica en autos, acorde a lo informado por el señor IT. MAURICIO ALFREDO MAZUERA ESCOBAR, que el 01-02-2018 cuando se encontraba desarrollando patrullajes de prevención, disuasión y control en la jurisdicción del cuadrante 17 sector de la Universidad EAM, recibió una llamada al cuadrante donde se informa que habían ingresado tres auxiliares bachilleres uniformados al interior de la residencia ubicada en el sector conocido como Bavaria Carrera 13 A 3-89, que al verificar la información efectivamente fueron sorprendidos tres uniformados quienes se identificaron como **AB. YOHAN SEBASTIÁN ÁLVAREZ ALZATE, AB. BRAYAN ALEJANDRO RESTREPO CARO Y AB. CARLOS ANDRÉS MEJÍA ESPINOSA**, consumiendo al parecer sustancias psicoactivas (marihuana) junto a otras dos personas que se identificaron también como auxiliares de policía. Se verificó que los auxiliares se encontraban de facción y de servicio como patrulla recorredora en jurisdicción de la Universidad Gran Colombia hasta los puentes de la Calle 2 sobre la Carrera 14.

Informa igualmente el señor IT. MAURICIO ALFREDO MAZUERA ESCOBAR, que en el lugar se encontraron cigarrillos que contenían marihuana y que los auxiliares fueron trasladados al hospital San Juan de

Dios para prueba voluntaria de toxicología la cual fue positiva para MARIHUANA.

III. ACTUACIÓN PROCESAL ADELANTADA

- 3.1.**Auto apertura investigación formal del 9 de mayo del 2018.
- 3.2.**Diligencia de indagatoria realizada al procesado **YOHAN SEBASTIÁN ÁLVAREZ ALZATE** el 23 de octubre de 2019.
- 3.3.**Diligencia de indagatoria realizada al procesado **CARLOS ANDRÉS MEJÍA ESPINOSA** el 13 de noviembre de 2019.
- 3.4.**Auto que resuelve situación jurídica de los indagados absteniéndose de imponer medida de aseguramiento en su contra de fecha 22 de febrero de 2020.
- 3.5.**Auto de cierre instructivo de fecha 3 de octubre de 2022, seguido de la decisión de fecha 27 de octubre de 2022 mediante el cual se dictó resolución de acusación en contra de los auxiliares **AB. YOHAN SEBASTIÁN ÁLVAREZ ALZATE, y AB. CARLOS ANDRÉS MEJÍA ESPINOSA** como autores del delito de abandono del puesto.
- 3.6.**El 27 de enero de 2023 se inicia la audiencia de Corte Marcial.

3.7.El 31 de enero de 2023, se emite sentencia condenatoria en contra de los auxiliares **AB. YOHAN SEBASTIÁN ÁLVAREZ ALZATE, y AB. CARLOS ANDRÉS MEJÍA ESPINOSA** como autores responsables del delito de abandono del puesto imponiéndoles una pena de 10 meses de prisión sin derecho al subrogado de la Ejecución condicional de la condena.

IV. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Por parte del Juzgado de instancia se aduce que se demostró la calidad policial de los auxiliares **AB. YOHAN SEBASTIÁN ÁLVAREZ ALZATE, y AB. CARLOS ANDRÉS MEJÍA ESPINOSA** quienes se encontraban prestando servicio de recorredores desde la Universidad la Gran Colombia, hasta los puestos de la segunda con 14 y optaron por abandonar su lugar de facción ingresando a una vivienda disponiéndose a consumir marihuana siendo que fueron sorprendidos en el acto.

Logró determinarse que ambos auxiliares el día de los hechos no presentaban alteraciones de algún tipo que les impidiera tener consciencia de lo que hacían y autodeterminarse con esa comprensión, razones más que suficientes para emitir condena en su contra.

V. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

El abogado de la defensa del joven **YOHAN SEBASTIÁN ÁLVAREZ ALZATE** depreca de la Corporación la concesión

del subrogado de la prisión domiciliaria en atención a que aquel carece de antecedentes penales, es un ciudadano de bien, ve por su madre la cual es cabeza de hogar y da el sustento diario a su casa y abuelos maternos.

Afirma que pese su prohiado se encuentra fuera del país al enterarse de la sentencia decide volver y lo hará ya que no pretende evadir el cumplimiento de la pena impuesta.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador 1 Judicial II Penal, al descorrer el traslado de rigor, considera que el apelante no cumple con el presupuesto de la legitimación en la causa por cuanto la decisión de primera instancia no es adversa a sus intereses pues no hizo la petición del sustituto de la pena ante la primera instancia, situación que debe realizar y en caso de que le sea negada recurrir ante el Tribunal, no obstante destaca que debe tenerse en cuenta que la figura de la prisión domiciliaria no está establecida legalmente para el tipo de delito por el cual su prohiado resultó condenado y en esos términos no procedería su reconocimiento.

Conforme a lo expuesto considera el recurso debe ser desestimado.

VII.- DE LA COMPETENCIA.

De acuerdo con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia¹, no obstante, que los hechos que originaron la presente actuación acaecieron en vigencia de la Ley 1407 de 2010 la cual, conforme las etapas de implementación establecidas en el Decreto 1768 de 2020 se encuentran en ejecución: la primera fase, desde el 1° de julio de 2022 en Bogotá; la segunda fase en los Departamentos de Boyacá, Caldas, Cauca, Cundinamarca, Nariño, Quindío, Risaralda, Tolima y Valle del Cauca a partir del 1° de julio de 2023; la tercera fase en los departamentos de Antioquia, Atlántico, Bolívar, San Andrés Y Providencia, Cesar, Chocó, Córdoba, Guajira,

¹ CSJ - Auto del 17 de junio de 2015, radicado 44046, MP. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO. Tribunal Superior Militar. Sala Tercera de Decisión. Radicado: 158229-7039-XIV-96-EJC del 23 de mayo de 2017 M.P Coronel (RA) Fabio Enrique Araque Vargas: "...Ha de afirmarse tal como lo expresa el apelante, que la Ley 1407 de 2010 entró en vigencia a partir del 17 de agosto de 2010 (C.Const. C-444 may.2011) y derogó la Ley 522 de 1999, sin embargo, esta afirmación ha de contextualizarse en el entendido que la derogatoria fue bajo las formas tácita y orgánica. En cuanto a su aplicación, el legislador condicionó (Ley 1407,2010 arts.623,627) la parte procedimental, a los trámites de implementación.

(...)

Por último, la implementación debe entenderse como el desarrollo político administrativo que permite poner en ejecución la ley, es decir, la entrega de las herramientas jurídicas, materiales y logísticas encaminadas a la realización práctica de la norma.

(...)

En ese orden, el procedimiento oral de tendencia acusatoria previsto en la ley 1407 de 2010 por disposición del propio legislador, conforme a lo preceptuado en los artículos 623, 627 y 628 de la citada disposición legal, supeditó la eficacia y aplicación a la implementación y extendió la vigencia del procedimiento previsto en la ley 522 de 1999 en dos vertientes, la primera, para los procesos que se encontraban en curso al momento de entrar en vigencia la ley y la segunda, para los procesos que se sigan por hechos posteriores a su vigencia, hasta cuando se haya implementado el proceso oral acusatorio en el espacio geográfico y en la fecha que determine la ley que reglamente dicho procedimiento.

(...)

Corolario de lo anterior, se ha de reiterar que bajo una interpretación precisa desde los criterios de existencia, vigencia, validez, eficacia y aplicación de la Ley 1407 de 2010, es viable afirmar que mientras no se cumplan las condiciones de implementación, el procedimiento a seguir en la jurisdicción penal militar es el regulado por la Ley 522 de 1999. Por estas razones es que no se comparte la premisa defensiva que señala que, si la Ley 1407 de 2010 se encuentra vigente, no es viable aplicar la Ley 522 de 1999..."

Magdalena, Norte de Santander, Santander y Sucre, la norma procedimental llamada a regular el caso sub júdice es la establecida en la Ley 522 de 1999 por expresa disposición legal:

"...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".

En este orden de ideas, de conformidad con el artículo 238-3 de la Ley 522 de 1999, esta Corporación es competente para conocer de la apelación interpuesta por el abogado defensor del **AP. YOHAN SEBASTIÁN ÁLVAREZ ALZATE**, en contra de la sentencia adiada 31 de enero de 2023 por medio de la cual el Juzgado del Departamento de Policía de Risaralda, lo condenó como autor del punible de abandono del puesto, a una pena de 10 meses de prisión.

VIII.CONSIDERACIONES DE LA SALA

8.1 Se debe recordar, frente al recurso de apelación, que éste se desarrolla con las limitaciones que impone el inciso 2° del artículo 583 del Código Penal Militar, de tal suerte, que la Segunda Instancia no puede pronunciarse sobre aspectos no propuestos por el apelante, salvo la nulidad y los que inescindiblemente resulten vinculados al objeto de impugnación:

"...Doctrina y jurisprudencia coinciden en concluir que la extensión de la competencia del superior a temas inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación resulta procedente cuando se advierta hacer prevalecer el derecho sustancial o cuando ello influya en la coherencia y la lógica que ha de observarse en la decisión del superior funcional..."².

En ese orden, fuera el caso desatender la petición elevada por la defensa toda vez que su recurso no fue orientado a derruir los presupuestos de la sentencia impugnada y además, tal y como lo manifestó el respetable representante del Ministerio Público ante esta instancia es evidente que la solicitud que eleva ante esta corporación no fue planteada a la Juez A quo, no obstante, esta Colegiatura acogiendo el principio de Caridad³ analizará las precisiones esbozadas por la defensa en aras a garantizar los derechos de las partes, especialmente los del condenado, si es que efectivamente lo que procede es la concesión del subrogado invocado.

8.2 Así las cosas, se tiene que el problema jurídico por resolver se circunscribe a determinar si resulta o no procedente el subrogado de la prisión domiciliaria a favor del condenado.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 23259, M.P. Doctor Álvaro Orlando Pérez Pinzón, 23 de marzo de 2006.

³ 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.

En aras a garantizar los derechos de los condenados y de acuerdo con los recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia⁴ ⁵ y de este Tribunal se ha resuelto otorgar de oficio el subrogado de la prisión domiciliaria dando prevalencia a la efectividad material de los derechos a la dignidad y la igualdad de las personas sin importar la condición que ostenten, no obstante es importante se tenga en cuenta que la concesión del subrogado no opera de ipso facto, si no que deben cumplirse para su concesión los requisitos establecidos en la Legislación ordinaria que vía jurisprudencial ha sido traída a la Justicia Militar con base en el principio de integración y favorabilidad.

a) Del arraigo familiar y social del condenado

Dentro de los presupuestos contenidos en el Código Penal Ordinario Ley 599 de 2000, 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

⁴ Corte Suprema de Justicia SP 2483 del 11 de septiembre de 2024 M.P. Jorge Hernán Díaz Soto

⁵ Corte Suprema de Justicia AP.2268-2024 Radicado 65625 del 20 de marzo de 2024. M.P. Hugo Quintero Bernate

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, que el condenado **AP.YOHAN SEBASTIÁN ÁLVAREZ ALZATE** lo cumple en el sentido de que la pena impuesta no supera los 8 años, pues fue establecida en 10 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 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.

En lo que respecta al numeral tercero del artículo 38B antes transcrito, debe decirse que a la fecha de la presente decisión, **NO EXISTE CERTEZA DEL DOMICILIO DEL CONDENADO NI DEL LUGAR ACTUAL DE HABITACIÓN, en sitio específico e identificado pese a que siempre cumplió con los requerimientos judiciales que se le realizaron.**

Al respecto téngase presente que es el mismo defensor quien advierte que su prohijado **se encuentra en el**

extranjero, y a la fecha de esta decisión se desconoce si el mismo ya regresó a Colombia, así como su domicilio, aspectos que demostrarían su arraigo y la disposición que tiene de cumplir con la sentencia impuesta, resultando claro que de seguir en el exterior estará en imposibilidad de dar observancia a los requerimientos judiciales que se le hagan por parte del Juez de Ejecución de penas resultando por tanto burlada la administración de justicia.

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..."*⁶

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..."*⁷

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

⁶ 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

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal SP 6348 del 25 de mayo de 2015, radicado 29581.

más que suficiente que impide a este Tribunal tornarse estricto y riguroso apartándose del referido precedente y a la fecha una decisión contraria a la desarrollada resultaría más que injusta, grave y 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*).

No obstante y visto que no se encuentra demostrado el arraigo en Colombia del joven **AP. ÁLVAREZ ALZATE YOHAN SEBASTIÁN**, se denegará la petición realizada por la defensa, instando a esta a que de persistir en lo mismo, presente de nuevo su petición ante el Juez de ejecución de Penas **allegando la prueba del arraigo** del joven condenado y con la cual se garantizaría a la Justicia el cumplimiento de la pena impuesta.

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: DESPACHAR DE FORMA DESFAVORABLE el recurso de apelación incoado por el apoderado de la defensa del **AP. ÁLVAREZ ALZATE YOHAN SEBASTIÁN** conforme lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

SEGUNDO: En consecuencia, **CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia de fecha 31 de enero de 2023 mediante la cual el Juzgado del Departamento de Policía de Risaralda condenó a los auxiliares **AP. ÁLVAREZ ALZATE YOHAN SEBASTIÁN y AP. MEJÍA ESPINOSA ANDRÉS** como autores del delito de Abandono del puesto a la pena de 10 meses de prisión negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

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

.

CUARTO: 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.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Coronel (RA) PAOLA LILIANA ZULUAGA SUÁREZ
Magistrada Ponente

159884-437-XIV-521
AP. ÁLVAREZ ALZATE YOHAN SEBASTIÁN
AP. MEJÍA ESPINOSA ANDRÉS
Abandono del Puesto

/

Coronel **SANDRA PATRICIA BOTÍA RAMOS**
Magistrada

CON PERMISO
Coronel **GUSTAVO ALBERTO SUÁREZ DÁVILA**
Magistrado

Abogado **ÁLVARO IVÁN QUINTERO GAYÓN**
Secretario