

**LA CONDUCTA INSTANTÁNEA Y LA CONDUCTA PERMANENTE EN LOS
DELITOS TÍPICAMENTE MILITARES QUE AFECTAN EL SERVICIO COMO
BIEN JURÍDICO TUTELADO**

ERIKA ANDREA NARANJO TAPIERO

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

**MAESTRÍA EN JUSTICIA Y TUTELA DE LOS DERECHOS CON ÉNFASIS EN
CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS**

BOGOTÁ D.C.

2019

**LA CONDUCTA INSTANTÁNEA Y LA CONDUCTA PERMANENTE EN LOS
DELITOS TÍPICAMENTE MILITARES QUE AFECTAN EL SERVICIO COMO
BIEN JURÍDICO TUTELADO**

ERIKA ANDREA NARANJO TAPIERO

**Trabajo de grado modalidad Monografía, presentado como requisito para
optar al título de Magister en Ciencias Penales y Criminológicas**

Director:

Doctor JOSÉ GUILLERMO EDUARDO FERRO TORRES

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

**MAESTRÍA EN JUSTICIA Y TUTELA DE LOS DERECHOS CON ÉNFASIS EN
CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS**

BOGOTÁ D.C.

2019

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	5
1. LOS DELITOS CONTRA EL SERVICIO MILITAR Y POLICIAL	9
1.1 MARCO HISTÓRICO	9
1.1.1 Del servicio militar y policial y su historia	9
1.2 REFORMAS DE LOS DELITOS CONTRA EL SERVICIO TIPIFICADO EN LAS DIFERENTES CODIFICACIONES PENALES MILITARES EN COLOMBIA	25
1.2.1 Decreto 250 del 11 de julio de 1958	25
1.2.2 Decreto 2550 del 12 de diciembre de 1988	28
1.2.3 Ley 522 de 12 de agosto de 1999	31
1.2.4 Ley 1407 de 17 de agosto de 2010	34
2. LOS DELITOS DE AUSENCIA Y LOS DELITOS CONTRA EL SERVICIO	38
2.1 DELITOS DE AUSENCIA Y SU RELACIÓN CON EL DEBER DE PRESENCIA Y DEL SERVICIO	38
2.2 DELITOS CONTRA EL SERVICIO EN LA ACTUALIDAD Y SUS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS	53
2.2.1 Del abandono del comando y del puesto	53
2.2.2 Del abandono del servicio	58
2.2.3 De la deserción	60
2.2.4 Del delito del centinela	74
2.2.5 De la libertad indebida de prisioneros de guerra y de la omisión en el abastecimiento	78

3.	CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES DE CONDUCTA PERMANENTE Y CONDUCTA INSTANTÁNEA EN LOS DELITOS CONTRA EL SERVICIO EN LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR	80
3.1	CONCEPTOS BÁSICOS DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES DE CONDUCTA PERMANENTE Y CONDUCTA INSTANTÁNEA	80
3.1.1	Utilidad	88
3.2	ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL PARA DETERMINAR QUE LOS DELITOS DE AUSENCIA SON DE EJECUCIÓN PERMANENTE	89
3.2.1	Efectos de la postura del TSMP (Tribunal Superior Militar y Policial) al determinar los delitos de ausencia de ejecución permanente	109
3.3	DESARROLLO SOBRE LOS DELITOS CONTRA EL SERVICIO COMO DELITOS DE CONDUCTA INSTANTÁNEA	112
3.3.1	Jurisprudencia	113
3.3.2	Doctrina	121
4.	CONCLUSIONES	124
5.	CONCEPTOS BÁSICOS MILITARES Y POLICIALES	128
6.	BIBLIOGRAFÍA	132

INTRODUCCIÓN

La Jurisdicción Penal Militar cuenta dentro de su ordenamiento jurídico con tipificación de delitos militares, militarizados y comunes. De los primeros se puede decir que caracterizan y diferencian la jurisdicción castrense de la ordinaria, ya que su descripción exige como elemento *sine qua non* que el sujeto activo de la conducta sea un miembro de la Fuerza Pública y que la acción u omisión tenga relación con el servicio¹; destacándose entonces para el presente desarrollo temático los delitos que afectan el servicio, los cuales han contado con algunas modificaciones a partir de la expedición del Decreto 0250 de 1958 hasta la Ley 1407 de 2010, y que aún con elementos completamente definidos por la norma, la jurisprudencia y la dogmática, requieren de un estudio minucioso sobre su naturaleza jurídica, el cual tiene como finalidad determinar si algunos de ellos son de ejecución permanente o instantánea.

Dentro de los delitos contra el servicio encontramos el de Deserción, tal vez uno de los injustos militares más antiguo de la historia penal militar, que con el paso del tiempo en las diferentes codificaciones ha tenido un desarrollo dogmático y jurisprudencial que lo ha establecido como un reato de conducta instantánea; sin embargo, el Tribunal Superior Militar y Policial, en sentencia del 14 de agosto de 2015, radicado No. 158237, Magistrado Ponente Teniente Coronel WILSON FIGUEROA GÓMEZ, indicó que este delito es de conducta permanente, tal y como sucede con el secuestro y el desplazamiento forzado, además que esta situación puede aplicarse en otros tipos penales que afectan el servicio como el abandono del puesto, entre otros; denominándolos delitos de ausencia.

1 Delimitado constitucionalmente por el artículo 221 Constitucional, cuando señala que “De las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo...”, y concretando de manera precisa los elementos del fuero penal militar, la ley 522 del 12 de agosto de 1999 en su artículo 2 indica que “Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública derivados del ejercicio de la función militar o policial que le es propia”

El planteamiento expuesto ha alterado figuras como la prescripción de la acción penal en tales delitos, prolongando las investigaciones por estos tipos penales y ocasionando la división de opiniones entre los operadores jurídicos de la jurisdicción penal militar, donde algunos simplemente se apartan del criterio del Tribunal Superior Militar y Policial para decretar la prescripción, quebrantando la seguridad jurídica frente algunos casos donde los procesados por estos tipos penales, en similares circunstancias fácticas, tienen un tratamiento distinto; lo que denota que este planteamiento se ha cimentado en indebidas interpretaciones dogmáticas y jurisprudenciales que, bajo un minucioso análisis en contexto, nos permitirá reafirmar que la postura adecuada y que más se ajusta a su válida interpretación, es la que ha señalado estos tipos penales como de conducta instantánea.

La importancia de este trabajo radica, entonces, en evaluar cada uno de los motivos planteados por el Tribunal Superior Militar y Policial sobre su nueva postura al considerar delitos como el de desertión, abandono de comando y del servicio, entre otros, como de ejecución permanente y no de conducta instantánea; además de valorar si este concepto puede ser extensivo a los reatos denominados de ausencia y los efectos que trajo consigo dicha apreciación.

Por lo tanto, para entender mejor el desarrollo del tema es justo iniciar con una breve reseña sobre la historia del servicio militar y policial, plasmando los delitos contra el servicio y las modificaciones que ha presentado a través de las últimas codificaciones penales militares con el fin de conocer a fondo cuales conductas han sido tipificadas como tales, especificando sus principales características y la adaptación a la legislación penal militar Colombiana, identificando su naturaleza y finalidad.

Posteriormente, se establece el concepto de los llamados delitos de ausencia utilizados por el Tribunal Superior Militar y Policial para referirse a las conductas

punibles que vulneran el bien jurídico del servicio, aclarando que tal apreciación es incorrecta para referirse a todos los delitos que hacen parte del título II del Código Penal Militar; en primer lugar porque conforme a su concepción, no todos los tipos penales consagrados en este acápite cumplen con sus características, como el deber de presencia en el tipo penal de la libertad indebida de prisioneros de guerra; del mismo modo, deja de lado otras conductas que requieren para la configuración de este elemento pero que al no estar clasificado como un delito contra el servicio queda excluido, como sucede con el injusto de abandono de buque, entre otros.

Por otra parte, el segundo capítulo también hace referencia a la necesidad de señalar a la prestación del servicio como el verdadero bien jurídico tutelado por la norma y no al servicio propiamente dicho, ya que en realidad este último es un término general y ambiguo que tiene una cobertura sobre casi todas las conductas consagradas como típicamente militares, mientras que la prestación del servicio, encarna las obligaciones y deberes constitucionalmente asignados a la Fuerza Pública, especificando la verdadera intención del legislador sobre las conductas consagradas en este título II denominado delitos contra el servicio en el actual Código Penal Militar; lo que implica realizar una presentación sobre cada uno de estos tipos penales y las principales características que los estructuran en su actualidad, conforme a la doctrina y la jurisprudencia.

El último capítulo presenta un breve desarrollo dogmático y jurisprudencial de los delitos de ejecución instantánea y de ejecución permanente, estudiando a su vez cada uno de los planteamientos trazados por el Tribunal Superior Militar y Policial con los que varía la postura frente a algunos tipos penales contra el servicio, como son: abandono de comando, abandono del servicio, abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales y la deserción; exponiendo a su vez los argumentos con los que se presentaron tales delitos hasta el año 2015 como tipos penales de ejecución instantánea según la jurisprudencia y la doctrina.

Para finalizar, respecto a la clasificación de los tipos penales de ejecución instantánea o permanente, la lesión al bien jurídico se produce en un solo momento para los primeros, mientras que en el segundo esta lesión permanece en el tiempo conforme a la voluntad del autor; por lo tanto y una vez definida la prestación del servicio como bien jurídico tutelado, en los tipos penales en mención, la situación antijurídica cesa una vez se consuma el tipo penal dentro del término previsto en la norma para cada una de las conductas, teniendo en cuenta que una vez se produce la ausencia o el abandono de las funciones, por la naturaleza de las mismas, al considerarse ininterrumpidas y permanentes, el comandante o quien haga sus veces suple de manera inmediata con otro funcionario las labores desamparadas.

De esta manera se concluye, que los tipos penales de abandono de comando, abandono del servicio, abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales y la deserción, son delitos de ejecución instantánea debido a que la consumación del tipo penal se da en un solo momento, conforme a lo estipulado para los delitos de omisión propia, los cuales “*describen una conducta negativa que resulta jurídicamente relevante en cuanto el agente tiene la obligación de hacer, deber institucional que omite, por la no realización de una prestación positiva de salvaguarda de un bien jurídico*”², omisión que se concreta en el tiempo establecido por cada uno de los tipos penales.

² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. El Delito de Omisión. Concepto y Sistema. Barcelona, Editorial Bosch, 1986, p. 306.

1. LOS DELITOS CONTRA EL SERVICIO MILITAR Y POLICIAL

En este primer aparte se hace énfasis en presentar una breve reseña sobre los delitos contra el servicio militar y policial desde su surgimiento, la adaptación y modificaciones que han tenido en las codificaciones penales castrenses de Colombia, resaltando características y diferencias entre sí, con el fin de ir identificando la naturaleza de los mismos.

1.1 MARCO HISTÓRICO

1.1.1 Del servicio militar y policial y su historia. Iniciamos con un breve relato del servicio militar, considerándolo como una prestación personal a las instituciones castrenses con el objetivo que estas cumplan la misión que cada uno de los Estados le asigna. Su origen se remite a la época romana, donde se tienen los primeros cimientos de la justicia penal militar, momento de la historia que estuvo liderada por emperadores, quienes se distinguieron por su ambición de poder, medida en parte, por el dominio territorial y la conquista de nuevos pueblos. Entre estos se destacan Diocleciano³ y Constantino⁴ quienes organizaron el alto mando militar romano creando los *magistri peditum et equitum*⁵, los cuales

³ Biografías y Vidas. La Enciclopedia Biográfica en Línea. <https://www.biografiasyvidas.com/biografia/d/diocleciano.htm> (Cayo Aurelio Valerio Diocleciano; Salona, actual Croacia, h. 245 - Spalato, hoy Split, id., 316) Emperador romano (284-305). Nacido en el seno de una humilde familia iliria, Cayo Aurelio Valerio Diocleciano emprendió una carrera militar que, sin ser excesivamente brillante, le permitió convertirse primero en comandante de la guardia imperial y más tarde en cónsul.

⁴ Biografías y Vidas. La Enciclopedia Biográfica en Línea. <https://www.biografiasyvidas.com/monografia/constantino/> Cayo Flavio Valerio Aurelio Constantino nació en Naissus (la actual Nis, en Yugoslavia), un 27 de febrero de no se sabe qué año, aunque los historiadores no dudan en situarlo entre el 270 y el 288, en pleno período de «desgobierno militar» del Imperio Romano. Las reformas de Diocleciano intentaban estabilizar la situación mediante el nombramiento de dos emperadores o *augustos* y de sus respectivos sucesores (o *césares*).

⁵ BLANCH NOUGUES, José María. Una Visión Histórica y jurídica sobre el ejército romano. UNIVERSIDAD Autónoma. Madrid. 2011. Pág. 8 file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-UnaVisionHistoricaYJuridicaSobreEIEjercitoRomano-3625140.pdf

estaban subordinados a los *Magistri Militum*⁶, quienes tenían la capacidad de conocer y juzgar los actos cometidos por los miembros del ejército cuando sus actuaciones iban en contravía de la disciplina y el régimen interno de las tropas, función que posteriormente se traslada a los mandos superiores de cada una de las legiones, que además de dirigir la parte operativa, se constituían en el juez natural de sus hombres, disponiéndole, el poder, mando y jurisdicción.

Esa ambición y necesidad de poseer grandes ejércitos, crea la prestación del servicio militar como un deber con el Estado, que para el caso romano tuvo como finalidad su fortalecimiento, llegando a considerarse como uno de los ejércitos más grandes de la historia, con una organización tan efectiva que podía guiarlos a obtener lo que deseaban. Teniendo entre muchas otras potestades su propia jurisdicción, encargada de guardar la disciplina y el orden entre sus subordinados, la cual fue extendida posteriormente a regiones como Italia, Macedonia, India y España. Esta última desarrolló la justicia especializada, que llegaría a Latinoamérica después de la conquista y de la que podríamos resaltar la época de las Tiufas⁷ que fueron organizaciones militares que se caracterizaban por tener un superior militar conocido como Tiufado, que actuaba como juez frente a los conflictos que surgían en dicha comunidad.

Uno de los grandes referentes de los delitos contra el deber de presencia o delitos contra el servicio es el *Digesto* de Justiniano. Al respecto, Millán “*especifica tres delitos: el transfugium, la desertio y la emansio, donde el primero de ellos lo cometía el militar que abandonaba el ejército y se pasaba al enemigo, asimilado esto con el delito de traición, donde el castigo se podría dar incluso en grado de*

⁶ Eran a la vez ministros de la Guerra, y en General en Jefe con Jurisdicción Militar. NAVARRO ZAMORANO, Ruperto. DE CARA, Rafael Joaquín y DE ZAFRA, Jose Álvaro. Historia externa del derecho romano. Tomo I. Madrid, Imprenta del Colegio de Sordo – Mudos. 1842. Pág. 203

⁷ PEÑA VELÁSQUEZ, Édgar. Comentarios al nuevo Código Penal Militar. Bogotá. D.C. Ediciones Librería del Profesional. 2001. Pág. 10

*tentativa, con la pena capital y sobre los dos últimos*⁸. Sobre los dos siguientes es claro que, *“la desertión en Roma tiene como nota característica la intención de abandonar definitivamente el servicio... distinta de la emansio, en la que el sujeto se sustrae por cierto tiempo a sus deberes militares”*⁹, de esta manera, dichas conductas empiezan a tener un fin concreto frente al deber militar.

La Legislación Española desarrolla a través de sus codificaciones penales militares los delitos contra el deber de presencia, de los que hacen parte los injustos de abandono de destino y/o residencia y el de desertión, los cuales tienen su origen en el derecho romano, de donde se legó el término emansor, *“aquel que se ausentaba por algunos días y regresaba luego al campamento”*¹⁰; y el verbo *deserere*, que *“se entiende como dejar, desamparar o abandonar”*¹¹, fundamentando los orígenes de estas conductas que se contemplan hasta hoy en su codificación.

La normatividad penal militar española acoge las conductas ya mencionadas y las clasifica como delitos contra el deber de presencia, con algunas diferencias entre sus elementos. El delito de abandono del destino o residencia, es un abandono temporal con las exigencias del tipo penal de desertión, pero con el elemento esencial de la voluntad para reincorporarse, por lo que *el “delito queda cerrado en cuanto a su consumación cuando el militar se reintegra al Servicio en su acuartelamiento”*¹²; mientras que en la desertión *“el abandono era propio del militar como sujeto activo del delito, el cual se cometía con la concurrencia de un*

⁸ MILLÁN GARRIDO, Antonio *et al.* Delitos contra el deber de presencia en el Servicio militar: comentarios a la reforma del Código penal y el Código penal militar por la Ley orgánica 13/1991, de 20 de diciembre. Edición J.M. Bosch, Año, 1995. Página 476

⁹ *Ibíd.*, p 477

¹⁰ MARTÍN DELPÓN José Luis. Evolución histórica de los delitos contra el deber de presencia en el Derecho Histórico Militar: Desde el Constitucionalismo decimonónico hasta nuestros días. Cuadernos de Historia del Derecho. Año 2007. Pág. 122

¹¹ *Ibíd.*

¹² *Ibíd.*, p 120.

*dolo específico cual era la intención de no volver a reintegrarse al Servicio que había abandonado*¹³.

Con la conquista española de 1492, esta jurisdicción castrense que en ese momento se encontraba en cabeza de un jefe militar, fue radicada en el continente americano junto a las ordenanzas reales que nacen con posterioridad, entre ellas se cita inicialmente la Ordenanza del Rey Carlos I del 13 de junio de 1551¹⁴, la cual confirma el fuero al personal de las guardias de los reinos de Castilla, fuero que es aplicable a todos los integrantes de las tropas según Felipe II conforme a lo estipulado en la Ordenanza de 1587. Para 1701 se promulgó la Ordenanza de Flandes, la cual no solo confirma la jurisdicción militar sino el Consejo de Guerra, *“la ordenanza de 1728 confirma la institución foral y la extiende a varios aspectos de la vida militar”*¹⁵. En 1793, *“Carlos III promulga un Decreto real donde establece el Fuero Penal Militar en los Ejércitos de España y Ultramar que consiste en el conocimiento de los delitos cometidos por militares por Tribunales castrenses”*¹⁶.

Las normas penales militares que regían para la época de la independencia y posterior a ella eran las españolas, su evolución estuvo demarcada por el Código Penal Militar del Ejército de 1884, el Código Penal de Marina de Guerra de 1888 y el Código de Justicia Militar de 1890. Para el Código de 1884, se establece en el título IV los delitos contra los deberes del servicio militar recogidos entre los artículos 152 y 157, iniciando con la desertión del oficial, donde los plazos de consumación variaban cuando el delito se cometía frente al enemigo, en operaciones de campaña, en tiempos de guerra o de paz; otra modalidad frente al oficial era cuando sin causa justificada, dejare de incorporarse a su destino o no

¹³ *Ibíd.*, p 122.

¹⁴ FERRO TORRES, José Guillermo. Prolegómenos. Revista Derechos y Valores. Constitución y Derecho Penal Militar. Universidad militar Nueva Granada. Vol. VIII. Número 16. 2005 Pág. 49

¹⁵ *Ibíd.*, Página. 49 y 50.

¹⁶ VALENCIA TOVAR, Álvaro. Una tradición histórica de la jurisprudencia Colombiana. <http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-152/fuero-militar-y-justicia-penal-militar>

se presentare en el lugar en que tenía fijada su residencia, caso para el cual la consumación tenía un término de 15 días en tiempos de paz y 8 días cuando la conducta se realizaba en operaciones o en tiempos de guerra. Respecto a la pena en tiempo de paz, *“la pena a imponer era la de arresto militar o de la suspensión de empleo; en los otros dos casos, la pena era la de prisión militar mayor o la pérdida de empleo, en virtud de lo dispuesto por los artículos 154 y 155”*¹⁷. Frente a la deserción, regulados en este cuerpo normativo en los artículos 141 y 157, ésta no se desprende de la estructura consagrada en la Ley 15 de julio de 1882, donde la ausencia en el transcurso de determinados plazos, según sea el caso, configure la deserción¹⁸.

De esta codificación, Millán expone que: *“en principio, parece venir la deserción concebida como un delito instantáneo... sin embargo en orden a la prescripción el legislador le atribuye efectos permanentes...”*¹⁹. Esto, debido a que el artículo 92 del Código de 1884 prevé que la prescripción de la acción penal para este caso se presenta cuando el desertor cumpla 50 años de edad o haya contraído alguna inutilidad física, postura en la que argumenta que es un delito permanente *“por cuanto los plazos fijados en la Ley no pueden ser considerados sino como términos iniciales, tras los cuales, consumado el delito, puede mantenerse una situación antijurídica constituida por la contraposición entre el deber de presencia en las fuerzas armadas, derivado de la obligación (continuada) de prestar el Servicio militar...”*²⁰. Postura que será debatida en el tercer capítulo de este trabajo, donde se podrá establecer la naturaleza de estos tipos penales.

El Código Penal de la Marina de Guerra del 24 de agosto de 1888, consagra los delitos contra los deberes militares, al igual que el Código de 1884, donde se

¹⁷ MARTÍN. Óp. cit. p. 129

¹⁸ ESPAÑA. Código Penal Militar para el Ejército de 17 de noviembre de 1884. Artículo 141

¹⁹ MILLÁN GARRIDO, Antonio. El delito de Deserción Militar. Tesis para la obtención del grado de doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla. Año 1980. Pág. 63

²⁰ *Ibíd.*, p. 481.

encuentra nuevamente el dualismo, abandono de destino o residencia y la deserción, establecidos en el título III, capítulo VI denominado delitos contra los deberes del servicio militar; mientras que el Código de Justicia Militar del 4 de octubre de 1890, agrupó varios delitos, titulándolos: delitos contra los fines y medios de acción del Ejército, donde el abandono de destino o residencia y la deserción tenían un capítulo autónomo.

Mientras la referida normatividad penal castrense regulaba las conductas de los miembros de los ejércitos en España, en Colombia se le encarga la tarea al General Alcántara Herrán de redactar un Código Militar, pero no fue terminado debido a la muerte del autor en 1841; sin embargo, el fuero penal militar se mantuvo vigente en las Constituciones de 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, periodo que se caracterizó por una constante de guerras civiles, donde se imponían las leyes de los ganadores. Posteriormente, en 1859, se crea el Código Penal Militar de los Estados Unidos de Colombia y el 26 de mayo de 1881 “*se da origen al Código Militar de los Estados Unidos de Colombia mediante la Ley 35*”²¹, la cual organiza la Fuerza Pública incluyendo la jurisdicción penal militar y establece en su artículo 2 el servicio militar²², el que siendo obligatorio o voluntario se prestaba por cuatro años consecutivos²³, prohibiendo incluir en sus filas desertores de los enemigos; de igual manera diferencia el empleo militar del destino militar²⁴.

La Constitución Política de la República de Colombia de 1886 consagró, frente a la jurisdicción castrense, en el artículo 170 que “*De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes marciales o Tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del*

²¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 35 del 26 de mayo de 1881. <http://bdigital.unal.edu.co/6599/>.

²² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 35 del 26 de mayo de 1881, artículo 2. El contingente lo da cada Estado llamando al Servicio a los individuos que deben prestarlo, conforme a sus Leyes.

²³ *Ibíd.*, artículo 212.

²⁴ *Ibíd.*, artículo 44.

Código Penal Militar”²⁵, disposición que a la fecha se ha mantenido con algunas modificaciones. Es importante señalar, que el mencionado canon contempló el fuero penal militar para las Fuerzas Militares excluyendo a la Policía Nacional, sin perder de vista que ésta es creada solo hasta 1891 con el Decreto 1000 del 5 de noviembre, “*el cual eliminó las policías departamentales, municipales y los cuerpos serenos*”²⁶ concentrando en una sola institución de carácter nacional la función de “*conservar la tranquilidad social, la protección de las personas, las propiedades, entre otras*”²⁷.

Aun cuando la Justicia Penal Militar tiene como finalidad la conservación de los valores de los militares y el correcto funcionamiento de los ejércitos, en Colombia el estado de violencia continua y la afectación del orden público, promovida por los diferentes grupos al margen de la ley, ha llevado al sostenimiento de acciones armadas durante varias décadas, lo que conllevó a que la Policía Nacional desnaturalizara su función inicial y participara activamente en el restablecimiento de la paz y la tranquilidad en el territorio nacional.

Ulteriormente, en 1953 mediante el Decreto 1814 se incluye a la Policía Nacional como el cuarto componente del Comando General de las Fuerzas Armadas de Colombia²⁸ y consecuentemente, mediante el decreto 2900 de 3 de noviembre del mismo año se dispuso en su artículo 140²⁹ el mismo fuero militar para los

²⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución del 5 de agosto de 1886. Artículo 170

²⁶ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1000 del 5 de noviembre de 1981, artículo 8

²⁷ *Ibíd.*, artículo 10.

²⁸ BONILLA ECHEVERRI Oscar, Código de Justicia Penal Militar y Consejos de Guerra Verbales. Editorial Voluntad. Pág. 245

²⁹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2900 del 03 de noviembre de 1953. Artículo 140. Los procesos penales en curso contra miembros de la Policía que "tengan fuero militar, en virtud de la incorporación de esta Fuerza a las Fuerzas Armadas, se tramitará con arreglo a las disposiciones de este Decreto...

miembros de la Policía, situación que fue regulada por el decreto 1426 de 1954³⁰ “*donde se incluye a la Policía Nacional en la jurisdicción penal militar*”, es así que el Código Penal Militar de 1958 incluyó al personal policial como sujeto activo de sus conductas; y luego reiterado por algunas normas como el decreto 1667 de 1966, el decreto 2347 de 1971, la ley 2 de 1977 y el decreto ley 2137 de 1983.

Sin perder de vista el recorrido de la Codificación Penal Militar en Colombia, el 23 de junio de 1931 se expide la ley 84 de la Justicia Penal Militar, la cual contempló en su Título V los delitos en el servicio, consagrando las conductas que pueden ejercer los miembros del ejército en el ejercicio de sus funciones y mando, y disponiendo en el Título VI los delitos contra el servicio, donde se encuentran los tipos penales de abandono de comando y del puesto, abandono de destino o residencia militar y la deserción; conductas descritas con grandes similitudes a la Legislación Española y específicamente al Código de Justicia Militar de 1890.

El Código de 1931 contempló como penas militares principales “*la reclusión militar, la prisión militar, el arresto militar*”³¹ y como accesorias “*la degradación, la destitución, la separación del servicio, la pérdida del destino militar, la suspensión del destino militar y la pena pecuniaria o multa*”³² y dispuso dentro del tipo penal de abandono de destino o residencia militar cuatro modalidades para incurrir en la conducta. En el mismo sentido, para el delito de deserción expresó nueve circunstancias en las que se puede incurrir en este injusto penal.

Posteriormente, el 12 de diciembre de 1944, se expide un nuevo Código Penal Militar con el Decreto 2180, que a pesar de ser derogado tan solo un año después por la ley 3ª de 1945, eliminó de su codificación el Título V de los delitos en el

³⁰ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1426 del 04 de mayo de 1954. Por el cual se establecen unas normas de Justicia Penal Militar en relación con los miembros de las Fuerzas de Policía

³¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 84 del 23 de junio de 1931. Artículo 126

³² *Ibíd.*, artículo 127

servicio y en su lugar estipuló los delitos contra el servicio, donde también hubo un importante cambio, debido a que “*desaparece el delito de abandono de comando y abandono de destino o residencia militar, quedando en su lugar el abandono del puesto y abandono del servicio*”³³, pero además incluye este acápite el “*delito de deserción, del centinela, de la infidelidad o violación de secretos, inutilización voluntaria, ataques al centinela y falsa alarma*”³⁴.

Durante este tránsito legislativo de las normas penales militares en Colombia, España no se queda atrás, se promulgan las Leyes del 11 de mayo y del 3 y 17 de julio de 1931³⁵ las cuales consagraron un sistema judicial castrense donde los mandos cedían su competencia a los auditores, la Fiscalía de la República acogió las funciones de los fiscales militares, la defensa estaba a cargo de los abogados colegiados y el Consejo Supremo de Guerra y Marina y sus facultades revisoras pasaron a la Sala 6ª del Tribunal Supremo. Sin embargo, con las leyes de 12 de julio de 1940 y 29 de marzo de 1941, se restablece la vigencia de las disposiciones normativas militares que, posteriormente, se promulgan con la ley del 1 de septiembre de 1939 mediante la cual se constituyó el Consejo Supremo de Justicia Penal Militar, dispuesto nuevamente en el Código de Justicia Militar que se promulgara el 17 de julio de 1945³⁶.

Frente a los delitos contra el deber de presencia, el Código español de 1945 los resguarda bajo el Título XII como de los delitos contra los fines y medios de acción del Ejército, “*manteniendo los delitos de deserción y el abandono de residencia como tipos penales independientes*”³⁷ que debido a su naturaleza jurídica y la

³³ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2180 de 1944. Artículo 215 y ss.

³⁴ *Ibíd.*, artículo 217 y ss.

³⁵ MARTÍN. *Óp. cit.* p. 141.

³⁶ *Ibíd.*, p. 141.

³⁷ RUBIO TARDIO, Pedro. La Deserción, en este artículo el autor critica el sistema objetivista de la deserción, tal y como venía regulada en el CJM, lo que conllevaba una situación de “anarquía legislativa, que hace complicadísima su aplicación tal y como lo demuestra la jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar”. Además, por criterio de política criminal y de técnica legislativa, no veía razón alguna por la cual se establecieran diferencias entre la deserción y el

trascendencia para el servicio, debían asumir en penas diferentes y que, además de la pena privativa de la libertad tenía como sanción administrativa la destitución³⁸, estableciendo para estos la modalidad propia e impropia con otras circunstancias especiales; codificación que se convierte en el cimiento para la constitucionalización del derecho penal con la Ley 8 de 1980 que da origen al Código Penal Militar de 1985, el cual consagra en su Capítulo III los delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar, *“donde se consagran los mismos tipos penales, con una similitud indiscutible entre su descripción típica y se agregan en este acápite los delitos de inutilización voluntaria y simulación para eximirse del Servicio Militar y la negativa a cumplirlo”*³⁹. Con la Ley Orgánica 13 del 20 de diciembre de 1991, se logra incluir el aspecto subjetivo a la deserción dada por la intención de sustraerse permanentemente al cumplimiento de las obligaciones militares.

Mientras se da el tránsito de la constitucionalización del Derecho Penal Militar Español, en Colombia con el Decreto Legislativo 1125 del 31 de marzo de 1950 se expide un nuevo Código Penal Militar, el cual contempló en su Título VI los delitos contra el servicio, estableciendo solo tres tipos penales⁴⁰ que son el abandono del servicio⁴¹ con 5 causales, la deserción⁴² con siete circunstancias en las que el soldado o marinero puede incurrir en esta conducta estableciendo dos causales de atenuación⁴³ y tres de ausencia de responsabilidad⁴⁴, como el hecho de ser menor

abandono de Servicio y, además, consideraba que deserción y abandono de destino debían estar en capítulos separados, por su distinta naturaleza y peligro. Cit. MARTÍN DELPÓN José Luis. Evolución histórica de los delitos contra el deber de presencia en el Derecho Histórico Militar: Desde el Constitucionalismo decimonónico hasta nuestros días. Cuadernos de Historia del Derecho. Año 2007. Pág. 147

³⁸ ESPAÑA. Código de Justicia Militar. Ley de 17 de julio de 1945. Artículo 368

³⁹ ESPAÑA. Código de Justicia Militar. ley orgánica 13 del 09 de diciembre de 1985. Artículos 121 a 128

⁴⁰ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1125 de 31 de marzo 1950. Artículo 163 Clasificación

⁴¹ *Ibíd.*, artículo 164

⁴² *Ibíd.*, artículo 166

⁴³ *Ibíd.*, artículo 169

⁴⁴ *Ibíd.*, artículo 170

de 17 años. Además, de manera interesante señala tres causas en las que se podría presumir que la conducta de deserción fue tentada⁴⁵ y que bajo estas situaciones sería responsable como si la hubiere consumado. Por último, se encuentra el delito de abandono del puesto y aun cuando dentro de este capítulo está el reato de cobardía⁴⁶, el canon 163 solo prevé a los tres primeros como delitos contra el servicio.

Posteriormente se expide el Decreto 2311 del 4 de septiembre de 1953, a través del cual se crea la Corte Marcial de Casación y Revisión, considerando que por la carga laboral que tiene la Corte Suprema de Justicia, se hace necesario que los recursos de Casación y Revisión de la Justicia Penal Militar sean conocidos por esta nueva entidad; esta Corte dependía del Ministerio de Guerra y estaba integrada por tres magistrados⁴⁷ los cuales tenían la misma categoría que un magistrado de la Corte Suprema de Justicia⁴⁸, sin que se presente algún cambio relevante en los delitos contra el servicio.

El 11 de julio de 1958 se expide el nuevo Código Penal Militar, Decreto 0250, basado en la escuela clásica; esta codificación estaba compuesta por cuatro libros, el primero de ellos se dedicaba a los delitos y las sanciones, el segundo sobre los delitos contra la existencia y la seguridad del Estado, el tercero era el título preliminar sobre la jurisdicción y competencia, y el cuarto consistía en las actuaciones procesales; este conjunto de normas sobre materia penal militar trae consigo figuras jurídicas que se han mantenido hasta nuestros días, como el principio de legalidad⁴⁹, favorabilidad⁵⁰, territorialidad⁵¹, extradición⁵², la imposición

⁴⁵ *Ibíd.*, artículo 171

⁴⁶ *Ibíd.*, artículo 176 y ss.

⁴⁷ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2311 de 4 de septiembre de 1953. Artículo 1

⁴⁸ *Ibíd.*, artículo 4

⁴⁹ COLOMBIA. JUNTA MILITAR DE GOBIERNO. Decreto 250 del 11 de julio de 1958. Artículo 3

⁵⁰ *Ibíd.*, artículo 6

⁵¹ *Ibíd.*, artículo 7

⁵² *Ibíd.*, artículo 12

de medida de seguridad para los delitos cometidos en estado de enajenación mental o intoxicación crónica debido al consumo de alcohol, o anomalía psíquica⁵³, entre otros. Por otra parte, cuando desaparece la Corte Militar de Casación y Revisión, sus funciones son asumidas nuevamente por la Corte Suprema de Justicia y respecto de los delitos contra el servicio agrega a los tres estipulados en el Decreto Legislativo 1125 del 31 de marzo de 1950 el delito del centinela⁵⁴, contemplándolos en el Título IV.

El 12 de diciembre de 1988 se expide un nuevo Código Penal Militar bajo el Decreto 2550, donde el mando y la jurisdicción estaban en cabeza de una misma persona, quien mandaba era quien juzgaba; además de caracterizarse por un sistema procesal inquisitivo debido a la confusión de roles, donde los jueces de conocimiento eran los mismos comandantes, quienes no necesitaban ser abogados ya que para eso existían los auditores de guerra, considerados asesores en los temas legales; sin embargo, su opinión podía o no, ser tenida en cuenta por el comandante ya que este era quien tomaba la decisión; el Ministerio Público lo hacía un funcionario que se denominaba fiscal penal permanente, él era el representante del Ministerio Público, el juez comandante enviaba una terna de los funcionarios de su unidad militar a Bogotá, y el procurador delegado para las Fuerzas Militares lo escogía y lo nombraba por medio de una resolución o acto administrativo; respecto al defensor eran oficiales en servicio activo que podrían ser o no abogados ya que no necesitaban ser profesionales titulados, situación que resulta posteriormente incompatible con el concepto de defensa técnica según la Corte Constitucional⁵⁵.

Frente a los delitos contra el servicio, quedan contemplados en el Título II creando otros tipos penales dentro del abandono del puesto como el abandono de

⁵³ *Ibíd.*, artículo 28

⁵⁴ COLOMBIA. JUNTA MILITAR DE GOBIERNO. Decreto 0250 de 11 de julio de 1958. Artículo 163

⁵⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 592 de 9 de diciembre de 1993. MP. FABIO MORON DIAZ

comando⁵⁶, el abandono de comandos superiores, jefaturas o direcciones⁵⁷, abandono de comandos especiales⁵⁸ y el abandono del puesto⁵⁹ propiamente dicho; sobre el abandono del servicio⁶⁰ crea una causal de agravación punitiva que consiste en realizar la conducta en tiempos de guerra; en el delito de deserción⁶¹ reduciendo para este tipo penal las seis conductas típicas a cuatro, además de desaparecer las circunstancias de ausencia de responsabilidad, al igual que en el Decreto 250 de 1950 las circunstancias en las que se consideraba una tentativa de deserción, conserva el delito del centinela⁶² pero agrega el tipo penal de la libertad indebida de prisioneros de guerra⁶³ y la omisión en el abastecimiento⁶⁴.

Con la promulgación de la Constitución de 1991 se incluye a la Policía Nacional en el fuero penal militar, conforme a lo consagrado en su artículo 221⁶⁵, prohibiendo a su vez la investigación y juzgamiento de civiles por esta jurisdicción, por lo que comienzan a derogarse paulatinamente todas esas figuras de mando y jurisdicción, desapareciendo con ello los abogados oficiales⁶⁶, los vocales⁶⁷ quienes eran jurados de conciencia y nombrados mediante sorteo por el juez comandante, la exclusión de la competencia castrense para conocer delitos de lesa humanidad y delitos comunes que no tengan relación directa con la función

⁵⁶ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2550 de 12 de diciembre de 1988. Artículo 108

⁵⁷ *Ibíd.*, artículo 109

⁵⁸ *Ibíd.*, artículo 110

⁵⁹ *Ibíd.*, artículo 111

⁶⁰ *Ibíd.*, artículo 113

⁶¹ *Ibíd.*, artículo 115

⁶² COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2550 de 12 de diciembre de 1988. Artículo 118

⁶³ *Ibíd.*, artículo 120

⁶⁴ *Ibíd.*, artículo 121

⁶⁵ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 221. De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en Servicio activo, y en relación con el mismo Servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar.

⁶⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 592 del 9 de diciembre de 1993. MP. FABIO MORON DIAZ

⁶⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 145 de 22 de abril de 1998. MP. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Militar o Policial⁶⁸, precisando la función policial y el conocimiento de la justicia penal militar por sus labores en concreto, respecto al representante del Ministerio Público ya no era un funcionario de la unidad militar, debido a la promulgación de la ley orgánica de la Procuraduría General de la Nación, ley 201 del 28 de julio de 1995, y a su vez con la ley estatutaria de la administración de justicia, ley 270 de 1996, quedando claro que esta es un servicio público a cargo de la nación y que, si bien la justicia penal militar hace parte del Ministerio de Defensa, su finalidad es administrar justicia.

Con la Ley 522 de 1999 se expide el nuevo Código Penal Militar donde se separa el mando de la jurisdicción; por lo tanto, los jueces ya no son nombrados por los comandantes de las unidades militares ni policiales, y se crea la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, la cual depende del Ministerio de Defensa Nacional, incluida mediante el Decreto 1512 de 2000, encargándose de toda la parte administrativa de la jurisdicción castrense.

De este Código Penal Militar, ley 522 de 1999, es dable resaltar que acogió cada una de las modificaciones generadas a partir de la Carta Política de 1991 mediante un control constitucional, trayendo consigo importantes aportes a la jurisdicción castrense, consagrando en el título II los delitos contra el servicio, entre los cuales señala el abandono del comando⁶⁹, abandono de comandos superiores, jefaturas o direcciones⁷⁰; abandono de comandos especiales⁷¹; abandono del puesto⁷²; abandono del servicio⁷³, abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales⁷⁴, la desertión⁷⁵ y el centinela⁷⁶; como se

⁶⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 358 de 5 de agosto de 1997. MP. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

⁶⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 522 del 12 de agosto de 1999. Artículo 121

⁷⁰ *Ibíd.*, artículo 122

⁷¹ *Ibíd.*, artículo 123

⁷² *Ibíd.*, artículo 124

⁷³ *Ibíd.*, artículo 126

⁷⁴ *Ibíd.*, artículo 127

⁷⁵ *Ibíd.*, artículo 128

puede apreciar se amplían los tipos penales que buscan proteger la dinámica de las Fuerzas Militares haciendo que las conductas sean más específicas conforme al rol que cada funcionario desempeña dentro de cada una de las instituciones que la integran, ya sea del Ejército, Armada, Fuerza Aérea o de Policía.

De lo anterior se puede citar como ejemplo el delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, el cual fue incluido por el legislador con la finalidad de “*reprochar el comportamiento de los militares que estando cumpliendo operaciones militares en actitud dinámica, real y actuante, abandonarán sus deberes propios del servicio y con ello afectarían la misión encomendada*”⁷⁷; sin embargo, la conducta señala un sujeto activo cualificado, el cual no es otro que el soldado voluntario o el soldado profesional, esto es dado a la función que cumplen estos miembros de la Fuerza Pública en el área de operaciones, sin excluir a sus superiores, quienes al realizar una conducta similar podrían incurrir en el tipo penal de abandono de comandos superiores, jefaturas o direcciones, según sea el caso.

Continuando con el desarrollo de los delitos señalados por el Código Penal Militar, no se podría soslayar la normatividad expedida en el año 2010 frente a la cual hay que hacer algunas precisiones, ya que el mismo trae como novedad en su parte procesal la implementación de un sistema penal oral acusatorio, mediante la Ley 1407 que iniciaba su vigencia con los delitos que fueran cometidos con posterioridad al primero de enero del año 2010; sin embargo, mediante sentencia C-444 del 25 de mayo de 2011 se analizó que comenzaría a regir a partir del 17 de agosto de 2010, no siendo este el primer desplazamiento que ha tenido esta Ley si tenemos en cuenta que por diferentes razones, entre ellas la falta de presupuesto del Ministerio de Defensa ha sido una de las dificultades que ha

⁷⁶ *Ibíd.*, artículo 129

⁷⁷ TSM y P. Sentencia del 2 de junio de 2004. Radicado 148172. MP. MY. (RA) IMELDA TRIVIÑO LOPERA

encontrado la implementación de este sistema, ya que para su ejecución se requiere de la adecuación no solo física de las instalaciones judiciales penales militares, sino los ajustes tecnológicos y capacitación del personal que hace parte de dicha jurisdicción, por lo que conforme al Decreto 000027 del 12 de enero de 2017, la implementación se realizará de manera transitoria en cuatro fases iniciando con Bogotá en el año 2020 hasta el año 2023 donde la cuarta etapa incluye los departamentos de Amazonas, Arauca, Caquetá, Casanare, Guainía, Guaviare, Meta Putumayo, Vaupés y Vichada.

A pesar que la parte procesal de esta ley aún se encuentra en tránsito su aplicación, la parte sustancial está vigente, con ello podemos referirnos a los tipos penales contra el servicio, los que frente a la ley 522 de 1999 no sufrieron cambios relevantes además del hecho de no estipular el arresto como pena; por otra parte, se tiene la exclusión de los delitos de lesiones personales dolosas, lesiones personales preterintencionales y culposas, hurto simple, estafa y emisión y transferencia ilegal de cheque, contemplados en el título de otros delitos, toda vez que el artículo 171 de esta norma indica: *“Cuando un miembro de la Fuerza Pública, en servicio activo y en relación con el mismo servicio, cometa delito previsto en el Código Penal Ordinario o Leyes complementarias, será investigado y juzgado de conformidad con las disposiciones del Código Penal Militar”* ⁷⁸.

Por último, la ley 1765 del 23 de julio de 2015 reestructura la Justicia Penal Militar acorde a las necesidades que se surten con motivo a la implementación del sistema penal oral acusatorio en la Justicia Penal Militar y a la nueva planta de personal que se requiere para su funcionamiento, estableciendo en ella los requisitos mínimos para algunos cargos como el Fiscal General Penal Militar y Policial, el cuerpo técnico y demás cargos de la jurisdicción especializada. Normatividad que realiza pequeñas modificaciones en la parte sustancial de la Ley 1407 de 2010 como los efectuados al tipo penal de hurto de armas y bienes de

⁷⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 522 del 12 de agosto de 1999. Artículo 171

defensa y el hurto de uso, los cuales se encontraban en el título de otros delitos, pero por disposición de la ley 1765 en su artículo 100, los ubica en delitos contra la seguridad de la Fuerza Pública en los cánones 154A y 154B.

1.2 REFORMAS DE LOS DELITOS CONTRA EL SERVICIO TIPIFICADOS EN LAS PRINCIPALES CODIFICACIONES PENALES MILITARES EN COLOMBIA

En primer lugar, se debe indicar que los delitos que afectan el servicio son conductas penales típicamente militares; es decir, son aquellas que, dada su naturaleza, sus elementos y su estructura, solo pueden realizar por acción u omisión, los miembros activos de la Fuerza Pública en desempeño de sus funciones y que tal comisión afecte el cumplimiento de la misionalidad que le ha sido asignada constitucionalmente a las Instituciones castrenses.

Por otra parte, se refiere estrictamente a los delitos que afectan el servicio para el desarrollo de este tema, comenzando por analizar las modificaciones que han tenido a través de las diferentes codificaciones penales militares partiendo del Decreto 250 de 1958 hasta la Ley 1407 de 2010, sin perder de vista que dichos cambios obedecen a la evolución que ha tenido las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, las que se reestructuran continuamente para cumplir con sus funciones ante los diferentes cambios sociales que se viven diariamente; y que a pesar de las diferentes codificaciones penales militares que se han tenido a través de la historia, se parte del Decreto 250 de 1958, pues para esa época la Policía Nacional ya hacía parte de esta jurisdicción.

1.2.1 Decreto 250 del 11 de julio de 1958. Este conjunto normativo penal militar, contempló en su momento únicamente cuatro tipos penales que afectaban el servicio como son: abandono del puesto, abandono del servicio, deserción y del

centinela⁷⁹; el abandono del puesto consagrado en el artículo 151 estima que los comandantes de Fuerza, Jefe de Estado Mayor, comandantes de División y Brigada y sus equivalentes en la Fuerza Aérea, Armada Nacional y Policía Nacional, que abandonen su comando sin justa causa, tendrán una pena de uno (1) a ocho (8) años de prisión, especificando en el artículo siguiente que se debe entender por abandono de comando “*el no ejercer las funciones propias de comandante por más de veinticuatro horas consecutivas...*” situación que aplica entonces exclusivamente para los miembros de la Fuerza Pública que ostentan el cargo de comandante y tienen la categoría de oficial; por lo tanto, para quienes no tienen esta condición específica, el artículo 153 prevé de manera más general “*el militar*”, señalando que el miembro de cualquiera de las Fuerzas, sin especificar algún grado o cargo, sino simplemente que se encuentre de servicio o de facción y abandone su puesto sin causa justificada, tendrá una pena de uno (1) a cinco (5) años y si es el comandante del puesto quien comete esta conducta la pena se aumentará de una cuarta parte a la mitad.

Respecto al abandono del servicio, consagró a partir del artículo 155 que quien comete esta conducta debe estar en los grados de oficial, alférez, guardiamarina, mariner suboficial y agente de policía y puede incurrir en este delito en cuatro casos específicos. i) cuando no se presenta al superior después de 10 días de los que para el desempeño de un acto del servicio le señalen los reglamentos a la orden superior. ii) cuando sin justa causa abandona los deberes de su cargo por 10 días o más. iii) cuando no se presenta a quien corresponda después de los 10 días siguientes a la fecha de la expiración del plazo de una licencia. iv) cuando no se presenta al superior después de los 10 días siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento de habersele cancelado una licencia. Esta conducta contempla una pena de seis meses a dos años de arresto. Sumado a lo anterior, tiene como sujeto activo a los civiles conforme a lo plasmado en el artículo 157 el cual señaló

⁷⁹ COLOMBIA. JUNTA MILITAR DE GOBIERNO. Decreto 250 del 11 de julio de 1958. Artículo 150 y ss.

que “los civiles de las fuerzas armadas que abandonen los deberes de su cargo por más de ocho días, serán sancionados con multa de cincuenta pesos a doscientos pesos”.

Sobre la deserción, contempló también cuatro situaciones muy puntuales para que se estructure esta conducta como punible indicando que quien i) se ausente sin permiso por más de cinco días consecutivos del lugar donde presta su servicio; ii) no se presente a los superiores respectivos dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que se cumpla un turno de salida, una licencia, permiso o vacaciones o en que termina una comisión u otro acto del servicio o en que deba presentarse por traslado; iii) falte al lugar en que preste su servicio cualquier día o noche de alarma o de vigilancia de que se le hubiere advertido y iv) Traspase sin autorización los límites señalados al campamento por el jefe de las tropas en campaña. Esta conducta punible contempla una pena de arresto de seis meses a dos años y de manera especial indica que una vez cumplida la pena que se le haya impuesto, quien cometió esta conducta deberá continuar prestando el servicio por el tiempo que le falte hasta completarlo.

De igual manera estableció como circunstancias de reducción de la pena en las siguientes situaciones: i) si el reo sufrió maltratos o abusos de autoridad por parte de los superiores, sin que a ello se hubiere puesto remedio a pesar de existir queja oportuna; ii) Que al reo se le negó licencia para visitar a sus padres, mujer o hijos, en caso de enfermedad grave debidamente comprobada; iii) Que el sindicado se presentó voluntariamente dentro de los ocho días siguientes a partir de la consumación del delito con el fin de cumplir su tiempo de servicio, haciendo la salvedad que quienes hayan sido incorporados ilegalmente no podrán ser responsables por este delito.

En el delito del centinela, indica de manera general, que incurre en esta conducta quien se duerma o falte a las consignas recibidas antes de iniciar el servicio o

quien se deje relevar por quien no sea su comandante consagrando una pena de uno a cinco años de arresto; estableciendo, además, para estos tipos penales que si las conductas son cometidas en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o perturbación de orden público la pena aumentará hasta el doble. Y para el caso del desertor, si éste pasa a ser un rebelde o sedicioso la pena contemplada será de dos a seis años de prisión.

1.2.2 Decreto 2550 del 12 de diciembre de 1988. El Código Penal Militar de 1988 estipuló en el Título II los delitos contra el servicio, enunciados por capítulos encontrando en el primero de estos el abandono del puesto con algunos cambios importantes en comparación con el Código de 1958; en primer lugar tenemos cuatro formas de incurrir en el abandono del puesto, tipificados en los artículos del 108 al 111; se inicia con el abandono de comando⁸⁰, cometido por quien no ejerce sus funciones propias del comando, jefatura o dirección por más de veinticuatro horas y que la pena se referencia en los artículos posteriores, presentando el 109 el abandono de comandos superiores, jefaturas o direcciones, que dispone que se ve inmerso en este tipo penal quien siendo comandante general de las Fuerzas Militares, comandantes de Fuerza, jefe de estado mayor conjunto, director de la Policía o comandante de las unidades operativas o tácticas de cualquiera de las Fuerzas, realice la conducta de abandono del comando, con una pena de prisión de uno a cinco años. Estos dos tipos penales, al igual que en la codificación anterior, hacen referencia a los oficiales en cargos específicos dentro de la estructura militar y establece un término en horas para que se tipifique la conducta, siendo el mismo lapso consagrado en el decreto de 1958.

El artículo 110 hace referencia al abandono de comandos especiales, el que puede ser ejecutado por los comandantes de las unidades operativas de las Fuerzas Militares y de Policía con una pena de seis meses a tres años de prisión.

⁸⁰ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2550 de 12 de diciembre de 1988. Artículo 108

Este tipo penal se enfoca en el cargo de comandante de cualquiera de los diferentes grupos operativos de la Fuerza Pública y no se encontraba en la codificación anterior; por su parte el abandono del puesto, tipificado en el canon 111, describe de manera general al autor con la expresión “*El que*”, mientras que el Código anterior señalaba “*El militar*”, comete esta conducta puede ser cualquier miembro de la Fuerza Pública que abandone sin causa justificada su lugar de facción o de servicio, añadiendo que quien se embriague, o se ponga bajo los efectos de sustancias estupefacientes incurrirá en esta conducta típica, agravada cuando quien la realiza es el comandante.

El capítulo II contempla el abandono del servicio, donde indica como sujeto activo de la conducta a oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía desapareciendo los cuatro casos contenidos en el artículo 155 de la codificación anterior; sin embargo, el tipo penal consagra prácticamente los mismos motivos, señalando que solo por abandonar los deberes propios del cargo por más de 10 días o no se presente al superior dentro del mismo término para el cumplimiento de un servicio o después de la terminación de una situación administrativa como una licencia o permiso, su acción tendrá una pena de seis meses a dos años.

Por su parte la deserción se encuentra plasmada en el capítulo III, artículo 115, siendo el sujeto activo quien presta servicio militar, con las cuatro situaciones estipuladas en la codificación anterior sin ningún cambio relevante y con la misma pena de arresto; de igual manera una vez cumplida la pena deberá continuar prestando el servicio por el tiempo que le hiciere falta; sin embargo, en un párrafo aparte señala que quien siendo prisionero de guerra y consiga la libertad en territorio nacional y no se presente dentro de los cinco días posteriores incurrirá en la misma pena de seis meses a dos años de arresto, y la misma pena será aplicada para quien en las mismas condiciones recobre la libertad en territorio extranjero y no se presente dentro de los treinta días sucesivos.

La atenuación para el delito de deserción estipulado en el artículo 117 se presenta solo cuando el desertor regresa dentro de los 8 días siguientes a la consumación de las conductas ya descritas, siendo esta causal la tercera contenida en el decreto de 1958 y desapareciendo con ella las dos anteriores que hacían referencia a los maltratos de los que pudo ser víctima el subalterno o cuando le fue negada alguna licencia para visitar a sus padres, mujer e hijos cuando éstos estuvieren enfermos.

Sobre el delito del centinela previsto en el capítulo IV, tenemos que agregó el legislador algunas circunstancias específicas, además de las consignadas en la codificación de 1958 como son: quien se ponga bajo los efectos de sustancias estupefacientes, se embriague, o se separe de su puesto, y contemplando una pena no mayor a tres años. Para estos tipos penales el agravante se aplica cuando son cometidos en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o perturbación del orden público.

Este Código de 1988 agregó dos tipos penales nuevos dentro de los delitos contra el servicio en los capítulos V y VI, a saber: el artículo 120 libertad indebida de prisioneros de guerra, señalando que quien sin la facultad u autorización debida deje en libertad o permita que se escape un prisionero de guerra, tendrá una pena de prisión de uno a cinco años, situación que para la época se enmarcaba de tal gravedad que incluso el legislador contempla pena de prisión y no de arresto para tal conducta; sin embargo, como atenuación dispuso que se reducirá tal pena a la mitad cuando se realiza por culpa del encargado de su custodia o conducción.

En el artículo 121 encontramos la omisión en el abastecimiento, este tipo penal se refiere al comandante que no abastezca a sus tropas en las operaciones militares o policiales, con una pena de prisión de uno a cinco años y será de dos a cinco años cuando esta situación perjudique directamente el curso de las operaciones; pero cuando la situación es realizada por culpa la pena será disminuida a la mitad.

Bajo los postulados del decreto 2550 de 1988, el capítulo II en su artículo 320 establece la competencia del Tribunal Superior Militar y Policial indicando en el numeral 2 que conoce de la consulta y de los recursos de apelación y de hecho en los procesos penales militares; sin embargo, dicha Corporación se pronuncia en diferentes oportunidades aclarando que no todas las decisiones son consultables y por lo tanto, la codificación *ejusdem* señala en su artículo 434 que la consulta procede sobre *1. Sentencias de primera instancia; 2. Autos que decreten cesación de procedimiento; 3. Autos que conceden la libertad condicional; y 4. Autos de contraevidencia*; en el mismo sentido refiere que el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal -decreto 50 del 13 de enero de 1987-, reguló el grado de consulta cuando el delito señale una pena cuyo máximo exceda cinco años, razón por la cual los delitos indicados en el acápite contra el servicio, no eran objeto de consulta ante el Tribunal Superior Militar⁸¹.

1.2.3 Ley 522 de 12 de agosto de 1999. Este Código es el más importante que tiene la jurisdicción penal militar, en primer lugar porque nace con posterioridad a la Carta Política de 1991, atendiendo a todos los controles de constitucionalidad que le fueron realizados a la normatividad anterior; en la actualidad se encuentra vigente en su parte procesal y la parte sustancial se remite a la Ley 1407 de 2010; de igual manera, tipifica los delitos contra el servicio en el título segundo encontrando en su primer capítulo el abandono del comando y del puesto, iniciando en el canon 124 con el abandono del comando, el cual conceptúa la acción indicando como sujeto activo “*el que*”, sin detallar grados o cargos específicos, señalando a renglón seguido que, “*no ejerza las funciones propias del comando, jefatura o dirección*” sin que esto signifique que debe ser el comandante, jefe o director, sino que la importancia radica en dejar de realizar las

⁸¹ Ver sentencias: T.S.M. radicado 107334 del 29 de enero de 1990. MP. CR. RAFAEL MARTIN PRIETO. Delito Del Centinela. T.S.M. radicado 107557 del 5 de marzo de 1990. MP. CR. (R) RAFAEL MARTIN PRIETO. Delito Deserción. T.S.M. radicado 107614 del 2 de abril de 1990. MP. CR. (R) RAFAEL MARTIN PRIETO. Delito Abandono del Servicio.

funciones inherentes a su cargo en dichas unidades militares o policiales, señalando un término para que se estructure la conducta, “*por más de veinticuatro (24) horas consecutivas*”, y por último, no requiere de una situación en particular de orden público; empero, remite a conductas tipificadas posteriormente entre las cuales se encuentran:

Abandono de comandos superiores, jefaturas o direcciones, tipo penal que se encuentra en el artículo 122 y específicamente tiene como sujeto activo a los comandantes, jefes y directores de las diferentes Fuerzas Militares y de Policía, con una pena de uno a cinco años de prisión. El siguiente tipo penal de este grupo está dirigido a los comandantes de las unidades operativas de las Fuerzas Militares y de Policía con una pena de seis meses a tres años de prisión y por último, contempla el abandono del servicio que va dirigido a cualquier funcionario de las Fuerzas que por cualquier tiempo, no necesariamente exige que sea por más de 24 horas, pero sí que sea durante la prestación del servicio, se duerma, se embriague o se ponga bajo efectos de alguna sustancia alucinógena, tendrá una pena de arresto de uno a tres años, con un aumento de la mitad si lo realiza el comandante. El agravante de estos tipos penales se da cuando se comenten en tiempos de guerra o de conmoción interior con una pena de uno a cinco años.

Sobre estas conductas hay algunas situaciones que aclarar en cuanto a la compilación de doctrina militar y policial que han realizado cada una de las Fuerzas, presentando conceptos básicos para entender de manera clara y precisa cada aspecto que exigen estos tipos penales; en primer lugar tenemos que cada Fuerza son estructuras jerarquizadas que obedecen a una cadena de mando y orden, fundadas en la disciplina y el cumplimiento del deber, por esta razón, aquellos que ostentan grados y cargos más altos tienen una mayor responsabilidad, motivo por el cual se busca la proporcionalidad entre el deber que no ha sido cumplido y el peligro ocasionado al servicio como pilar fundamental de sus funciones, aquellos que cuentan con mayor jerarquía tienen penas más

altas, o cuando el servicio pone en riesgo situaciones que afectan el orden nacional.

En el capítulo II del abandono del servicio, encontramos dos tipos penales, el primero de ellos consagrado en el artículo 126 que indica que cualquier miembro de la Fuerza Pública que abandone las funciones inherentes a su cargo por más de 10 días consecutivos, o no se presente a su superior cuando es llamado a cumplir con un servicio o no se presente dentro de los 10 días siguientes a la culminación de alguna situación administrativa, como un permiso o licencia, incurrirá en arresto de uno a tres años diferenciándose del delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, ya que este tipo penal solo puede ser cometido por soldados voluntarios o profesionales en cualquier tiempo, sin requerir un término específico; sin embargo, la sanción punitiva es la misma.

En el capítulo III de la deserción tenemos que el sujeto activo para este tipo penal siempre ha sido quien se encuentre prestando el servicio militar en las filas de cualquier Fuerza e incluso en la actualidad en el INPEC⁸², el término establecido sigue siendo por más de 5 días y sobre las circunstancias hay algunas variables, ya que los prisioneros que recobran la libertad en territorio nacional o extranjero se convierten en situaciones específicas de deserción y desaparece la causal que señalaba a quien desaparecía en una noche de alarma o vigilancia advertida. Asimismo prevé que una vez cumplida la pena, el desertor debe terminar de prestar el servicio militar el tiempo que le falta, con el agravante que tiene un aumento de la pena hasta de la mitad cuando se comete en estados de guerra y conmoción interior; sin embargo, si el soldado se presenta dentro de los 8 días siguientes a la consumación del hecho, la pena se reducirá a la mitad.

⁸² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA Ley 1861 del 4 de agosto de 2017. Artículo 15 literal e, parágrafo 1.

Respecto al delito del centinela, se infringe cuando quien esté prestando el servicio de centinela, se duerma, se embriague o se ponga bajo los efectos de sustancias estupefacientes, omita las consignas recibidas, se separe del puesto o se deje relevar por alguien que no esté facultado para hacerlo tendrá una pena de arresto de uno a tres años; sin embargo, si esta conducta se comete en tiempos de guerra o de conmoción interior, la pena será de prisión de uno a cinco años.

Frente a la libertad indebida de prisioneros de guerra y la omisión de abastecimiento contenido en los capítulos V y VI respectivamente, el primero de éstos se mantiene sin modificación alguna, mientras que la omisión de abastecimiento requería en la codificación anterior que quien cometiera la conducta fuera el comandante, la Ley 522 de 1999 indica que puede incurrir en esta conducta cualquier miembro de la Fuerza Pública cuando no abastezca, no solo en forma debida sino oportuna y esto afecta el cumplimiento de las acciones militares o policiales, sin más modificaciones. Respecto a la omisión de abastecimiento, en sentencia del Tribunal Superior Militar se aclara que para ser destinatario de la norma penal dispuesta en el artículo 134 del Código Penal Militar se debe estar encargado "*legalmente*"⁸³, lo que significa que el funcionario debe estar nominado mediante acto administrativo como el encargado del abastecimiento para tener la calidad de sujeto activo de este tipo penal.

1.2.4 Ley 1407 del 17 de agosto de 2010. Esta codificación contempla los delitos contra el servicio en el título II a partir del artículo 102, manteniéndose incólume el delito de abandono del comando; sin embargo, el abandono de comandos superiores, jefaturas o direcciones, detalla de manera más amplia cuáles son los cargos que debe ostentar el sujeto activo al momento de cometer la conducta, incrementando la pena mínima de prisión de uno a dos años. Frente al abandono de comandos especiales, la pena mínima también tuvo un aumento de seis meses

⁸³ T.S.M y P. Sentencia del 30 de noviembre de 2009. Radicado 156151. MP. TC. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA

a un año, y se incluyó entre las unidades operativas las Fuerzas de Tarea. Por su parte, el abandono del puesto solo tuvo un aumento en la agravación punitiva, debido a que la pena no será de arresto sino de prisión por el mismo término; en este punto es necesario aclarar que el arresto desaparece en esta codificación, por lo tanto, en la mayoría de los casos el quantum punitivo se conserva y simplemente varía la modalidad de arresto a prisión.

El capítulo II en el artículo 107, consagra el tipo penal de abandono del servicio el cual disminuye el término para la consumación de la conducta de 10 a 5 días, conservando el tiempo de la pena de uno a tres años, pero ya no será de arresto sino de prisión. En cuanto al delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales solo varía la modalidad de arresto a prisión manteniendo el mismo término de la pena de uno a tres años; sin embargo en el párrafo siguiente se indica que la pena será de uno a dos años de prisión cuando la conducta del soldado voluntario o profesional consista en su ausencia en la unidad sin permiso por más de 5 días, o no se presente a sus superiores dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que cumpla su turno de salida, o cualquier otra situación administrativa como un traslado, permiso o licencia.

La desertión, consagrada en el capítulo III tiene un aumento en la pena mínima, la cual pasa de seis a ocho meses manteniendo el máximo de la pena en dos años, sin más modificaciones relevantes frente al tipo; sin embargo, esta conducta hasta esta codificación había presentado un término de prescripción de dos años, pero el legislador consideró que, por ser un delito de menor lesividad, este sería de un año quedando estipulado así en el artículo 76, lo que trajo consigo posteriormente algunos problemas, que serán expuestos con mayor profundidad en el capítulo siguiente.

Interesante resulta señalar dentro de esta codificación, que la pena de arresto desaparece; la Ley 1407 de 2010 dispuso para la transitoriedad de la normatividad

que “en los procesos que se encuentren en curso al entrar en vigencia esta ley, se entenderá que tres (3) días de arresto equivalen a uno (1) de prisión”⁸⁴. Para la Corte es claro que si en aquella legislación el hecho estaba sancionado con arresto y en la de hoy con prisión, se debe partir de que el legislador quiso hacer más severas las consecuencias punitivas incrementando cualitativamente la medida corporal⁸⁵, es decir, que el legislador ha considerado que la conducta se ha hecho merecedora de tal sanción.

Con relación a los delitos del centinela, de la libertad indebida de prisioneros de guerra y de la omisión de abastecimiento, contemplados en los capítulos IV, V y VI, respectivamente, no sufren modificación alguna exceptuando lo ya mencionado frente a las penas de arresto, las que en esta codificación son de prisión.

Para presentar puntualmente las modificaciones que han surtido los delitos contra el servicio, se presenta la siguiente tabla comparativa, así:

⁸⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1407 de 2010. Artículo 626

⁸⁵ TSM y P. Sentencia del 4 de febrero de 2011. Radicado. 156851. MP. MY (RA). JOSE LIBORIO MORALES CHINOME. Cfr. sentencia de casación No. 23132 del 1º de julio de 2005.

Tabla 1. Modificaciones que han surtido los delitos contra el servicio

Código Delito	Decreto 250 de 1958	Decreto 2550 de 1988	Ley 522 de 1999	Ley 1407 de 2010
Abandono del comando y del puesto	Se contempla dentro del Capítulo Del Abandono del puesto	Se contempla dentro del Capítulo Del Abandono del puesto	Art. 121 - Abandono del Comando. Tiempo: 24 horas Sujeto activo: abandono de Comandos Superiores, Jefaturas o Direcciones. Abandono de Comandos Especiales. Pena: 1 a 5 años y para los Comandos especiales de 6 meses a 3 años de prisión Art. 124: Abandono del Puesto. Sujeto Activo: el que este de facción o de servicio. Pena: 1 a 3 años de arresto	Art. 121 - Abandono del Comando. Tiempo: 24 horas Sujeto activo: abandono de Comandos Superiores, Jefaturas o Direcciones. Abandono de Comandos Especiales. Pena: 2 a 5 años y para los Comandos especiales de 1 a 3 años de prisión Art. 124: Abandono del Puesto. Sujeto Activo: el que este de facción o de servicio. Pena: 1 a 3 años de prisión
Abandono del Puesto	Art. 151 – Abandono del Comando: Sujeto activo, miembros de la Fuerza Pública que ostentan el cargo de Comandante y tienen el grado de Oficial Tiempo: 24 horas Pena: 1 a 8 años de prisión Art. 153 – Abandono del puesto: Sujeto activo, cualquier miembro de la Fuerza Pública Tiempo: cualquier tiempo Pena: 1 a 5 años de arresto	Art. 108 - Abandono del Comando. Tiempo: 24 horas Sujeto activo: abandono de Comandos Superiores, Jefaturas o Direcciones. Abandono de Comandos Especiales. Pena: 1 a 5 años y para los Comandos especiales de 6 meses a 3 años de prisión Art. 111: Abandono del Puesto. Sujeto Activo: cualquier miembro de la Fuerza Pública. Pena: 1 a 5 años de prisión	Se contempla dentro del Capítulo de Abandono del comando y del puesto	Se contempla dentro del Capítulo de Abandono del comando y del puesto
Abandono del Servicio	Art. 155 - Sujeto activo: cualquier miembro de la Fuerza Pública. Tiempo: 10 días Pena: 6 meses a 2 años de arresto	Art. 113 – Sujeto Activo: el oficial o Suboficial de la Fuerza Pública. Tiempo: 10 días Pea: 6 meses a 2 años de arresto	Art. 126 – Sujeto Activo: el oficial o suboficial de la Fuerza Pública. Tiempo: 10 días Pea: 1 a 3 años de arresto Art. 126 - Abandono del Servicio de soldados voluntarios o profesionales Sujeto activo: El soldado voluntario o profesional Tiempo: cualquier tiempo Pena: 1 a 3 años de arresto	Art. 126 – Sujeto Activo: el oficial o suboficial de la Fuerza Pública. Tiempo: 5 días Pea: 1 a 3 años de prisión Art. 126 - Abandono del Servicio de soldados voluntarios o profesionales Sujeto activo: El soldado voluntario o profesional Tiempo: cualquier tiempo Pena: 1 a 3 años de prisión
Deserción	Art. 158 - Sujeto Activo: el que se encuentre prestando el Servicio militar. Tiempo: 5 días Pena: 6 meses a 2 años de arresto	Art. 115 - Sujeto Activo: el que se encuentre prestando el Servicio militar. Tiempo: 5 días Pena: 6 meses a 2 años de arresto	Art. 115 - Sujeto Activo: el que se encuentre prestando el Servicio militar. Tiempo: 5 días Pena: 6 meses a 2 años de arresto	Art. 115 - Sujeto Activo: el que se encuentre prestando el Servicio militar. Tiempo: 5 días Pena: 8 meses a 2 años de prisión
Del centinela	Art. 163 – Sujeto activo: el centinela Pena: 1 a 5 años de arresto	Art. 163 – Sujeto activo: el centinela Pena: 1 a 3 años de arresto	Art. 163 – Sujeto activo: el centinela Pena: 1 a 3 años de arresto	Art. 163 – Sujeto activo: el centinela Pena: 1 a 3 años de prisión
De la libertad indebida de prisioneros de guerra	No está contemplado en este Código	Art. 163 – Sujeto activo: cualquier miembro de la Fuerza Pública. Pena: 1 a 5 años de prisión	Art. 163 – Sujeto activo: cualquier miembro de la Fuerza Pública. Pena: 1 a 5 años de prisión	Art. 163 – Sujeto activo: cualquier miembro de la Fuerza Pública. Pena: 1 a 5 años de prisión
De la omisión en el abastecimiento	No está contemplado en este Código	Art. 163 – Sujeto activo: el Comandante Pena: 1 a 5 años de prisión	Art. 163 – Sujeto activo: cualquier miembro de la Fuerza Pública. Pena: 1 a 5 años de prisión	Art. 163 – Sujeto activo: cualquier miembro de la Fuerza Pública. Pena: 1 a 5 años de prisión

Fuente: elaboración propia.

2. DE LOS DELITOS DE AUSENCIA Y LOS DELITOS CONTRA EL SERVICIO

En este punto, es imprescindible especificar sobre algunos aspectos relevantes. En primer lugar, el Tribunal Superior Militar y Policial hace referencia a los delitos de ausencia, utilizando este término al referirse a algunos tipos penales militares contra el servicio, generando con ello imprecisiones sobre sus elementos, razón por la cual en principio se debe determinar *¿Qué son los delitos de ausencia y cuáles son los tipos penales que se encontrarían dentro de esta clasificación?* En el mismo sentido, si su postulado sobre la ejecución permanente abarca a todos los tipos penales consagrados en tal noción, de los cuales hacen parte los consagrados en el título II del Código Penal Militar, por lo que se estudiará cada uno de ellos con el propósito de establecer si éstos pueden ser considerados en su totalidad delitos de ausencia o si por el contrario, el término no atañe a la finalidad de los mismos.

2.1 DELITOS DE AUSENCIA Y SU RELACIÓN CON EL DEBER DE PRESENCIA Y DEL SERVICIO.

En pocas oportunidades se ha tratado sobre los delitos de ausencia; sin embargo, sobre este tema el Tribunal Superior Militar y Policial ha hecho referencia sobre los mismos en algunos de sus pronunciamientos, en donde deja ver un concepto muy general sobre estos, señalando algunas características y elementos que permiten llegar a algunas conclusiones para su clasificación.

Frente a los delitos penales militares de ausencia pronunciamientos, algunos de los Magistrados han sentado las bases de lo que se debe entender sobre los mismos, especificando que son *“los que tienen la plena disponibilidad del militar y policial al Servicio como el fin de protección de la norma, o lo que es lo mismo, el*

*deber de presencia*⁸⁶. En este sentido, lo que busca la norma es evitar una interrupción injustificada en el cumplimiento de los deberes de los miembros de la fuerza pública y bajo este precepto se indica en la misma decisión que los otros tipos penales que se deben entender en esta categoría son: “*la deserción y el de Abandono del Servicio de soldados voluntarios o profesionales por no citar más*”⁸⁷. Significando con ello que no son solo estos tipos penales militares los que se clasifican como delitos de ausencia, sino que hay otros delitos que encajan en esta clasificación.

Se tiene entonces, que los delitos de ausencia son aquellos que infringen el deber de presencia que tienen los miembros de la fuerza pública en el cumplimiento de sus deberes, esencialmente el servicio. Refiere entonces el Tribunal Superior Militar y Policial que se entiende que tales delitos son aquellos que lesionan el servicio y se encuentran consagrados en el Título II de la Ley 522 de 1999 y la Ley 1407 de 2010; errando en tal afirmación ya que el título de los delitos contra el servicio del Código Penal Militar no tiene la virtud de señalar la naturaleza de los tipos penales, es decir que por el solo hecho de encontrarse dentro del título II, tales delitos no tienen de *ipso facto* la categoría de delitos de ausencia.

Señala además que los delitos de ausencia son aquellos donde “*el fin de protección de la norma es la plena disponibilidad del militar o policial al servicio*”⁸⁸, sobre lo cual la Corte Constitucional ha señalado que algunas Instituciones como la Policía Nacional tienen una disponibilidad permanente en el ejercicio de sus funciones entendiendo por ello que “*es la obligación de prestar los servicios cuando sea demandando por las autoridades competentes a las que pertenecen,*

⁸⁶ T.S.M. y P. sentencia del 24 de junio de 2015. Radicado: 158224. MP. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA.

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 024 de 11 de febrero de 1998. MP. HERNANDO HERRERA VERGARA

*aun en días y horas que no hacen parte de su jornada normal*⁸⁹ y a renglón seguido justifica tal prestación argumentando que su labor es *“indispensable por la prevalencia del interés general y para el cumplimiento del objeto propio de aquella”*⁹⁰; de esta manera tenemos que la plena disponibilidad va de la mano con el deber de presencia, el cual exige no solo la representación física del militar o policial en el cumplimiento de sus funciones, sino un aspecto cognitivo o consciente que permita su plena disposición para el servicio.

Inicialmente, se puede afirmar que los delitos de ausencia son aquellos que han lesionado el deber de presencia exigida por la función esencial que ejercen los miembros de la Fuerza Pública, entendido esto, como la plena disponibilidad para el servicio; situación que nace desde el mismo origen histórico del delito de deserción en aquella época en que era indispensable la presencia del soldado en las filas del ejército Romano, donde según MARTIN *el verbo “deserere” es entendido como dejar, abandonar o desamparar al igual que el sustantivo “desertio” o “desertor”*⁹¹, acción que era castigada con la pena de muerte; definición y pena que se mantuvo durante varias décadas y diferentes periodos históricos de los cuales se puede resaltar el digesto promulgado bajo el periodo del emperador Justiniano, donde se define desertor como *“qui per prolixum tempus vagatus, reducitur”*, es decir *aquel que anda errante por largo tiempo y es reducido*⁹², a la par del desertor, el Digesto creó la figura del *“emansor” como aquel “qui divagatus ad castra regreditur; es decir aquel que está ausente y errante, por algunos días, por poco tiempo, para después regresar al campamento”*⁹³.

⁸⁹ Ibíd.

⁹⁰ Ibíd.

⁹¹ MARTÍN. Óp. cit. p.120

⁹² Ibíd., p. 122

⁹³ Ibíd.

Esta definición de la deserción, ha permanecido hasta la actualidad en la codificación Penal Militar española, donde se contempla la deserción en su artículo 120 y la conducta del *emansor*, se encuentra estructurada en el delito de abandono de destino o residencia del artículo 119, legislación que entiende por deserción una ausencia del militar que es reincorporado solo a su unidad de destino con la detención, imprimiéndole al tipo penal un dolo específico que consiste en el ánimo de sustraerse permanentemente al servicio, aspecto subjetivo que incluye el actual ilícito de deserción del artículo 120 del CPM español. Respecto al *emansor*, su conducta se asemeja con el delito de abandono de destino o residencia, donde se exige un periodo de tiempo menor, tan solo “*tres días y su consumación se da sólo hasta cuando el militar se reintegra al Servicio en su acuartelamiento*”⁹⁴.

Estos dos tipos penales que se han mantenido casi intactos en la codificación Penal Militar española, poseen unos elementos diferenciadores, los cuales demarcan el tiempo en que se debe entender consumada la conducta, teniendo claro entonces que el delito de deserción tiene un dolo específico y es la no voluntad de volver a las filas militares que había abandonado; mientras que el *emansor* se caracteriza por un abandono temporal, que aunque tiene una gran similitud con la deserción, el elemento que lo diferencia es que en este último, el funcionario tiene la voluntad de volver a reincorporarse a las filas que alguna vez dejó, demarcando una ejecución permanente del tipo, que se consumaría hasta que el militar se presente a la unidad en la que labora.

Con el paso del tiempo, estos tipos penales han sido plasmados en las diferentes codificaciones⁹⁵, incluyendo dentro de éstas a la Ley Orgánica del 14 de octubre

⁹⁴ MARTÍN. Óp. cit. p.122

⁹⁵ Algunos de ellos fueron el Proyecto de Llorente de 1850, Proyecto Feliú de la Peña de 1850, Proyecto Schar 1876, el Código Penal Militar del Ejército de 1884 y el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888, Código de Justicia Militar de 1890, de 1945, 1985. Todos estas legislaciones Españolas

de 2015, actual Código Penal Militar español, el cual establece en su capítulo III los delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio, contemplando entre ellos el abandono de destino o residencia, la desertión, los quebrantamientos especiales del deber de presencia como la ausencia frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, quedarse en tierra a la salida del buque o aeronave, la inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio, expuestos por el Boletín Oficial del Estado número 247 de 15 de octubre de 2015⁹⁶.

Sobre los tipos penales de ausencia, la doctrina española es tal vez quien más ha expuesto sobre ellos, los cuales han considerado que *“la ausencia es, según se ha indicado, el núcleo de la acción en este delito, lo que; sin embargo, no impide su inclusión como elemento objetivo del tipo...”*⁹⁷ y que ésta *“...se produce siempre que el militar abandone su <<unidad, destino o lugar de residencia>>, siendo en principio irrelevante su paradero posterior o punto de eventual aprehensión”*⁹⁸. Por lo tanto, para estructurar la ausencia solo se requiere que el miembro de la Fuerza Pública abandone el lugar o la unidad donde labore, como sucede en la desertión y hasta en la inutilización voluntaria española; sin embargo, este elemento no es equiparable a los tipos penales contra el servicio que posee el Código Militar colombiano, como lo es el delito del centinela, donde el tipo penal no requiere de una ausencia física, sino la separación que tiene el sujeto con la función específica que cumple en ese momento y que se produce cuando el centinela se duerme, se embriaga o se pone bajo el efecto de sustancias psicoactivas, produciendo una separación entre el militar o policía con el servicio, que aunque no es física pone en peligro la misión o función encomendada.

⁹⁶ ESPAÑA. Jefatura del Estado. Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar. BOE Legislación Consolidada. Pág. 6

⁹⁷ MILLAN GARRIDO Antonio; RODRÍGUEZ- VILLASANTE José Luis y CALDERON SUSIN Eduardo. Delitos contra la Prestación del Servicio Militar. José María Bosch Editor S.A. – Barcelona. 1995. Pág. 492

⁹⁸ *Ibíd.*, p 492

Por lo tanto, a pesar de que estas conductas señaladas en la legislación española, parecen ser semejantes a las conductas consagradas en la codificación colombiana, en realidad no son lo mismo y apuntan a fines distintos, nótese como estos tipos penales españoles se clasifican como los delitos contra los deberes de presencia en la actualidad y en Colombia contra el servicio, por lo que al hacer un recorrido a la codificación Penal Militar de nuestro país, el 23 de junio de 1931 se expide la Ley 84 la cual contempló en su Título V los delitos en el servicio, consagrando las conductas que pueden ejercer los miembros del ejército en el ejercicio de sus funciones y mando, disponiendo en el Título VI los delitos contra el servicio, donde encontramos los tipos penales de Abandono del comando y del puesto, Abandono de destino o residencia militar y la deserción; conductas descritas en la legislación española y específicamente con su Código de Justicia Militar de 1890⁹⁹ en el título VIII denominado delitos contra los fines y medios de acción del ejército, exponiendo las causales de los delitos de deserción y del abandono del destino; los cuales van variando su ubicación en los códigos penales militares españoles que se producen posteriormente.

De lo anteriormente expuesto se presenta como ejemplo el Código de 1931¹⁰⁰ teniendo en cuenta que éste consagra el tipo penal de abandono de destino o residencia como lo ha denominado la legislación española; sin embargo, es claro que la estructura es diferente, ya que tal tipo penal contempla cuatro modalidades para incurrir en la conducta que difieren de las modalidades españolas ya que estas consagran entre los artículos 282 a 285¹⁰¹ la acción para los oficiales con causales similares a la deserción. En el mismo sentido, para el delito de deserción colombiano, expresa nueve circunstancias para incurrir en este tipo penal; empero a diferencia del español, la clasificación de la conducta se daba solo en tres

⁹⁹ ESPAÑA. Código de Justicia Penal Militar. Ley de 25 de junio de 1890 aprobada por el Real Decreto de 27 de septiembre de 1890.

¹⁰⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 84 del 23 de junio de 1931. Artículo 126

¹⁰¹ ESPAÑA. Código de Justicia Penal Militar. Ley de 25 de junio de 1890 aprobada por el Real Decreto de 27 de septiembre de 1890.

modalidades, la deserción simple¹⁰², la deserción al extranjero¹⁰³ y la deserción con circunstancias calificativas¹⁰⁴.

Posteriormente, el 12 de diciembre de 1944 se expide un nuevo Código Penal Militar Colombiano con el Decreto 2180, el cual pese a ser derogado tan solo un año después por la Ley 3 de 1945, eliminó dentro de su codificación el título V los delitos en el servicio dejando solo los delitos contra el servicio, donde también hubo un importante cambio, debido a que desaparece el delito de abandono de comando y Abandono de destino o residencia militar, quedando en su lugar el abandono del puesto¹⁰⁵ y abandono del servicio¹⁰⁶, pero además incluye este acápite el delito de deserción¹⁰⁷, del centinela¹⁰⁸, de la infidelidad o violación de secretos¹⁰⁹, inutilización voluntaria¹¹⁰, ataques al centinela¹¹¹ y falsa alarma¹¹².

Apreciando lo anterior, que los tipos penales de abandono del puesto y del servicio siempre han estado presentes en la legislación colombiana, aun cuando su denominación jurídica se haya asemejado por un tiempo al tipo penal de abandono de destino o residencia militar español, sin que ello quiera decir que era la misma conducta típica, porque el fin de la norma demarca la protección de un bien jurídico, que para el caso colombiano siempre ha sido el servicio; sin embargo, frente a este tema en concreto, es indispensable refutar el servicio como un bien jurídico tutelado propiamente dicho, debido a que señalarle como objeto de protección de la norma no significa algo en concreto, éste es un término

¹⁰² *Ibíd.*, artículo 286 y 287

¹⁰³ *Ibíd.*, artículo 288

¹⁰⁴ *Ibíd.*, artículo 289 y 290

¹⁰⁵ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2180 de 12 de septiembre de 1944. Artículo 215

¹⁰⁶ *Ibíd.*, artículo 216

¹⁰⁷ *Ibíd.*, artículo 217 y ss.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, artículo 220

¹⁰⁹ *Ibíd.*, artículo 221 y ss.

¹¹⁰ *Ibíd.*, artículo 223 y ss.

¹¹¹ *Ibíd.*, artículo 226 y ss.

¹¹² *Ibíd.*, artículo 228 y ss.

demasiado amplio y genérico que va dirigido a toda actividad que realiza la Fuerza Pública, siendo así entonces que la gran mayoría de las conductas consagradas en el Código Penal Militar lesionan el servicio, como la desobediencia o la inutilización voluntaria, encontrándose estas últimas conductas en otro título.

Respecto al bien jurídico tutelado, GÓMEZ PAVAJEAU, ha presentado en varias oportunidades una compilación de preceptos sobre este punto, donde ha señalado que la forma más sencilla para determinar cuál es el bien jurídico tutelado por la norma penal, es dirigirse a los títulos y capítulos del mismo, siendo conscientes que el bien jurídico tiene la importante función de ser un faro de interpretación de la norma penal, entendiéndose este como *“el valor ideal del orden social jurídicamente protegido sin perder de vista que hay delitos que presentan elementos constitutivos que se pueden deducir con precisión solo teniendo en cuenta el interés jurídico”*¹¹³ al que pertenecen. Motivo por el cual, al señalar simplemente que el servicio es el bien jurídico que protege la norma penal militar, hace tan amplio su campo de protección que, como se señaló anteriormente, cualquier conducta que realice el miembro de la institución castrense podría atentar contra el mismo.

Por ende, se considera que la finalidad de las conductas contempladas en el Título II de los delitos contra el servicio, buscan lesionar de manera más precisa la prestación del mismo, del cual emanan deberes como el mismo deber de presencia que requieren algunos de estos tipos penales, no todos. Por lo tanto, se considera que en el bien jurídico tutelado debería denominarse la prestación del servicio, ello fundado en que el interés de la norma no es propiamente el servicio, sino el cumplimiento de *“la necesidad de la fuerza de defensa nacional, es decir, del potencial militar de la Nación”*¹¹⁴, entendido como la capacidad del Estado para

¹¹³ GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo. El Principio de la Antijuridicidad Material. Sexta Edición. Bogotá. Ediciones Nueva Jurídica. 2016. P. 55 - 56

¹¹⁴ VÁSQUEZ HINCAPIÉ Daniel José y GIL GARCÍA Luz Marina. Las Conductas Punibles y Faltas contra la Disciplina y el Servicio en la Justicia Penal Militar y en el Reglamento de Régimen

mantener las condiciones mínimas de seguridad entre sus habitantes y sus propias unidades de fuerza, labor que realiza mediante la comprometida prestación de los diferentes servicios que realizan a diario para mantener su estricto funcionamiento, siendo esta la verdadera finalidad de la norma, por la que el legislador ha mantenido los tipos penales señalados contra el servicio.

En este orden de ideas, hay mucho que decir sobre el Servicio, debido a que ha sido considerado por el TSM y P como “*aquel que se orienta y proyecta en el ejercicio de la administración para alcanzar los fines que consultan la existencia de la Fuerza Pública en un Estado Social de Derecho*”¹¹⁵. Para la Corte Constitucional, el Servicio es la sumatoria de las misiones que le han sido asignadas a la Fuerza Pública a través de la Constitución y la Ley, que se materializan en las decisiones y acciones militares y policiales con una entidad material y jurídica propia que justifica su existencia¹¹⁶ y es de la prestación de los diferentes servicios de donde se desprenden otros deberes.

Del mismo modo se puede indicar que al deber militar y policial no le asiste solo el deber de presencia, sino al cumplimiento de un conjunto de obligaciones impuesto a todos aquellos que integran sus filas como la “*subordinación, la obediencia, el valor, la audacia, la lealtad, el desinterés, la abnegación, etc.*”¹¹⁷; representando los pilares fundamentales del ser militar como el honor, la justicia y la moral, los cuales resultan ser indispensables en el cumplimiento de las funciones que por su investidura le son exigidos y que respetarán y velarán toda la vida, debido a que éste demanda el sacrificio, en muchas ocasiones, de anteponer el interés personal por la Nación y su Institución.

Disciplinario en Revista Científica General José María Córdova, julio-diciembre, 2016, Vol. 14, Núm. 18, pp. 58. Bogotá, Colombia.

¹¹⁵ TSM y P. radicado 158432 del 31 de mayo de 2016. MP. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA

¹¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C 358 del 5 de agosto de 1997. MP. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

¹¹⁷ Reglamento General de Deberes Militares. Publicado en el Diario Oficial de la Federación DOF el 26 de Marzo de 1937. Última reforma DOF 4 de diciembre de 1943.

En lo que respecta a las obligaciones militares, se puede indicar que son tan antiguas como la institución misma, su deber ha sido constituido durante siglos por la defensa general siendo a esta esfera castrense a quien se le atribuye la eficacia en la defensa del Estado y la protección de una serie de valores y principios comunes¹¹⁸. Compromisos, que de igual manera pasaron a la Policía Nacional desde su creación el 5 de noviembre de 1981 con el Decreto Nacional No. 1000 y que fueron plasmados en el Código de Ética Policial adoptado por esta Institución en 1973 redactado por el entonces Coronel Fabio Antonio Londoño Cárdenas¹¹⁹, el cual indica en su primer párrafo la obligación de “...servir a la sociedad, proteger vidas y bienes; defender al inocente del engaño, a los débiles de la opresión y la intimidación; emplear la paz contra la violencia y el desorden y respetar los derechos constitucionales de libertad, igualdad y justicia de todos los hombres.”¹²⁰

La Constitución colombiana de 1886 contempló para la defensa de la Nación un Ejército permanente y estableció que esta institución junto a la Policía, además de ser un cuerpo armados de carácter permanente no podían sufragar¹²¹; sin embargo, la regulación de las funciones de la Policía, estaban a cargo de las Asambleas por medio de ordenanzas, esto debido a que la Policía era departamental, pero es con la Constitución de 1991 donde cada una de las fuerzas militares y de policía conocidos como Fuerza Pública, adquiere en *stricto sensu* unas funciones de defensa conforme a su naturaleza como fin constitucional y con fundamento en el artículo 2, expresados en los artículos 216, 217 y 218.

¹¹⁸ COTINO HUESO Lorenzo. La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas del siglo XXI. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid. Años 2000 Pág. 30

¹¹⁹ Fue publicado por primera vez en la Revista de la Policía Nacional en la edición 162 noviembre – diciembre de 1973, pág. 20

¹²⁰ Este Código de Ética Policial se fundamentó para su creación en el “Código de Ética de Aplicación de la Ley” que fue aprobado en la 64ª Conferencia y Exposición Anual de la Asociación Internacional de Jefes de Policía –IACP hasta 1957

¹²¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución del 5 de agosto de 1886. Artículo 166 y 168

Esta misionalidad otorgada a la Fuerza Pública es un Servicio que presta el Estado, encaminado a la seguridad de sus habitantes y de su territorio: el cual, al ser permanente por naturaleza, necesita que quienes son designados para su cumplimiento (militares y policías) estén ininterrumpidamente disponibles en su labor. Razón por la cual, algunos servicios que prestan, como el de patrullaje y vigilancia, están distribuidos por turnos, fijados por cada una de estas instituciones dentro de sus jurisdicciones o áreas de prestación del servicio.

Tenemos entonces que el deber militar y policial está ligado a un fin constitucional, que en la mayoría de los casos impone la presencia permanente e ininterrumpida de los miembros de la Fuerza Pública para el cumplimiento de esta finalidad, denominándosele a esta característica deber de presencia, el cual es indispensable en la prestación del servicio, de allí que los delitos que lo afectan, requieren para su estructuración, quebrantar este deber pero no como un único elemento de configuración para dichas conductas, ya que los delitos de la libertad indebida de prisioneros de guerra y de la omisión en el abastecimiento, el deber de presencia no se configura como un elemento indispensable dentro del tipo. Es por disposición del legislativo que estos delitos quedaron incluidos en los tipos penales contra el servicio, por lo que se sostiene que lo que se intenta proteger no es el servicio de manera genérica, o amplia, sino una adecuada o eficaz prestación del mismo, emanando algunos deberes en sí, como el deber de presencia y demás características que su debido cumplimiento implica, como lo es la prestación permanente e ininterrumpida.

Frente a esta última característica, se puede precisar inicialmente que la Constitución consagra a la Fuerza Pública integrada por las Fuerza Militares y la Policía Nacional a partir del artículo 216, cuyo fin primordial es la defensa del territorio nacional y conservar la seguridad de los ciudadanos para garantizar el disfrute de los derechos y libertades; en el mismo sentido, exige que el servicio

Militar y de Policía que prestan los miembros de la Fuerza Pública debe ser permanente e ininterrumpido, para el cumplimiento de estos fines constitucionalmente encomendados a las instituciones castrenses¹²² y definidos en los artículos 217¹²³ y 218¹²⁴.

Nótese como indica esta norma de normas que éstas instituciones tienen un carácter permanente, lo que quiere decir que el servicio que presta debe ser ininterrumpido y su fin primordial está dirigido a la defensa de cada una de sus áreas a fines, es decir, el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea velarán por “la defensa de la soberanía, la independencia e integridad del territorio nacional y el orden constitucional”¹²⁵, conformada por tierra, mar y aire. Por su parte, la Policía Nacional tiene a su cargo “el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica”¹²⁶ que se traduciría en el orden público y social.

Respecto a la prestación del servicio, la Resolución No. 0012 del primero de abril de 2009 específica en su artículo 35 que el servicio de Policía es un servicio público a cargo de la Nación, encaminado a mantener y garantizar las condiciones de seguridad, libertades y convivencia de los ciudadanos; con un carácter comunitario, preventivo, educativo, ecológico, solidario y apoyo judicial, entre

¹²² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 216. “La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”

¹²³ *Ibíd.*, artículo 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

¹²⁴ *Ibíd.*, artículo 218. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

¹²⁵ COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución de 1991. Artículo 217 Párrafo 2

¹²⁶ *Ibíd.*, artículo 218

otros; en el mismo sentido, expone en el artículo 37 como una de las principales características es que éste se presta de manera permanente e ininterrumpida, interviniendo en los factores que afecten a los habitantes en el territorio nacional.

Por su parte, el Manual de Generalidades Éticas de las Fuerzas Militares identifica como característica de la profesión militar la “*disponibilidad permanente*”¹²⁷, elemento que está completamente direccionado a la función constitucional que le ha sido encomendado en nuestra Constitución y a la prestación de su servicio; es decir, que el mismo permite el funcionamiento de la Fuerza Pública de manera constante; sin embargo, y como ya se ha mencionado, este término puede abarcar prácticamente casi todos los tipos penales militares, como la insubordinación o la inutilización voluntaria, que a pesar de que afectan bienes jurídicos como la disciplina y los intereses de la Fuerza Pública, su ejecución afecta de manera directa el servicio, y nos permitiría afirmar que, en la gran mayoría, los delitos típicamente militares afectan el servicio de una forma u otra, aportando a la postura que permite señalar que es impreciso decir que el servicio propiamente dicho es un bien jurídico, ya que éste atiende a la finalidad última de la Fuerza Pública la cual se enfoca en el cumplimiento de la misión que constitucionalmente le ha sido encomendada.

Hasta este punto, y por lo anteriormente expuesto, se puede concluir inicialmente que, los delitos de ausencia según lo planteado por el Tribunal Superior Militar y Policial son aquellos que lesionan el deber de presencia y el servicio; sin embargo; para la legislación española los delitos contra el deber de presencia, son “*infracciones contra la disponibilidad de personal*, porque el bien o interés que el legislador protege mediante la tipificación de tales figuras es la intangibilidad de

¹²⁷ Manual de generalidades éticas para la vocación militar. Manual FF.MM. 1-5 Público, aprobada mediante disposición 036 de 2016 del 03 de noviembre de 2016.

los recursos humanos integrantes de las fuerzas armadas...”¹²⁸ Señalando que éstas son instituciones que se caracterizan por su disciplina, jerarquía y unidad, particularidades indispensables para que sean eficaces en sus acciones.

De igual manera, se precisa sobre el tratamiento que da el Tribunal Superior Militar y Policial, a los delitos de ausencia cuando señala sobre estos que son aquellos que lesionan o ponen en peligro el servicio y que se encuentran consagrados en el Título II del Código Penal Militar ya que evidentemente éstos requieren para su configuración la agresión al deber de presencia, realizando una afirmación inexacta que crea confusión frente otros tipos penales que se encuentran consagrados en el acápite en mención como la libertad indebida de prisioneros de guerra y la omisión de abastecimiento los cuales no requieren de la presencia del funcionario en su estructura, además de otros tipos penales que no se encuentran consagrados en este título como el abandono de buque¹²⁹, abandono de embarcación menor¹³⁰, abandono del buque por el comandante¹³¹, abandono indebido de tripulación¹³² y abandono de escolta¹³³, tipos penales que sin duda requieren el deber de presencia como elemento constitutivo y que no son

¹²⁸ MILLAN GARRIDO Antonio; RODRÍGUEZ- VILLASANTE José Luis y CALDERON SUSIN Eduardo. Delitos contra la Prestación del Servicio Militar. José María Bosch Editor S.A. – Barcelona. 1995. Pág. 466

¹²⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1407 de 17 de agosto de 2010. Título V. Capítulo VII art. 137. Abandono de buque. El integrante de la tripulación de un buque de la Fuerza Pública que en el momento del siniestro o después de él, lo abandone sin orden superior, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años.

¹³⁰ *Ibíd.*, Artículo 138. Abandono de embarcación menor. El patrón de embarcación menor que hallándose en ella a flote en momentos de combate, naufragio o incendio, la abandonare sin justificación, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

¹³¹ *Ibíd.*, Artículo 144. Abandono del buque por el comandante. El comandante que en caso de naufragio abandone el buque en condiciones de flotabilidad y no agotare los recursos para salvar la tripulación, armas, pertrechos, bagajes o caudales del Estado que estén bajo su responsabilidad, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

¹³² *Ibíd.*, Artículo 150. Abandono indebido de tripulación. El comandante u oficial que en caso de catástrofe o siniestro, abandonare el buque o aeronave de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional que esté a su mando, dejando la tripulación y demás ocupantes a bordo, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

¹³³ *Ibíd.*, Artículo 138. Abandono de escolta. El que estando encargado de la escolta de un buque, aeronave o convoy la abandone sin justa causa, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años.

considerados delitos de ausencia por el simple hecho de no encontrarse en el título en mención.

Lo plasmado anteriormente quiere decir que los delitos de ausencia no son los delitos contemplados contra el servicio, y que tal denominación es correcta en la legislación española porque tales delitos protegen el bien jurídico que para ellos es denominado delitos contra los deberes del servicio (título IV), específicamente el deber de presencia (capítulo III); hecho que evidentemente no hace parte de los tipos penales militares de la legislación colombiana, y al considerar esta definición como acertada para denominar los tipos penales militares contra el servicio, se estaría solo frente a los delitos de: abandono del puesto, el abandono del servicio, el abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, la deserción, del centinela, dejando por fuera los tipos penales de abandono de comando y de la libertad indebida de prisioneros de guerra y de la omisión de abastecimiento.

Consecuentemente cuando el Tribunal Superior Militar y Policial indicó que los delitos de ausencia son de ejecución permanente le imprimí ese carácter a tipos penales que evidentemente no tienen esa cualidad, como son, el abandono del puesto, del centinela e incluso la misma deserción que en su numeral tercero señala que incurre en este tipo penal quien prestando su servicio Militar “*Traspase sin autorización los límites señalados al campamento por el jefe de las tropas en operaciones militares*”; siendo una conducta palpablemente instantánea y generando dentro de su postura contrariedades que solo permiten confusiones sobre la interpretación de los tipos penales y que serán estudiadas posteriormente dentro del presente trabajo.

Por último, se hace la precisión sobre el bien jurídico del servicio, considerando que la denominación correcta para éste debería ser la prestación del servicio, el cual tiene fundamento en el fin constitucional que le ha sido impartido a la Fuerza Pública y que permite delimitar los tipos penales que atentan contra él; esto

considerando que el término servicio es demasiado amplio en la labor de cumplir los miembros de éstas instituciones castrenses y que es la prestación del servicio la que se vulnera con la realización de los tipos penales que consagra este título II del Código Penal Militar y Policial.

2.2 DELITOS CONTRA EL SERVICIO EN LA ACTUALIDAD Y SUS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS.

Una vez concluido que la denominación de los delitos contra el servicio como delitos de ausencia es imprecisa e inadecuada en la legislación penal militar colombiana, debido a que tal término es utilizado en la legislación penal militar española pero que no aplica a nuestros tipos penales ya que los fines de protección de la norma son disímiles, es necesario puntualizar que tal aclaración tenía como fin esclarecer cuáles son los delitos a los que se refiere el Tribunal Superior Militar y Policial cuando señaló que los mismos son de ejecución permanente y que fueron enunciados en el acápite anterior, para, posteriormente realizar un breve estudio sobre los delitos que se conocen como delitos contra el servicio en la actualidad y sus elementos principales, lo cual nos permita identificar la naturaleza y la finalidad de cada uno de ellos conforme a la descripción típica consagrada en la Ley 1407 de 2010, teniendo en cuenta que es la codificación vigente a pesar de que aún no se ha dado la implementación del Sistema Penal Acusatorio en la jurisdicción castrense.

2.2.1 Del abandono del comando y del puesto. En algunas oportunidades el delito de abandono del puesto ha sido comparado con el delito del centinela; sin embargo, y a pesar de guardar cierta similitud, en ningún sentido podría considerarse el mismo, ya que el centinela es un servicio especial que tiene unas formalidades diferentes a las demás actividades que se pueden prestar en una unidad militar o policial, además de consagrar en su estructura la dificultad de demostrar el dolo como elemento subjetivo del tipo, ya que para hacerlo se tendría

que probar que las actividades que realiza el centinela de dormirse o embriagarse van encaminadas a faltar a su servicio; siendo un punto que se examinará en su momento.

Los delitos contra el servicio consagrados en el título II de la Ley 1407 de 2010 contemplan en su capítulo primero el abandono del comando y del puesto, donde inicialmente describe el tipo penal del abandono del comando, señalando que para su configuración el sujeto activo deja de cumplir sus funciones por más de 24 horas, especificando en los artículos 103 y 104 que el sujeto activo puede ser los Comandantes de Fuerza o quienes se encuentren como comandantes o directores de las unidades más importantes de cada una de las instituciones castrenses, ya sean unidades administrativas u operativas por la que están integradas; de igual manera, aplica para los Comandantes de las diferentes unidades operativas y de reacción encaminadas al mantenimiento del orden público, guerra o conflicto armado; por lo que la diferencia que presentan los artículos en mención, donde especifican al sujeto activo en cada caso, se ve reflejado en la pena que se aplica a cada cual donde los cargos más altos tienen una pena mayor, empero, la conducta radica específicamente en abandonar sus funciones por 24 horas concretando así la lesión al servicio.

De este tipo penal se puede decir que, primero, requiere para su estructuración que no se ejerzan, sin justa causa las funciones propias del comando, segundo, que el abandono de sus funciones sea mínimo de 24 horas, tercero, en cuanto al artículo 103 abandono de comandos superiores, jefaturas o direcciones y el artículo 104 abandono de comandos especiales, son tipos penales subordinados, es decir que requieren para su configuración el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 102, por lo tanto, para este tipo penal se debe tener en cuenta cual es el cargo que desempeña el procesado para determinar si cumple la calidad exigida por el tipo penal.

La presencia física del funcionario, no es un elemento indispensable para estructurar el delito de abandono del comando, ya que la misma jurisprudencia del Tribunal Superior Militar y Policial ha decantado que, no existe una norma o regulación que le imponga a quien ejerce el cargo de Comandante la permanencia de 24 horas ininterrumpidas en el servicio, esto, debido a que la función de dirección y mando no requiere de su presencia permanente en la unidad, ya que esto implicaría que ni siquiera tendría la posibilidad de descansar o realizar otras actividades personales como el simple hecho de dormir, por otra parte argumenta que el servicio se distribuye en turnos donde la función del comandante consiste en verificar su cumplimiento sin que ello quiera significar que su labor se circunscriba a la de seguridad y vigilancia, teniendo por otra parte que realizar controles en otras unidades de despliegue que le exigen un alejamiento de su propia unidad, razones por las cuales su presencia fija en un solo lugar no es posible¹³⁴.

Se diferencia entonces con el abandono del puesto por los múltiples elementos que se requieren para su estructuración, ya que inicialmente el funcionario debe encontrarse de *facción*¹³⁵ o de *servicio*¹³⁶, debe abandonarlo por cualquier tiempo, es decir, no tiene un tiempo mínimo o máximo y además puede incurrir en esta conducta quien se duerme, se embriague o se ponga bajo los efectos de sustancias alucinógenas, siendo precisamente éste último una dificultad ya que el consumo de alcohol o de este tipo de sustancias, incluso el hecho de dormirse debe ir direccionado conscientemente a abandonar su labor, ya que lo que *“busca el legislador con el delito de Abandono del Puesto no es la protección de un*

¹³⁴ T.S.M. y P. Radicado 155550, 26 de enero de 2009, MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA.

¹³⁵ Disposición No. 010 de 1982, capítulo I sección B. Reglamento de Servicio de Guarnición Militar. Define Facción como “...función determinada dentro de los servicios de seguridad y vigilancia”. Por su parte la Resolución 9857 de 1992. Reglamento de guarnición policial. Artículo 3 define *facción* como “lugar o sector que se le asigna a un agente o patrulla de vigilancia o de guardia”.

¹³⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, define el Servicio en la Sentencia 23 de mayo de 2001. Proceso No. 12878. MP. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGUO “...se tiene que es término referido a los específicos deberes que atañen a los miembros activos de la Fuerza Pública a quienes se asignan labores de dirección o vigilancia.”.

*espacio geográfico determinado, entendido éste desde la perspectiva ontológica, sino garantizar la prestación de un servicio y el ejercicio de la función*¹³⁷.

Respecto al abandono, el Tribunal Superior Militar y Policial ha establecido en innumerables decisiones que consiste en la abdicación total de los deberes y funciones que tiene el servidor bajo su cargo, aclarando sobre el término de abandono, que debe entenderse como *“la desvinculación definitiva y no transitoria del servicio, como la dejación total y final de los deberes y funciones públicas encargadas al servidor público”*¹³⁸ entendiéndose que quien se encuentre en ejercicio de sus responsabilidades desatiende absolutamente sus encargos dejando no solo de cumplir con *“los actos que le son obligados en su actividad (deber funcional) sino que con desdén y repudio hacia el cumplimiento de sus ocupación pública (deber material) no regresa más al lugar donde se ejecutan...”*¹³⁹.

El tipo penal consagra unos aspectos que son los de facción, de servicio o de puesto, los cuales no pueden entenderse como un sinónimo ya que el servicio es un término general que obedece al ejercicio permanente y continuo de cualquier función, mientras que la facción es *“acto del Servicio militar, como guardia, centinela o patrulla”*¹⁴⁰ por otra parte, el puesto corresponde al sitio donde el miembro de la Fuerza Pública ejerce unas funciones específicas de seguridad y vigilancia, por un tiempo determinado, por lo que su abandono por cualquier tiempo es un incumplimiento claro al deber de presencia que tiene el personal a la permanencia del servicio vulnerando el normal desarrollo de la actividad militar o policial.

¹³⁷ T.S.M. y P. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Radicado 156500. MP. Suárez Aldana Camilo Andrés

¹³⁸ T.S.M. y P. Sentencia de 15 de diciembre de 2003. Radicado 148985. MP. TC. (r) JOSE URIEL ROJAS GUTIERREZ

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia 23 de mayo de 2001. Proceso No. 12878. MP. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGÓ

El Tribunal Superior Militar y Policial ha desarrollado una línea jurisprudencial sobre esta conducta punible estableciendo que el abandono del puesto no es solo dejar físicamente el sitio donde presta su servicio, sino además la omisión al cumplimiento de sus funciones, señalando que por puesto se debe entender como el ejercicio de una labor orientada a garantizar la labor de vigilancia, por ejemplo, la cual requiere de además de permanencia, eficacia, por lo que su dejación implica *“no solo la ausencia física del sitio, sino que aun estando en el área determinada se renuncia a acatar el ejercicio de la función; tal entendimiento permite que el bien jurídico cumpla con la finalidad propuesta(...)”*¹⁴¹.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que la diferencia entre el delito del centinela con el abandono del puesto es que, para éste ultimo la ausencia debe ser física; sin embargo, cuando se habla de dormirse, embriagarse o ponerse bajo los efectos de sustancias alucinógenas, acciones que atentan indudablemente contra la debida prestación del servicio, la ausencia física no sería su característica principal o requisito para su configuración, ello debido a que es un tipo penal de conducta alternativa, donde cada una de éstas acciones tiene una entidad autónoma y se consuma con la materialización de cualquiera de ellas, sin que de manera alguna estén ligadas obligatoriamente a exigir la presencia del sujeto, teniendo en cuenta que están separadas por el artículo “o” que para este caso funciona para señalar una opción.

Es claro que los servicios se prestan de manera permanente por los miembros de la Fuerza Pública mediante turnos, los cuales son distribuidos con premeditación mediante órdenes ya sea verbales u escritas como lo son las órdenes del día¹⁴²;

¹⁴¹ T.S.M. y P. Sentencia de 25 de Mayo de 2010. Radicado 156500. MP. TC. Camilo Andrés Suárez Aldana.

¹⁴² T.S.M. y P. Sentencia de 13 de diciembre de 2013. Radicado 157811. M.P. MY (r) MARYCEL PLAZA ARTURO. ORDEN DEL DÍA - Mecanismo idóneo y autoridad competente para hacer el correspondiente nombramiento o designación del Servicio

sin embargo, quienes están programados para prestar dichos turnos deben tener una permanente disponibilidad ya que por la naturaleza del servicio, una vez notificado el mismo se genera una gran responsabilidad con el cumplimiento de éste, de ahí que el funcionario debe evitar el consumo de sustancias que alteran sus sentidos o realizar desplazamiento a otras zonas fuera de su jurisdicción previendo la puntualidad con la que debe llegar a prestar su disponibilidad, así mismo si se va a descansar por 8 horas para retomar el servicio posteriormente, no quiere decir que su turno se haya acabado por éstas 8 horas de descanso y su responsabilidad haya cesado ya que una vez terminado su descanso deberá volver a presentarse con todas las facultades psicofísicas en orden, para el cumplimiento de un nuevo turno de servicio ya sea en el mismo puesto u otro.

2.2.2. Del abandono del servicio. En el capítulo II del título II delitos contra el servicio, encontramos el abandono del servicio y el abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, donde el primero de ellos consiste en la dejación o separación que tenga cualquier miembro activo de la Fuerza Pública del ejercicio de sus funciones o su cargo, por más de 5 días consecutivos, o si no se presenta dentro de los 5 días siguientes una vez culminada alguna situación administrativa como un permiso o licencia, contados a partir del momento en que el funcionario tenía que presentarse a ejercer sus labores y no lo hace.

Otro elemento que se puede destacar del tipo penal es ante quién se tiene el deber de presentarse, ya que la redacción de la conducta indica que debe hacerse ante el respectivo superior, por lo tanto no podrá presentarse el ausente ante cualquier funcionario de otra unidad militar o policial, sino ante el superior inmediato antes del término de los 5 días consecutivos, este acto de presentación es considerado más que una simple formalidad, *“sino que tiene contenidos materiales en el entendido que genera la relación funcional y da aplicación al*

*ejercicio del mando entre el superior y subalterno...*¹⁴³ razón por la cual es exigido como requisito para que la conducta típica cese o simplemente no alcance a configurarse.

Sobre este tipo de conductas se debe señalar que la debida prestación del servicio permite al Estado mantener las condiciones de seguridad de los ciudadanos, tarea que ha sido impuesta a policías y militares quienes como ningún otro servidor ostenta los más altos postulados éticos de servicio a la comunidad, por lo que en ellos la sociedad busca no solo su protección sino modelos de comportamiento, razón por la cual el reproche de las conductas que agreden o ponen en peligro su finalidad constitucional acarrea como consecuencia una sanción disciplinaria y dependiendo de su gravedad, penal.

En cuanto al abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, indica inicialmente la norma que este funcionario cuyo sujeto activo el cualificado, abandone los deberes propios del servicio en campaña u operaciones militares por cualquier tiempo. En este punto se hace necesario establecer la diferencia que existe entre un soldado voluntario o profesional y un soldado que presta servicio militar, tema que ha sido definido por el Consejo de Estado manifestando frente a estas dos clases de funcionarios que la clase de vínculo que se genera entre ellos con el Estado es diferente teniendo en cuenta que aquellos que prestan el servicio militar obligatorio tienen un vínculo que surge por un deber constitucional que no tiene carácter laboral alguno, en tanto el soldado profesional tiene un vínculo que surge de una relación legal y reglamentaria consolidada por el acto administrativo de nombramiento y posesión, gozando de una protección integral de carácter salarial y prestacional que evidentemente no posee quien presta el servicio militar¹⁴⁴.

¹⁴³ T.S.M. y P. Radicado 157560, 15 de mayo de 2013. MP. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.

¹⁴⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Radicado No. 52001-23-31-000-2001-00559-01(20079). 18 de julio de 2012. CP. MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Las diferencias presentadas anteriormente nos permiten señalar que los soldados que prestan el servicio militar son sujetos del delito de deserción, artículo 109 de la Ley 1407 de 2010; sin embargo, cuando un soldado voluntario realizaba tal conducta ésta no se encontraba tipificada, por lo que el nuevo Código Penal Militar creó este tipo penal para los soldados voluntarios o profesionales con unas características específicas, la primera es que debe ser un soldado voluntario o profesional y que se encuentre en servicio activo, sin que requiera su ausencia del servicio un tiempo determinado; sin embargo, hay otros términos dentro del tipo penal que son indispensables para su configuración como lo son servicio en campaña y operaciones militares, situaciones que han sido definidas por el Tribunal Superior Militar y Policial, estableciendo por operación militar como *“el empleo de recursos militares (por ejemplo en una campaña militar) para conseguir un objetivo específico... Puede implicar el llevar a cabo una misión militar estratégica, táctica, de servicios, entrenamiento o administrativa en el proceso de realizar un combate, incluidos, el movimiento, suministro, ataque, defensa y las maniobras necesarias para conseguir los objetivos de la batalla o campaña y por campaña militar indica que son acciones militares realizadas en una misma zona geográfica y en el mismo periodo de tiempo”*¹⁴⁵.

2.2.3 De la deserción. Se hace indispensable para abordar este tipo penal, indicar inicialmente que su estudio requiere una breve reseña de lo que es el servicio militar, ya que el sujeto activo es *“quien estando incorporado al servicio militar...”* realice la conducta descrita en el artículo 109 de la Ley 1407 de 2010 conocida como deserción. Es así como se puede señalar que el servicio militar en nuestro país es obligatorio catalogado como un *“deber constitucional dirigido a todos los colombianos de servir a la patria, que nace al momento de cumplir su mayoría de edad para contribuir y alcanzar los fines del Estado encomendados a*

¹⁴⁵ T.S.M. y P. Sentencia del 17 de mayo de 2011. Radicado 156981. MP. MY (r) MARYCEL PLAZA ARTURO

la *Fuerza Pública*¹⁴⁶; sin embargo, cada país tiene la libertad de establecer las formas y requisitos para el reclutamiento de sus nacionales, es así como hay países en que ni siquiera existe esta figura en la actualidad como es el caso de Italia¹⁴⁷, como países donde se encuentra regulado de manera obligatoria para mujeres y hombres como lo es el caso de Israel¹⁴⁸.

El reclutamiento es un acto que se ha practicado desde tiempos inmemorables, donde podríamos citar nuevamente al ejército Romano; sin embargo, en la edad media existió otra forma de reclutamiento “*cuando los feudales organizaron a los campesinos que cultivaban sus tierras, para responder a las exigencias del rey, que requería hombres para su defensa*¹⁴⁹”. Las diferentes guerras ocurridas a nivel mundial trajeron consigo el reclutamiento que aun cuando fueron llevados a cabo de diferentes formas tenían como fin el auxilio y fortalecimiento de sus filas para los diferentes enfrentamientos que tenían contra otros ejércitos o simplemente contra el enemigo.

La desertión es entonces una conducta que ha permanecido con el paso de los tiempos y hasta nuestra época como punible, aunque no precisamente en todos los países del mundo, pero si en muchos de ellos; para el caso colombiano se tiene que puede ser cometido únicamente por quien se encuentra prestando el servicio militar, esto una vez haya pasado exitosamente el proceso de reclutamiento el cual verifica el cumplimiento de los requisitos básicos, sin que los errores de la incorporación permitan ser una justificante para su realización, así lo

¹⁴⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1861 del 4 de agosto de 2017 “Por la cual se reglamenta el Servicio de Reclutamiento, control de reservas y la movilización”

¹⁴⁷ ITALIA. Ley No. 226 del 23 de agosto de 2004.

¹⁴⁸ RULLANSKY Ignacio. Nueva Ley de reclutamiento israelí: el Servicio Militar obligatorio como técnica para integrar a los ortodoxos a la sociedad civil. Instituto de Relaciones Exteriores. Departamento de oriente Medio. 2014

¹⁴⁹ OSPINA CARDONA Juan Gildardo. BOLIVAR SUÁREZ Marco Aurelio. Fundamentos del Derecho Penal. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Bogotá 2004. Página 151.

ha indicado el Tribunal Superior Militar y Policial¹⁵⁰, haciendo referencia a que los errores en los trámites de incorporación de aquellos que prestan el servicio militar en cualquiera de las Fuerzas Militares o de Policía en Colombia, obedece a un error meramente administrativo sin que ello exima de responsabilidad penal al desertor, por lo tanto dichos errores no pueden justificar el abandono a las filas.

Sobre tal argumento, la Corte Suprema de Justicia ha dilucidado que evidentemente el certificado que emite la oficina de personal o quien haga sus veces en cada una de las fuerzas, para demostrar la calidad de incorporado es prueba suficiente de su estado como soldado y que cualquier irregularidad presentada dentro del proceso de incorporación no genera atipicidad de la conducta delictiva de deserción pero sí una investigación administrativa, disciplinaria o penal para el funcionario que la realizó, ello fundado en que la conducta la comete el soldado bajo la “*presunción de una regular incorporación y en el ejercicio real de esa condición*”¹⁵¹ añadiendo en posteriores pronunciamientos, que la incorporación como soldado se predica únicamente cuando se da de alta al conscripto mediante la orden del día y en materia de exenciones el interesado debe presentar prueba que acredite la causal que alega, en caso contrario, se realiza la incorporación del conscripto al servicio produciéndose todos los efectos inherentes que esto conlleva tanto de los derechos, prerrogativas y estímulos, como el sometimiento a la jurisdicción castrense en cuanto a su estructura, organización y disciplina, lo que quiere decir que la indebida incorporación no desliga la responsabilidad del funcionario por lo que no puede utilizar de excusa los vicios presentados en su proceso de incorporación porque a pesar de su existencia, el funcionario tiene la calidad de

¹⁵⁰ T.S.M. y P. Sentencia del 11 de junio de 2014. Radicado 157902, M.P CR. CAMILO ANDRÉS SUAREZ ALDANA.

¹⁵¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 17080 del 24 de enero de 2001, M.P Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGÓ

militar, y, *“como tal, tiene el deber de presencia el tanto no resulte excluido, produciéndose su baja de las Fuerzas Armadas”*¹⁵².

El fundamento del servicio militar se encuentra consagrado en la Constitución Política de Colombia artículo 261 incisos 2 y 3, regulado actualmente por la Ley 1861 del 4 de agosto de 2017 y precedida por la Ley 48 del 3 de marzo de 1993, la Ley 4 de 1991 y el Decreto 2853 de 1993; reglamentación que hace del servicio militar obligatorio un deber constitucional que se prestaba exclusivamente en las instituciones que conformaban la Fuerza Pública de nuestro país; sin embargo, la Ley 1861 de 2017 incluyó al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC como una institución donde se puede prestar este servicio además de las Fuerzas Militares y de Policía, siendo cierto que quien se encuentre prestando este servicio en cualquiera de las nombradas instituciones estatales podría incurrir en este delito y en este sentido podría ser procesado por la Justicia Penal Militar y Policial, ya que su conducta va en contravía a los intereses del Estado.

Ahora bien, frente a las causales de exoneración del servicio militar obligatorio¹⁵³ y las causales de aplazamiento¹⁵⁴ expuestas en la Ley vigente para el reclutamiento, es claro y conforme a lo manifestado en la jurisprudencia de la Corte mencionada éstas no son causales que eximan al desertor de la responsabilidad penal; también es importante señalar que las mujeres prestan el servicio militar de manera voluntaria y solo es obligatoria cuando las circunstancias del país así lo requiera¹⁵⁵; bajo esta perspectiva la Policía Nacional como plan piloto incorporó 243 mujeres auxiliares bachilleres de policía quienes prestarán el servicio por un lapso de 12 meses, tiempo que se encuentra regulado actualmente en 18

¹⁵² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia No. 9921 del 14 de marzo de 2002. MP Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE.

¹⁵³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1861 del 4 de agosto de 2017. Artículo 11

¹⁵⁴ *Ibíd.*, artículo 34

¹⁵⁵ *Ibíd.*, artículo 4 parágrafo 1

meses¹⁵⁶ y para bachilleres es de 12 meses¹⁵⁷ estableciendo además que la obligación se extingue cuando la persona cumple 50 años de edad¹⁵⁸.

En la actualidad y como lo ha sido desde siglos atrás, se realiza un sorteo para elegir a quienes prestan el servicio militar, en España por ejemplo fue conocido como *quintas*, sistema de influencia francesa¹⁵⁹ en el cual consistía en escoger por suerte a los jóvenes que se encuentran en la edad de prestar este servicio, acción justificada por la escasez de las tropas y las tantas necesidades de los ejércitos, situación que fue altamente rechazado ya que constituía una obligación asignada por sorteo para uno de cada cinco, adquiriendo un carácter anual a fines del siglo XVIII y consolidándose a fines del siglo XIX. De igual manera fue considerado un sistema aplicado a los más desfavorecidos de la sociedad ya que funciona en quienes no tienen la capacidad económica para evadir los sorteos o emplear alguna estrategia fraudulenta y así escapar de tal obligación¹⁶⁰.

Estos hechos en mención tienden a familiarizarse con la situación actual del servicio militar en Colombia ya que para la selección de éste personal, las unidades de incorporación de las Instituciones en las que se presta el servicio utilizan el sorteo, el cual es realizado entre los conscriptos¹⁶¹ aptos, aunque tienen prelación quienes se presentan voluntariamente sobre los que son seleccionados por azar, se caracterizan por ser públicos y de igual manera es un sistema que sigue aplicando a las clases menos favorecidas de nuestra sociedad.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, artículo 13

¹⁵⁷ *Ibíd.*, artículo 13 párrafo 1

¹⁵⁸ *Ibíd.*, artículo 52

¹⁵⁹ CRESPO-FRANCÉS Y VALERO, José Antonio., A las armas: Reclutamiento y Servicio Militar en España desde sus orígenes hasta nuestros días, Editorial Multimedia Militar. España. Año 2009.p. 185.

¹⁶⁰ RIVILLA MARUGÁN Guillermo. Élités y Quintas: El Debate Parlamentario Sobre El Reclutamiento Militar Durante El Siglo XIX. Pág. 33

¹⁶¹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2048 del 11 de octubre de 1993. Artículo 47 lo define como: el inscrito para definir su situación militar dentro de los términos de la edad reglamentaria, establecida por la Ley.

Frente a los remisos¹⁶² es importante señalar que esta situación en Colombia no es considerada un delito militar en sí mismo y solo acarrea una sanción de tipo administrativo conforme a lo estipulado en el artículo 46 de la Ley 1861 que consiste en una multa equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente por cada año de retardo o fracción en que no se presente sin que sobrepase el valor de 5 de éstos.

A través de los años, pero principalmente después de la Constitución de 1991, se ha realizado un control constitucional frente a la prestación del Servicio Militar obligatorio ya que algunos ciudadanos han recurrido a vías judiciales e incluso la tutela para evitar su prestación; sin embargo, aduciendo temas como el riesgo que llega a afrontar un joven en una zona de orden público¹⁶³, órdenes y pensamientos religiosos¹⁶⁴, entre otras, se han venido regulando situaciones que exoneran a los jóvenes de este servicio como el hecho de ser hijo único¹⁶⁵ o decisiones donde incluso se equipara la unión marital de hecho con la vida conyugal para que sirva como causal de exoneración¹⁶⁶.

El delito de deserción tiene varias modalidades según lo ha establecido el Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010 en su artículo 109, indicando en su numeral 1 quien “se ausente sin permiso por más de cinco (5) días consecutivos del lugar donde preste su servicio.” siendo claro que para este caso el tiempo que debe

¹⁶² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 48 de 3 de marzo de 1993 lo define en el artículo 41 literal g como: Los que habiendo sido citados a concentración no se presenten en la fecha, hora y lugar indicados por las autoridades de Reclutamiento, son declarados remisos. A su vez el Vademécum de reclutamiento. Lo definió como el varón declarado apto y seleccionado para prestar el Servicio Militar en filas que no se presente al lugar y hora de concentración para dar cumplimiento a esta obligación.

¹⁶³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia U- 200 de abril 17 de 1997. M.P. CARLOS GAVIRIA DÍAZ Y JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

¹⁶⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 363 del 14 de agosto de 1995. M.P. JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

¹⁶⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 166 del 25 de marzo de 1994. MP. HERNANDO HERRERA VERGARA.

¹⁶⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T 517 de 1993; T 042 de 1994; T 122 de 1994 y C 511 de 1994

transcurrir son 5 días contados a partir del momento en que tenía el deber de presentarse al servicio para que se estructure la conducta, por lo tanto si el joven que se encontraba prestando servicio en una unidad Militar o Policial debe presentarse diariamente para el cumplimiento de sus funciones, tomando como ejemplo que se retira de su servicio el día 9 de enero a las 8:00 p.m., con el deber de presentarse al día siguientes siendo este el día 10 de enero a las 6:00 a.m., y sin causa justificada no se presenta, incurrirá en dicho delito solo a partir del día 15 con posterioridad a las 6:00 a.m., es así que se hace necesario esperar los 5 días para que se entienda que el funcionario ha incurrido en dicha conducta y ha quebrantado por ende el deber de presencia que le es exigible para el cumplimiento de sus funciones, lesionando con su conducta la prestación del servicio.

En el numeral 2 del artículo mencionado tenemos a quien “No se presente a los superiores respectivos dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que se cumpla un turno de salida, una licencia, una incapacidad, un permiso o terminación de comisión u otro acto del Servicio o en que deba presentarse por traslado.” para este caso es necesario entender que cualquier funcionario de la Fuerza Pública puede encontrarse en alguna situación administrativa como licencias, vacaciones, permisos, incapacidades, entre otras, eventos que tienen un término que culmina con la fecha y hora de presentación en la unidad correspondiente, por lo tanto a partir de ese momento se empezarán a contar los 5 días para determinar la fecha exacta en que comienza a incurrir este delito en referencia. Podemos decir entonces que si quien está prestando servicio debe presentarse el día 10 del mes de abril a las 6:00 a.m., con motivo de algún permiso, incapacidad o cualquier otra situación administrativa y no lo hace, sin que exista además alguna causa justificada el delito se estructura a partir del día 15 con posterioridad a las 6:00 a.m.

Frente a la causal número 3 se tiene que incurre en esta conducta quien “Traspase sin autorización los límites señalados al campamento por el jefe de las tropas en operaciones militares”. Difiere de las dos anteriores porque requiere de otros elementos para que se estructure y no precisamente del tiempo referido a los 5 días de ausencia, sino que esta causal exige otros elementos como lo límites establecidos en el campamento por el jefe de la tropa en la operación militar, por lo tanto basta con que quien se encuentra prestando el servicio militar, traspase el límite que debe estar completamente definido por el comandante de la tropa y deben estar en una operación militar, eventos aclarados por el Tribunal Superior Militar y Policial puntualizando que debe entenderse como campamento *“aquel lugar ocupado temporalmente por tropas o cuerpos más o menos numerosos de un Ejército en forma transitoria, alojados, ya sea en tiendas, barracas, carpas, etc., en determinado orden, disposición y con la mayor seguridad y comodidades posibles”*¹⁶⁷.

El lugar debe cumplir también con ciertas características, debe ser despoblado y plenamente delimitado por el Comandante, organizado en tiendas de campaña o barracas, con fácil tránsito para la vigilancia y rápida reacción en caso de alarma¹⁶⁸. Además indica que tal conducta debe realizarse durante el desarrollo de operaciones militares la cual tiene como fundamento una orden de operaciones emitida bajo las formalidades previstas en los reglamentos militares que establece previamente el *“aspecto de interés para ejecutar la orden de operaciones, relativos a la organización para el combate, misiones a la unidades subordinadas, instrucciones de coordinación, las áreas a cubrir, los límites de operación de las unidades participantes, y en ocasiones puede contener todos los servicios del personal, cocina, alojamiento, depósitos y otros...”*¹⁶⁹

¹⁶⁷ T.S.M. y P. Sentencia del 07 de junio de 2007. Radicado 154074. M.P. MY. MARYCEL PLAZA ARTURO

¹⁶⁸ *Ibíd.*

¹⁶⁹ *Ibíd.*

Claro es entonces que esta situación se da en el marco de las operaciones militares, donde el jefe de la tropa o comandante ha delimitado específicamente los límites del personal en el área, esto con motivo a que *“las operaciones militares en campaña requieren férrea disciplina y de esto depende en gran parte el éxito de ellas, de suerte pues, que la norma tiene razón de ser, motivada en aspectos tan importantes como una victoria militar sobre el enemigo”*¹⁷⁰.

Sobre el numeral 4, “El prisionero de guerra que recobre su libertad hallándose en territorio nacional y no se presente en el término previsto en los numerales anteriores.” Encaminado a el acto que realice quien presta el servicio militar durante o incluso después de un estado de guerra en el cual éste fue tomado como prisionero y en esa condición haya sido liberado sin importar el motivo para ello, pero que en libertad no se presente dentro de los 5 días siguientes a su liberación a cualquier unidad militar.

Como última modalidad en que se puede incurrir en el delito de deserción se encuentra la causal número 5 “El prisionero de guerra que recobre su libertad en territorio extranjero y no se presente ante cualquier autoridad consular o no regrese a la patria en el término de treinta (30) días, o después de haber regresado no se presente ante la autoridad militar, en el término de cinco (5) días.” Al igual que la causal contemplada en el numeral 4, ésta requiere que la conducta se encuentre enmarcada en un estado de guerra, específicamente con otro país, y que al ser tomados como prisioneros y llevados a otros territorios fuera del nacional cuentan con 30 días para regresar, y una vez en nuestro país tiene 5 días para presentarse a una unidad militar, policial e incluso del INPEC, para no incurrir en esta conducta típica.

¹⁷⁰ OSPINA CARDONA Juan Gildardo. BOLIVAR SUÁREZ Marco Aurelio. Fundamentos del Derecho Penal. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Bogotá 2004. Página 165

Para los condenados por el delito de deserción, una vez cumplida la pena, éstos deberán continuar con el servicio militar por el tiempo que les falte, situación que ha sido muy criticada por algunos, pero a pesar de ello se ha mantenido a lo largo de las diferentes codificaciones penales militares.

Respecto a la prescripción del delito de deserción, existió una discusión que aún y a pesar de lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia sigue generando inconvenientes de manera frecuente y consiste básicamente en que en la Ley 522 de 1999 la deserción tenía un término de prescripción de 2 años, conforme a lo estipulado en el artículo 82 inciso 2 *“En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco (5) años. Para el delito de deserción, la acción penal prescribirá en dos (2) años.”* y en su artículo 128 estableció una pena de *“arresto de seis (6) meses a dos (2) años”*; sin embargo, la Ley 1407 de 2010 el artículo 76 inciso 2, indicó que: *“En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco (5) años. Para el delito de deserción, la acción penal prescribirá en un (1) año”*, por su parte el artículo 109 señaló una pena de prisión de *“de ocho (8) meses a dos (2) años”*.

Lo anterior ha permitido que algunas posturas señalen de manera reiterada e insistente que el término de prescripción de la acción penal para el delito de deserción es de un año y no de dos acogiendo los postulados del principio de favorabilidad y legalidad, a pesar de que la Corte Suprema de Justicia haya aclarado esta situación en varios pronunciamientos señalando inicialmente que la Ley 1407 se encuentra vigente en su parte sustancial pero no la procesal¹⁷¹.

Es así como reiteró la Corte Suprema de Justicia frente a la prescripción de la acción penal consagrada en la Ley 1407 de 2010 que en punto a la aplicación del principio de favorabilidad hay que tener en cuenta la transición o sucesión de las

¹⁷¹ T.S.M y P. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Radicado 156840. MP. JACQUELINE RUBIO BARRERA.

Leyes en el tiempo y la coexistencia de legislaciones, ello teniendo en cuenta que a la par de la Ley en mención se encuentra vigente la Ley 522 de 1999, por lo que deben cumplirse tres condiciones, “(i) que las figuras jurídicas enfrentadas tengan regulación en las dos legislaciones”¹⁷², es decir, el delito de deserción se encuentre tipificado en la Ley 522 de 1999 como en la Ley 1407 de 2010 lo cual es evidente. “(ii) que respecto de aquéllas se prediquen similares presupuestos fáctico-procesales”¹⁷³, en este sentido las normativas mencionadas consagran el término de prescripción, en la primera de ellas indica que este fenómeno ocurre con la ejecutoria de la resolución de acusación y en la segunda se genera con la formulación de imputación o acto de vinculación, considerando la dificultad que existe para sostener la similitud de los presupuestos fácticos-procesales, ya que ambas Leyes presentan actos de vinculación y de acusación, de los cuales se puede decir que los actos de vinculación podrían ser equiparables, sin que se pueda decir lo mismo frente a la acusación, por lo que el término de la prescripción de la acción penal en la Ley 1407 de 2010 se aplica exclusivamente a los procesos que se adelantan bajo el procedimiento que señala esta Ley sin que sea posible afirmar que la formulación de imputación sea un acto procesal igual a la resolución de acusación existiendo la misma problemática contemplada entre la Ley 906 y la Ley 600.

Sobre este último punto, es decir la disparidad procesal que existía entre la Ley 906 y la Ley 600, la Corte Suprema de Justicia determinó en su momento que son dos los momentos procesales a partir de los cuales se interrumpe la prescripción de la acción penal consagrado en los procedimientos de cada una de éstas Leyes, en el primero se da con la formulación de imputación, y en la Ley 600 con la resolución de acusación, actos completamente distintos en cuanto a su contenido material, el alcance y con consecuencias procesales diferentes ya que se

¹⁷² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado 23700. Sentencia del 9 de Febrero de 2006. MP: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

¹⁷³ *Ibíd.*

producen en etapas distintas del proceso, por lo que es imposible “*predicar identidad a menos que quiera desvertebrarse el procedimiento propio de cada Ley*”¹⁷⁴.

Por último presentó como un tercer requisito “(iii) *que con la aplicación favorable de alguna de ellas no se resquebraje el sistema procesal dentro del cual se le da cabida al instituto favorable*”¹⁷⁵ tema frente al cual la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que para la aplicación del principio de favorabilidad, la interpretación de dichos términos jurídicos se debe realizar teniendo en cuenta el sistema penal en que desarrollan y con ello su trámite y función: “...el principio de favorabilidad, no puede ser valorada ni aplicada a partir de la simple y escueta lectura y comparación de nombres de normas, por ejemplo prescripción y acusación... el ejercicio exige que el análisis tome en consideración el sistema de que ellas forman parte y los presupuestos, trámites y finalidades...”¹⁷⁶ así es la única forma con la que se podría concluir la similitud de los institutos y poder escoger la disposición que beneficia en cada caso.

Ahora bien, en cuanto a la implementación del sistema acusatorio en la Justicia Penal Militar, es claro que la Ley 1407 se encuentra vigente solo en su parte sustancial, y conforme al Decreto No. 1575 del 28 de septiembre de 2017 su aplicación será de manera sucesiva en el territorio nacional distribuida en cuatro fases iniciando en la ciudad de Bogotá el día 01 de enero de 2020¹⁷⁷, mientras tanto mal sería aplicar sus institutos en los procesos actuales, ya que las figuras de este sistema acusatorio difieren del sistema inquisitivo con tendencia

¹⁷⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado No. 23.700, 9 de febrero de 2006 MP. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

¹⁷⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado 23.700. Sentencia del 9 de Febrero de 2006. MP: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

¹⁷⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Proceso 24.300. Aprobado: Acta No. 26. 23 de marzo de 2006, MP. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN y MARINA PULIDO DE BARÓN

¹⁷⁷ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto No. 1575 del 28 de septiembre de 2017. Artículo 1.

acusatoria que rige en la actualidad, sobre la cual la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia ha enfatizado que *“el sistema penal acusatorio se aplicará solamente en aquellos territorios donde se hubiere implementado de conformidad con el proceso que al efecto estableció el artículo 530 de dicho ordenamiento¹⁷⁸”*; situación que generó en su momento una extensa variedad de pronunciamientos del Tribunal Superior Militar y Policial¹⁷⁹ quien tuvo a su cargo la aclaración sobre el tema y lo hizo de manera reiterada aclarando que las disposiciones legales vigentes en materia procesal en la jurisdicción castrense son la Ley 522 de 1999 y la Ley 1058 de 2006, teniendo en cuenta que el sistema acusatorio no se ha implementa en la jurisdicción especializada.

En este sentido manifestó que a pesar que la Ley 1407 de 2010 en su artículo 76 redujo a un año el término de prescripción de la acción penal para el delito de deserción, diferente al establecido en la Ley 522 de 1999 el cual consistía en dos años, a simple vista se podría concluir que el término de un año resulta más favorable para el procesado por lo que debería imponerse su aplicación; sin embargo, el análisis al instituto de la prescripción de cara a la naturaleza de los procedimientos procesales de cada norma, y al advertirse su diferencia es imposible su aplicación, por cuanto la primera de éstas tiene un diseño acusatorio y la segunda fundado en un sistema inquisitivo con tendencia acusatoria, pero fundado en principios distintos y muy pocas divergencias entre sí¹⁸⁰.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia la prescripción de la acción penal del delito de deserción es de dos años, ya que el término de un año corresponde a un sistema penal acusatorio oral que no se ha implementado en la Justicia penal militar, y resulta disímil con el actual, precisando que no es posible aplicar disposiciones favorables de una Ley en otra, en tanto las dos no corresponden al

¹⁷⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado 46296, 05 de agosto de 2015. MP. EYDER PATIÑO CABRERA

¹⁷⁹ T.S.M. y P. Radicados 157310-005 de 10 de mayo de 2012, 157300-004 de 11 de mayo de 2012 y 157321-007 de 22 de mayo de 2012. MP. TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA

¹⁸⁰ *Ibid.*

esquema oral, tema que ha sido decantado en el tránsito de las Leyes 600 y 906, por lo tanto la aplicación del término de prescripción del artículo 76 de la Ley 1407 no es posible en la actualidad y frente a un proceso disímil como el que actualmente rige la jurisdicción castrense a pesar de que los dos ordenamientos regulan este término, la esencia de los sistemas procesales es incompatible, por lo tanto y hasta la aplicación del sistema penal acusatorio en la justicia Penal Militar no se implemente, el término de prescripción será en contentivo en la Ley 522 de 1999¹⁸¹.

A pesar de dichas aclaraciones de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior Militar, existen aún posturas en la actualidad que ratifican su interés sobre la prescripción para el delito de deserción en un año aludiendo que este efecto hace parte del derecho sustancial Penal Militar el cual se encuentra vigente y no del derecho procesal, por lo tanto su no aplicación lesiona inminentemente el principio de legalidad y señala que la prescripción de la acción penal no es un aspecto procesal, sino que constituye una garantía fundamental que limita en el tiempo el poder punitivo del Estado, tanto así que el artículo 76 ya mencionado, no se encuentra al interior del libro III correspondiente al procedimiento Penal Militar sino que hace parte del libro I de la parte general de dicho Código Militar¹⁸².

Frente a la interrupción de la prescripción del delito de deserción se mencionó en las citas anteriores que éste fenómeno ocurre con la ejecutoria de la resolución de acusación conforme a la Ley 522 de 1999 y con la Formulación de acusación según la Ley 1407 de 2010; sin embargo, a renglón seguido indican que el procedimiento frente a esta conducta se lleva bajo las ritualidades procesales disímiles establecidas en la Ley 1058 de 2006, el cual aún vigente determina el procedimiento que se debe llevar en algunos delitos como el de “desobediencia,

¹⁸¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, radicado 45632, sentencia del 15 de julio de 2015, Magistrado Ponente LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

¹⁸² MAHECHA VEGA Dubley, Procurador 32 Judicial II Penal Agente del Ministerio Público. Concepto del 15 de marzo de 2019 dentro del proceso de Deserción con radicado 15002

abandono del puesto, abandono del Servicio, abandono del Servicio de soldados voluntarios o profesionales, desertión, del centinela, violación de habitación ajena, ataque al centinela, peculado por demora en entrega de armas, municiones y explosivos, abuso de autoridad especial, lesiones personales cuya incapacidad no supere los treinta (30) días sin secuelas, hurto simple cuya cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos mensuales legales, hurto de uso, daño en bien ajeno, abuso de confianza...¹⁸³»

2.2.4 Del delito del centinela. Para los delitos abandono del puesto, abandono del servicio, abandono de soldados voluntarios o profesionales, la desertión y del centinela, es necesario precisar que el proceso se tramita bajo las ritualidades procesales establecidas en la Ley 1058 de 2006 conforme a lo estipulado por la Ley 522 de 1999, artículo 578, conocido como el procedimiento especial, el cual se creó para agilizar y descongestionar los despachos judiciales de los tipos penales militares que tienen más incidencia y menor lesividad; procedimiento que al no estar contemplado en la Ley 1407 de 2010 será inaplicable a los procesos que en un futuro se rijan por el sistema penal acusatorio en la justicia penal militar.

Respecto a los elementos del tipo penal del centinela indica la norma vigente que incurre en esta conducta “el centinela” exigiendo inicialmente que sea un miembro activo de la Fuerza Pública y que haya sido asignado para prestar este servicio, requiriendo a su vez que este realice cualquiera de las siguientes acciones durante la prestación del Servicio en mención:

- Se duerma
- Se embriague
- Se ponga bajo los efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas
- Falte a las consignas que haya recibido

¹⁸³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1058 de 26 de julio de 2006. Artículo 1.

- Se separe del puesto
- Se deje relevar por quién no está legítimamente autorizado

A su vez contempla una pena para esta conducta es de 1a 3 años de prisión para su autor.

Se debe precisar que el centinela es un servicio de vigilancia que presta el miembro de la Fuerza Pública designado por orden del día o cualquier otra disposición legal; sin embargo, hay algunos servicios que cumplen la misma labor del centinela como el puesto fijo conocido como centinelas móviles, donde su labor puede llegar a constituirse *“la acción típica de un centinela sin que se requiera el nombramiento por escrito, o una garita para la prestación del Servicio, existirán situaciones que no permiten nombramientos de esta forma y por lo tanto de acuerdo con la función desempeñada, la labor de centinela en especial las de vigilancia y seguridad, puede constituirse como tal¹⁸⁴”*, así en principio podemos decir que la diferencia entre el delito del centinela y el abandono del puesto es la función específica de vigilancia y seguridad que el primero de éstos presta y que ha sido designado por los reglamentos, de igual manera se puede señalar como diferencia de éste con el abandono del puesto a que el lugar donde se presta este último servicio es más amplio.

La anterior aclaración es válida si se tiene en cuenta que en un principio se argumentó que solo los miembros de las Fuerzas Militares podían incurrir en esta conducta y no los policías, por lo que éstos últimos solo incurrían en el delito de abandono del puesto.

Frente a las acciones de dormirse, embriagarse, ponerse bajo el efecto de sustancias alucinógenas la Corte Suprema de Justicia ha decantado que solo se

¹⁸⁴ OSPINA CARDONA Juan Gildardo y BOLIVAR SUÁREZ Marco Aurelio. Fundamentos del Derecho Penal. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Bogotá 2004. Página 165

pueden realizar en la modalidad dolosa, por lo tanto es función del operador judicial verificar que la ejecución de la acción de este injusto cumpla con este requisito de tipicidad, *“es decir que la voluntad del agente tiene que representarse en condiciones ciertas que su reticencia deliberada a cumplir con la función de custodia genera una perturbación real de carácter institucional, al margen de la materialización o no de algún resultado dañoso.”*¹⁸⁵ Por lo que tal conducta debe revestir una amenaza consciente a la fuerza perturbando el servicio.

Cuando el centinela falta a las consignas impartidas en su servicio o se separa del mismo se tiene nuevamente una infracción al servicio, esto teniendo en cuenta que como se ha señalado, el servicio del centinela se rige por lo señalado en los reglamentos de cada una de las Fuerzas, es así como el hecho de dejarse relevar por quien no está legítimamente autorizado es también una forma de incurrir en este tipo penal; y es que como lo indican los reglamentos el relevo es un servicio lleno de solemnidades y consignas que tiene como fin la vigilancia y seguridad de la unidad militar y policial, veamos:

El Reglamento de Servicio de Guarnición Militar señala en su numeral 29 que: *“...para el Servicio de cada puesto de centinela se nombran por lo menos tres turnos, los cuales se alternan en orden riguroso durante las 24 horas; en circunstancias especiales pueden autorizarse turnos de mayor o menor duración”*. A renglón seguido establece las voces de mando y la ritualidad que conlleva el relevo para señalar en el punto 31 que los *relevantes* son superiores a los centinelas, refiriéndose puntualmente a funcionario encargado de realizar el relevo, señalando posteriormente que el Comandante de Guardia es el superior inmediato de la guardia, la cual incluye a los centinelas y especifica las funciones que deben cumplir en su servicio.

¹⁸⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicado SP6020-2017 del 03 de mayo de 2017. MP. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

En la Policía Nacional la Resolución No. 9857 de 1992 que corresponde al reglamento de servicios de Guarnición define en su artículo 27 al centinela como un “*agente, armado y nombrado en un sitio, lugar o zona determinada, con misiones definidas de vigilancia y seguridad...*” señalando que “*El centinela debe mantener su arma cargada y asegurada*”, posteriormente indica que los centinelas son nombrados en dos turnos que se alternan durante las 24 horas y deben ser relevados de acuerdo al régimen interno de la unidad por el comandante o jefe que corresponda¹⁸⁶; sin embargo, posteriormente aparece el reglamento de supervisión y control con la Resolución No. 03514 de 2009, mediante el cual se regula el relevo de los centinelas el cual realiza el relevante quien es nombrado de forma permanente por un periodo de 8 horas¹⁸⁷, en el mismo sentido expone las funciones de los centinelas de la siguiente manera:

1. “Permanece en un lugar de facción asignado sin ausentarse de él durante el Servicio cumpliendo misiones de seguridad.
2. Cumple con las consignas y responsabilidades transmitidas por el Jefe de la Unidad de Información y Seguridad de Instalaciones o el Relevante de la misma.
3. En caso de detectar una amenaza o ataque terrorista contra la instalación policial, activa la alarma establecida por la unidad...
4. Atiende al público en forma cortés y lo acompaña a la dependencia que requiera visitar...
5. Controla y evita el estacionamiento de vehículos frente a las instalaciones y demás zonas aledañas que no sean parqueadero.
6. Responde por el armamento, equipos y elementos puestos bajo su responsabilidad.
7. Mantiene el orden y aseo de la Unidad...

¹⁸⁶ COLOMBIA. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Resolución No. 9857 de 9 de noviembre de 1992. Reglamento de Servicios de Guarnición. Artículo 25.

¹⁸⁷ COLOMBIA. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Resolución No. 03514 del 5 de noviembre de 2009. Reglamento de supervisión y control. Artículo 31.

8. Mantiene la disciplina en el manejo del equipo de comunicaciones.
9. Las demás relacionadas con la naturaleza del Servicio y que le asignen las Leyes y reglamentos”¹⁸⁸.

Las funciones expuestas son concordantes con las establecidas en el reglamento de servicios de Guarnición en su anexo No. 7 ya que simplemente fueron actualizados con el reglamento de supervisión y control.

Faltar al servicio de centinela, lesiona la función primordial que presta el funcionario a la seguridad y vigilancia a las instalaciones militares y policiales.

2.2.5 De la libertad indebida de prisioneros de guerra y de la omisión en el abastecimiento. Para el desarrollo de estos dos últimos tipos penales se deben realizar inicialmente algunas precisiones ya que inicialmente el Decreto de 250 de 1958 contaba únicamente con 4 tipos penales de delitos contra el servicio los cuales eran el abandono del puesto, abandono del servicio, deserción y el centinela; sin embargo, el Decreto 2550 de 1988, además de estos tipos penales amplio las conductas del abandono del puesto pero incluyó dos tipos penales más, la libertad indebida de prisioneros de guerra y la omisión en el abastecimiento, con un argumento válido para los tiempos de conflicto que se presentaban en la época y que permanecen hoy en día sin que se lleve a la fecha algún registro por parte de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar y Policial sobre algún proceso que se adelante por estas conductas.

Las características que contemplan estos tipos penales, lleva a señalar de que no cumplen con las características de los delitos de ausencia atribuidos por el Tribunal Superior Militar y Policial, esto teniendo en cuenta a que estos tipos penales no están sujetos al deber de presencia que debe tener el militar o policial para el cumplimiento de sus funciones, es así como la libertad indebida de

¹⁸⁸ *Ibíd.*, artículo 32.

prisioneros de guerra, no exige que el funcionario se encuentre presente en su lugar de facción, sino que su conducta para que sea punible consiste en dejar en libertad o facilitar la evasión de un prisionero de guerra, admitiendo la modalidad culposa; en el mismo sentido sobre la omisión de abastecimiento, no es indispensable la presencia del miembro de la Fuerza Pública en el abastecimiento, sino que exige para que sea punible el no abastecimiento en forma debida y oportuna a las tropas.

3. Capítulo III CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES DE CONDUCTA PERMANENTE Y CONDUCTA INSTANTÁNEA EN LOS DELITOS CONTRA EL SERVICIO EN LA JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

La base fundamental para el desarrollo de este capítulo consiste en determinar los diferentes conceptos planteados sobre la conducta permanente y la conducta instantánea en los tipos penales militares, conocer los efectos que su definición genera en las conductas típicas y la utilidad de esta clasificación, con el fin de determinar si la postura que ha sentado el Tribunal Superior Militar y Policial frente a los punibles contra el servicio es acertada o no.

3.1. CONCEPTOS BÁSICOS DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES DE CONDUCTA PERMANENTE Y CONDUCTA INSTANTÁNEA

La doctrina ha sido extensa al momento de clasificar los delitos de acuerdo a sus características, lo que ha incluido una variedad de categorías; sin embargo, el enfoque será estrictamente en los delitos que conforme a su alcance cronológico o por sus efectos en el tiempo, se han clasificado en delitos de conducta instantánea y conducta permanente, citando algunos conceptos presentados por la doctrina y la jurisprudencia colombiana, permitiendo afianzar una idea general que nos deje comprender las posturas que difieren actualmente en la jurisdicción castrense, su alcance y aplicabilidad frente a los delitos contra el servicio.

El Profesor de la Universidad de Palermo GIUSEPPE MAGGIORE señala como una de las especies del delito a las conductas instantáneas, permanentes y continuadas, considerando a las primeras como aquellas que se extinguen en un solo momento coincidiendo con la consumación, sin que exista la capacidad del autor de prolongarlo o hacerlo cesar, bajo tales premisas cita como ejemplos los reatos de injuria, hurto, violencia carnal, precisando que son delitos instantáneos a pesar de que sus efectos nocivos permanezcan después de la consumación;

define los delitos permanentes como aquellos donde su estado antijurídico perdura en el tiempo, aclarando que no se prolonga más allá de la consumación sino que continúa consumándose indefinidamente mientras dure el estado de ilicitud y en éste el autor si tiene la potestad de continuar o cesar la antijuridicidad. Por último, señala que tal permanencia puede ser necesaria o eventual, donde en la primera de ellas la prolongación indefinida de la acción es señalada por la ley presentando como ejemplo la renitencia a la prestación del servicio militar; y es eventual cuando el delito siendo instantáneo se prolonga indefinidamente en algunas circunstancias como en la usurpación de funciones públicas o la usura¹⁸⁹.

Agrega GIUSEPPE MAGGIORE en este texto, que los delitos permanentes tienen como elemento subjetivo la prolongación voluntaria de la acción; sin embargo, considera que esta característica es concurrente más no decisiva, ya que la ley se ocupa más de la permanencia del delito, que de la voluntad del culpable; indica además que la tentativa del delito permanente opera única y exclusivamente a los de comisión excluyendo a los de omisión y diferencia el delito permanente del instantáneo afirmando que en aquel hay una única acción que se prolonga indefinidamente en el tiempo mientras que en el delito continuado hay una pluralidad de acciones y de violaciones, cada una de las cuales tiene todas las características de un delito perfecto¹⁹⁰ y se relacionan por una intención común.

Por otra parte señala que la doctrina tiene dentro de sus clasificaciones los delitos instantáneos con efectos permanentes, sobre los cuales menciona que se distinguirían del delito típico permanente, en el sentido de que su consumación es instantánea, pero perdura el daño causado por la acción criminal (así la falsificación de documentos)¹⁹¹. Definición que considera no debe elevarse a un tipo autónomo de delito, debido a que casi todos los punibles instantáneos tienen

189 GIUSEPPE Maggiore. Diritto Penale. Traducido por el padre ORTEGA TORRES José J. DERECHO PENAL. Editorial Temis. Volumen I. Bogotá. 1954. Pág. 295

190 *Ibid.*, p 297

191 *Ibid.*, p 298

efectos permanentes, es decir, consecuencias dañosas más o menos irreparables que sobreviven a la consumación del mismo¹⁹².

Estos conceptos han sido presentados por el Tribunal Superior Militar y Policial, como argumento en algunas posturas frente a los mencionados delitos típicamente militares; sin embargo, en otros pronunciamientos de la misma Corporación han criticado la presentación de tales postulados, considerando que los términos propuestos por el profesor MAGGIORE tienen una visión naturalística y meramente objetiva de la acción, propia del esquema causal, lo que lleva a una comprensión fuera de contexto de tales preceptos.

Para COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON los delitos se clasifican por la duración de la acción lesiva en instantáneos y permanentes, considerando a los primeros como aquellos que con una sola actividad se entiende producida la lesión al bien jurídico, mientras que en los permanentes, la actividad lesiva se prolonga durante cierto tiempo para estimar cometido el ilícito¹⁹³. Esta clasificación distingue a los delitos de estado indicando que en éstos sucede que una actividad instantánea crea una situación antijurídica de duración más o menos prolongada, a lo que explica que la diferencia entre los delitos permanentes y los delitos de estado, es que en este último no se corren los efectos de la prescripción, mientras que en los delitos permanentes sí, ya que el punto inicial para realizar el cómputo de la prescripción es el momento en que la conducta típica deja de realizarse¹⁹⁴.

SANTIAGO MIR PUIG en su obra Derecho Penal, tiene su propia clasificación de los delitos, de los que señaló que tanto los delitos de resultado como los de mera actividad pueden dividirse en delitos instantáneos, permanentes o de estado, de acuerdo a la duración del estado antijurídico, ejemplificando a los primeros con el

192 *Ibíd.*, p. 298

193 COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON Tomas Salvador. Derecho Penal. Parte General I y II. Universidad de Valencia, 1981. Pág. 451

194 *Ibíd.*, p 451

punible de homicidio, ya que en éste se produce el resultado sin una situación antijurídica duradera, *contrario sensu* a los delitos permanentes, los cuales suponen el mantenimiento de una situación antijurídica duradera conforme a la voluntad del autor, es decir, que la conducta se sigue consumando hasta la culminación de la situación antijurídica. Diferencia entonces al delito de estado, pues en éste, la situación antijurídica es duradera pero la consumación cesa desde su aparición, esto debido a que el tipo solo describe la producción de la acción, como es el caso de la falsificación de los documentos¹⁹⁵. Sobre esta clasificación aclara, que sólo los delitos permanentes son los que varían el término de prescripción, el cual empieza a correr cuando cesa el estado antijurídico.

De los conceptos sobre los delitos instantáneos y permanentes, la jurisprudencia Colombiana ha acogido varias definiciones y posturas frente al tema; en algunas oportunidades, tratando de determinar sus elementos o características, y su aplicación en diferentes tipos penales, es así como en ciertos pronunciamientos precisan, en cuanto al delito de ejecución permanente, que su consumación se prolonga en el tiempo hasta cuando cesa la lesión al bien jurídico sin que su realización corresponda a un comportamiento por tramos o fracciones, así como el daño debe ser continuo en el tiempo y su prolongación se deba a la voluntad del sujeto, de esta manera se refiere al delito de secuestro como un ejemplo de ellos, ya que inicia con la realización de cualquiera de los verbos rectores, como son arrebatarse, sustraer, retener u ocultar a una persona y termina por cualquier razón material, ya sea porque se escapó o las autoridades consiguieron la liberación, pero señala que en este delito la agresión a la libertad se produce de manera constante y sin interrupciones¹⁹⁶, siendo una lesión continua y sin limitaciones

195 MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. 10° edición, editorial IB de F. Montevideo, Buenos Aires. 2016. Pág. 232.

196 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia Agosto 25 de 2010. Radicado 31407. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS. Véase también Sentencia 9 de junio de 2008. Radicado. 29.586. MP. AUGUSTO JOSE IBAÑEZ GUZMAN. Sentencia 17 de abril de 2013. Proceso 40559.

sobre el bien jurídico lo que lleva a señalarlo de ejecución permanente, y no sólo por la acción determinada de cualquiera de sus verbos.

Con el delito de desaparición forzada, se tiene una postura similar, teniendo en cuenta que tal conducta punible consiste en sustraer a una persona de la protección de la ley y privarlo de su libertad seguida de su ocultamiento y de la negación en reconocer dicho acto, lesionando transversalmente otros derechos¹⁹⁷ y es que se entiende que tal conducta tiene un carácter supremo frente a los derechos humanos, por lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 26 de noviembre de 2008, Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala, resaltó el carácter permanente que tiene este delito ya que su consumación se prolonga en el tiempo, lo que quiere decir nuevamente que la lesión al bien jurídico se mantiene durante ese lapso.

Otros son los delitos que la jurisprudencia ha definido como tipos penales de ejecución permanente, es el caso del concierto para delinquir, en el cual se ha determinado que la consumación del ilícito no se da en un solo momento, por el contrario, es continuo mientras perdura esa asociación para delinquir, de modo que la conducta se proyecta en el tiempo mientras el acuerdo se desnaturalice o deje de producir sus efectos, entendiendo el momento de su consumación desde la perpetración del último acto criminal¹⁹⁸. Otro tipo penal que ha sido catalogado de ejecución permanente es el fraude procesal, el cual se mantiene vigente

197 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia 23 de septiembre de 2019. Radicado 46382. MP. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

198 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia al 8 de mayo de 2019. Radicado 54747. MP. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. Véase también. Sentencia del 14 de marzo de 2018. Radicado. 43421. MP. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER y LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. Sentencia del 29 de agosto de 2018. Radicado 49351. MP. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. Sentencia del 31 de mayo de 2018. Radicado. 49315. Sala de Juzgamiento. EYDER PATIÑO CABRERA. Sentencia del 24 oct.2012. Rad. 35116. MP. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO. Sentencia Mayo 25 de 2011. Rad. 32792. MP JAVIER ZAPATA ORTIZ.

mientras persiste el engaño¹⁹⁹ descartando la posibilidad de que se trate de un delito continuado ya que no hace parte de su naturaleza por ser una única conducta punible²⁰⁰, es así como el fraude procesal genera una lesión al bien jurídico que se prolonga en el tiempo hasta que culmina la conducta y para este caso en concreto consiste en la permanencia del error inducido el cual sigue produciendo efectos dañosos²⁰¹.

Sin embargo, frente al fraude procesal, un estudio sobre el tema ha concluido que este tipo penal no es de conducta permanente, porque el autor no puede dominar voluntariamente la permanencia de los efectos, encontrando más afinidad con los delitos de estado, conocidos como aquellos donde el resultado previsto en el tipo penal crea una situación ilícita o jurídica entendida como el agotamiento del delito, y tiene reglas de aplicación similares a los delitos de ejecución instantánea, a pesar de que tal concepto no ha sido utilizado mayoritariamente en Colombia para la clasificación de tipos penales²⁰²; apreciaciones que resultan acertadas conforme al concepto expuesto sobre delitos de estado y de la relevancia que tiene la capacidad o voluntad del autor sobre la permanencia de los efectos, en cuanto a los delitos de ejecución instantánea.

Otra distinción que hay que precisar consiste en los delitos permanentes y los efectos permanentes del delito, para los cuales la jurisprudencia ha establecido que el primero hace referencia a la consumación del tipo penal y el segundo al agotamiento, precisando sobre el tema que la consumación está enfocada a la

199 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 26 de septiembre de 2018. Radicación 52376. MP. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.

200 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 14 de Febrero de 2018. Radicado 51233. MP. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

201 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. auto del 26 septiembre de 1995. Rad.8903. M.P. PÁEZ VELANDIA. Véase también Sentencia del 25 de agosto de 2010. Radicado 31407, Sentencia del 18 de abril de 2018. MP. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

202 MANTILLA JÁCOME Rodolfo, BAYONA RANGEL Carolina y FRÍAS RUBIO Carlos Mario. Análisis Dogmático del Tipo Penal de Fraude Procesal desde el Punto de Vista de su Contenido y su Desarrollo Jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia. Revista Temas Socio Jurídicos. Vol. 35 N° 70 Enero - Junio de 2016. Pág. 184. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35498.pdf>

ejecución de todos los elementos del tipo penal, mientras que el agotamiento está relacionado con la obtención de la finalidad o el ingrediente subjetivo dispuesto en el tipo penal, sin que esto intervenga en la tipicidad, simplemente indica su consumación²⁰³.

Oportunamente conviene traer a colación el punible de fuga de presos, cuya definición por parte de la jurisprudencia ha sido bastante pasiva al establecerlo como un delito “*en forma instantánea y produce efectos permanentes a partir del momento en que la persona legalmente privada de la libertad, desconoce la órbita de custodia impuesta por el Estado y resuelve trasladarse hacia cualquier otro lugar sin permiso o autorización expedida por la autoridad competente*”²⁰⁴, donde precisa que frente a las personas privadas de la libertad, la conducta punible se consume en el lugar donde la pena debía cumplirse²⁰⁵; nótese como tal definición se ajustaría a los llamados delitos de estado, donde a pesar de que la conducta se consume al momento de realizar el verbo, los efectos de tal acción permanecen en el tiempo.

La doctrina ha señalado frente al término de consumación que “*siempre que la ley señale generalmente una pena de una infracción, se entenderá que la impone a la consumada. Se parte aquí de un concepto formal de consumación o consumación típica*”²⁰⁶. En este sentido, se entiende que la consumación es la realización del tipo penal en todos sus elementos, vale decir, en los delitos de resultado la consumación se produce con el resultado lesivo dispuesto en el tipo; no obstante, hay delitos de consumación anticipada donde este efecto se adelanta a un

203 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 29 de agosto de 2018. MP. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

204 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. autos de 5 de mayo de 2010, 14 de marzo de 2011, 9 de abril de 2014, 10 de junio de 2015, radicados 33915, 36030, 43552 y 46093, reiterado el 7 de junio de 2017, radicado 50414; 13 de septiembre de 2017. Radicado 51123; 26 de junio de 2019. Radicado 55513

205 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. AP1174, del 27 de marzo de 2019. Radicado 54988.

206 MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría general del delito. Editorial Temis. Bogotá 1984. Pág. 180

momento anterior en tipos penales de peligro, para este caso *“la consumación no precisa la terminación o agotamiento material de la lesión del bien jurídico protegido... en los cuales la ley adelanta la frontera de la represión penal a un momento anterior a la efectiva producción de todo aquello que quiere evitar. En todos estos casos, la consumación se produce ya con la realización formal de los elementos del tipo, antes por consiguiente que el eventual agotamiento material del hecho. La consumación es pues, un concepto formal de un tipo”*²⁰⁷.

Sobre la consumación material *“el autor no solo realiza todos los elementos típicos, sino que, además, consigue satisfacer la intención que perseguía: heredar al pariente que mató, lucrarse con el delito patrimonial cometido, etc.”*²⁰⁸. Sin embargo, en cuanto a estos elementos que están fuera del tipo penal carecen de relevancia o en algunas ocasiones el tipo penal hace coincidir la consumación formal de la material. Se diferencia la consumación del agotamiento *“...pues por este se entiende que el sujeto haya logrado todos sus propósitos delictivos, esto es, que en los delitos que tienen elementos subjetivos del tipo de intención trascendente, también se haya logrado tal intención, así que en el hurto se haya logrado el lucro perseguido...”*²⁰⁹

Conforme a la teoría de acción que ha sido adoptada por el Código Penal del 2000, expuesta en su artículo 26, y para los delitos de ejecución permanente, la consumación se prolonga en el tiempo hasta cuando cesa el atentado al bien jurídico²¹⁰; sin embargo, pese a que la conducta es permanente, tiene un límite máximo para el término de prescripción, el cual se extiende hasta la resolución de acusación o su equivalente, que para el caso del sistema penal acusatorio es la

207 MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. 10° edición, editorial IB de F. Montevideo, Buenos Aires. 2016. Pág. 364

208 MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría general del delito. Editorial Temis. Bogotá 1984. Pág. 180

209 BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Lecciones de derecho penal : parte general Editorial Trotta, 2006. Pág. 388

210 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 25 de Agosto de 2010. Radicado 31407. MP. María del Rosario González de Lemos.

formulación de imputación concordando con lo estipulado en el artículo 84 de la ley 599 de 2000 y el artículo 79 de la ley 1407 de 2010.

La postura planteada en la jurisprudencia Colombiana sobre los delitos instantáneos es un poco más clara, ya que tales conductas obedecen a una ejecución y consumación en un solo momento, es así que dependen de la naturaleza de su verbo rector, y como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia en tipos penales como el de lavado de activos, el cual posee una pluralidad de conductas por lo que *“este punible no deriva su duración en el tiempo según que se haya o no extinguido el dominio de los bienes objeto del lavado, o se hayan devuelto o no al Estado, eso sería tanto como decir que el delito de hurto dura mientras a la víctima no le sea reintegrado el bien objeto material del punible”*²¹¹, señalando entonces que con la realización de cualquiera de tales acciones, la entidad dogmática se ha agotado.

3.1.1. Utilidad. La importancia de esta clasificación radica en que permite determinar el momento en que se entiende consumada la conducta punible y a partir del mismo, se comienza a contabilizar el término de la prescripción de la acción penal, además de determinar en algunos casos la competencia territorial, si existe flagrancia e incluso el día en que empieza a correr el término de la querrela.

Pero puntualmente, para el desarrollo del presente trabajo, permitirá poder sentar los bases que posibiliten determinar si los delitos contra el servicio, como el centinela, la deserción, el abandono del servicio entre otros, son delitos de ejecución permanente o instantánea, estableciendo una postura encaminada a lo que la doctrina y la jurisprudencia ha establecido para estos tipos penales junto a los postulados que en la actualidad han sido presentados por el Tribunal Superior Militar y Policial frente al tema.

211 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de Julio de 2018. Radicado 48031. MP. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

3.2. ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL PARA DETERMINAR QUE LOS DELITOS DE AUSENCIA SON DE EJECUCIÓN PERMANENTE

En este punto se presentará la postura que en la actualidad tiene el Tribunal Superior Militar y Policial sobre los delitos contra el servicio o los que ellos han denominado erróneamente delitos de ausencia, como se precisó en el capítulo anterior, ya que tal denominación corresponde a la legislación española al referirse a los delitos contra el deber de presencia; de igual manera expondrá cada uno de los argumentos con los cuales fundamentó la mentada Corporación la variación de la clasificación de tales delitos como tipos penales de ejecución permanente, cuando hasta el año 2015 fueron considerados de ejecución instantánea.

Tenemos entonces que la codificación penal militar consagra dentro del Título II los delitos contra el servicio, entre los cuales encontramos el abandono del comando y del puesto, el abandono del servicio, el abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, la deserción, del centinela, libertad indebida de prisioneros de guerra y la omisión de abastecimiento; injustos penales que fueron considerados de ejecución instantánea hasta el año 2015, donde la sala tercera del Tribunal Superior Militar y Policial, integrada por los magistrados CN. Julián Orduz Peralta, CR. Marco Aurelio Bolívar Suárez y TC. Wilson Figueroa Gómez, señaló que los delitos llamados de ausencia son de ejecución permanente, pronunciándose por primera vez frente al tema con la decisión del 24 de junio de 2015, radicado 158224, en la que se expuso de manera innovadora que los delitos como el abandono del servicio son de conducta permanente y que dicha cualidad obedece a otros tipos penales militares de esta categoría, como el abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales y la deserción²¹².

212 TSM y P. Sentencia del 24 de junio de 2015. Radicado 158224. MP. CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA

Esta decisión alude a su vez, que tal postura fue planteada en una anterior oportunidad, donde se señaló que en el delito de deserción la ejecución se prolonga en el tiempo, por lo que quien realiza la conducta y se mantiene contumaz durante ese lapso es considerado desertor hasta el momento en que define su situación militar, estado que solo se interrumpe cuando éste regresa al servicio, utilizando como argumento que el deber de presencia lo acompaña hasta la culminación de su deber patrio²¹³; igualmente, aprovecha de paso para señalar frente a este deber de presencia, que es un elemento o característica de los delitos de ausencia entendido como aquellos donde “*el fin de protección de la norma es la plena disponibilidad del militar o policial al servicio*”, lo que quiere decir que no admiten una interrupción injustificada en el cumplimiento de las tareas o funciones que cumplen los miembros de la institución castrense.

Además, otros planteamientos presentados en la decisión del 24 de junio de 2015 se fundan en el hecho de que el legislador describe la acción dentro del tipo penal como el abandonar los deberes propios del cargo por más de 5 días consecutivos y no por 5 días consecutivos. Esto permite interpretar que la acción se produce el día sexto, séptimo, octavo, por no ir más allá; en este orden de ideas, aunque la acción tiene lugar el día quinto, sus efectos se despliegan en el tiempo lesionando el bien jurídico hasta que el militar o policía se presente nuevamente a la unidad, sea aprehendido o se profiera resolución en su contra; postura que se presenta incluso contradictoria, debido a que al indicar que la acción se presenta el día quinto, entonces se está infiriendo como consumada la conducta.

Sumado a lo anterior, el pronunciamiento en mención expone que al considerar el tipo penal de abandono del servicio como un delito de conducta instantánea y que se consume en un solo evento naturalístico que coincide con el arribo de un día adicional a los cinco días de ausencia, permitiendo entender que después del

213 T.S.M. Sentencia Noviembre 26 de 2008. Radicado 155365. MP CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.

sexto día existirá una nueva lesión al servicio, es decir, que cada sexto día habrá un delito de ausencia consumado, situación que generaría un concurso real de punibles de abandono, cuya cantidad se definiría al establecer el tiempo total de la ausencia y dividirlo en seis, siendo al final más grave para el procesado; sosteniendo a su vez que de ser así, se estaría frente a una interpretación extensiva sobre el tipo penal, que no es acorde con la intención del legislador ya que éste señala claramente el término para que se entienda consumada la conducta, es una vez se cumplen los 5 días de la ausencia del funcionario y no es que este término indique el momento en que inicia la ejecución de la conducta.

A este pronunciamiento sobrevino la decisión del 14 de agosto de 2015 bajo el radicado No. 158237, donde se expone el delito de deserción como un delito de ejecución permanente en un caso relacionado con el numeral 2 del artículo 109 de la ley 1407 de 2010. Tal interpretación se deriva teniendo en cuenta el lapso contemplado para dicha conducta, el cual corresponde a la ausencia en las filas por más de cinco días como elemento del tipo definido por el legislador, indicando que una vez cumplido este término tal ausencia adquiere la trascendencia necesaria que requiere el reproche penal en virtud del principio de *ultima ratio*, por lo que un tiempo inferior al contemplado por la norma solo tiene un alcance disciplinario, lo que quiere decir que, pese a que la conducta no sea de interés para el derecho penal en los primeros cuatro días, existe una afectación al servicio²¹⁴; lo que permite inferir que según consideraciones del Tribunal Superior Militar y Policial, la conducta se realiza desde el primer momento en que el funcionario se ausenta de sus deberes, pero que solo hasta el quinto día tiene interés para el derecho penal y de ahí en adelante se ejecuta la acción hasta que cese la conducta.

En este orden de ideas, tenemos en cuanto a la acción típica, que la ausencia se ejecuta el sexto día a las 00:01 horas para el Derecho Penal, pero el servicio se ve

214 TSM y P. Radicado 158237 del 14 de agosto de 2015. MP. TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ

vulnerado a partir del primer momento en que el sujeto incumple con su obligación de presentarse a la unidad militar o policial y se sigue afectando hasta que se presenta o cuando administrativamente se desiste de su servicio, con el acto mediante el cual se retira al soldado o bachiller y no, con el solo hecho de cumplir el requisito temporal. Es así, que concluye que al sexto día se configura típicamente la deserción sin que esto quiera decir que su conducta se haya consumado por completo, ya que por el contrario ésta conducta persiste en el tiempo indefinidamente hasta que se deje de afectar el servicio, resaltando que la conducta omisiva comienza a consumarse una vez finaliza el lapso establecido por el ingrediente normativo del tipo, refiriéndose a la omisión al deber de presencia y permanencia que se estructura en el delito de deserción, precisamente frente al numeral segundo del artículo 109.

Por otra parte, entre los argumentos presentados en la providencia del 14 de agosto de 2015, se señala que conforme a la ley de reclutamiento se encuentra definido el tiempo de duración del servicio militar en cada una de las categorías, por lo tanto la lesión al servicio no puede ser únicamente los cinco días que menciona la norma, sino el periodo en el que el desertor está ausente a su deber constitucional y a pesar de que la norma prevé una atenuación punitiva para quien se presente dentro de los ocho días siguientes al quinto día de ausencia, esto solo permite inferir que la acción típica continúa ejecutándose después de los 5 días; es así que considera que cuando el artículo 111 de la ley 1407 de 2010 señala el término consumación de la conducta, esta debe entenderse dentro del marco de los delitos de ejecución permanente, con relación a que el proceso consumativo continúa ejecutándose después del quinto día y fundamenta este argumento en que si no se interpretara de ésta manera, no tendría sentido que el legislador haya señalado en el artículo en mención una atenuación punitiva si no fuera porque piensa en evitar una mayor afectación al servicio.

Indica además, que en pronunciamientos anteriores, el Tribunal Superior Militar y Policial se ha pronunciado frente al deber de presencia, el cual se lesiona de manera permanente hasta tanto el ausente de las filas no regrese a su servicio, entendiendo que quien realiza la conducta de deserción y se mantiene contumaz, permanece en él un deber de presencia que le acompaña incluso en su ausencia mientras no defina la situación militar y que solo se interrumpe cuando el agente activo regresa al servicio²¹⁵. Sin embargo, esto fue aclarado y contradicho en la sentencia del 31 de mayo de 2016 radicado 158432, donde se señala de manera tajante que el injusto de deserción es un delito de mera conducta y de ejecución instantánea, debido a que el injusto se agota cuando se cumple el requisito temporal exigido por el tipo penal y que dichos efectos no se extienden más allá del término establecido por el legislador para dicha conducta, lo contrario entonces no corresponde ni a la categoría dogmática del delito, alterando el término de prescripción, ya que modifica la acción en el tiempo junto a otros efectos procesales²¹⁶.

Además de señalar enfáticamente al delito de deserción como un delito de ejecución instantánea, en la decisión del 31 de mayo de 2016 se afirma que considerarlo de ejecución permanente vulnera el principio de legalidad, debido a que el legislador fijó un término explícito de prescripción, especialmente para este tipo penal, refiriendo para sus efectos los artículos 83 y 85 de la ley 522 de 1999 y los artículos 76, 78 y 450 de la ley 1407 de 2010, lo que indica que considerar éste delito de ejecución permanente va, no solo en contravía a la línea de pensamiento del Tribunal Superior Militar y Policial, sino que altera la voluntad del legislador.

Cuando en el pronunciamiento del 31 de mayo de 2016 se afirma que es el legislador quien transforma normativamente la estructura dogmática del delito de

215 T.S.M y P. Sentencia Noviembre 26 de 2008, Radicado 155365, MP. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.

216 T.S.M y P. Sentencia 31 de mayo de 2016, Radicado 158432. MP. CR. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA.

deserción al fijar el término de prescripción, es claro que del estudio de las diferentes codificaciones penales militares, iniciando desde el decreto 0250 de 1958, este delito siempre había tenido ese término por dos años, sin embargo la ley 1407 de 2010 modificó este lapso a un año, argumentando que es un delito de menor lesividad²¹⁷, esto significa entonces que la voluntad del legislador no es ampliar los plazos para la consumación de la conducta y por el contrario, al reducir el tiempo de prescripción de la conducta, se busca un menor desgaste de la administración de justicia para resolver este tipo de conductas de menor significado o relevancia, situación que es enfática solo para el delito de deserción ya que es el único tipo penal que cuenta con este lapso prescriptivo tan corto.

Empero, frente al término de prescripción de la acción penal para el delito de deserción, indica el magistrado TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ en su decisión del 14 de agosto de 2015 que la conducta consagrada en el artículo 109 numeral 2 de la ley 1407 de 2010 resalta que al ser un delito de omisión impropia, el autor de la conducta punible está omitiendo un deber institucional que lesiona o agrede el bien jurídico que para este caso es el servicio. Por lo tanto al considerarlo un delito de omisión, la contabilización para estos efectos se encuentran consagrados en el artículo 78 de la ley 1407 de 2010 la cual señala que la prescripción de la acción empezará a contarse, para las conductas punibles instantáneas, desde el día de la consumación, y desde la perpetración del último acto en los tentados y permanentes. Señalando a renglón seguido que en las conductas penales omisivas el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar.

217 Informe para primer debate Senado al proyecto de Ley 111 de 2006 Senado, 144 de 2005 Cámara hoy ley 1407 de 2010 visible en la Gaceta del Congreso 624 Senado del 06 de diciembre de 2006 ““Como se anota, se exceptiona el delito de Deserción respecto del cual se fija un término de prescripción de la acción y de la pena de dos años, lo que resulta comprensible si se tiene en cuenta que al servicio militar se llega de forma obligatoria, que los procesos de incorporación son de forma Permanente y continua, que este es un delito de menor lesividad pero de mayor ocurrencia, y que se ha establecido como pena para este delito un extremo de ocho meses a dos años de prisión; por lo que el Estado no puede desgastarse por espacio de cinco años, ni ser tan ineficaz para ejercitar la acción o materializar la pena, en comportamientos que se consideran de menor lesividad”.

Luego, sin más consideraciones al respecto, simplemente resalta que al razonar que el delito de deserción es de ejecución permanente, las consecuencias se reflejan directamente en el punto de partida para determinar el término de la prescripción de la acción penal, esto teniendo en cuenta que al ser un delito de ejecución instantánea se empieza a contabilizar tal término desde el sexto día a las 00:01 horas, pero al ser un delito de ejecución permanente el inicio del conteo se realiza desde el momento en que cesa la ausencia en las filas. Es así como considera que la obligación jurídica que tiene quien presta servicio militar y no se presenta dentro de los 5 días siguientes a sus superiores, no concluye ahí, sino que está sometido a un deber de presencia y permanencia que existirá hasta que se presente nuevamente a la unidad militar o se produzca su desacuartelamiento, por lo que su conducta omisiva debe regirse para efectos de la contabilización de su término prescriptivo por lo reglado por la ley.

Conviene enfatizar que la Corte Suprema de Justicia aclara frente al tiempo de la conducta punible que, según lo señala en el artículo 26 de la ley 599 de 2000, se descarta la conducta permanente de los delitos omisivos indicando que la conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción o en aquel en que debió tener lugar la acción omitida; en el mismo sentido la ley *ejusdem* no tuvo en cuenta en los mentados delitos de omisión el momento de consumación para iniciar a correr los términos prescriptivos, sino que alude aquél en que haya cesado el deber de actuar, contrario a los delitos de acción en los cuales dicho lapso se computa desde el momento de la consumación en los delitos de ejecución instantánea o a partir de la perpetración del último acto para los de ejecución permanente²¹⁸. Es conforme a esta aclaración que el magistrado TC. WILSON FIGUEROA GOMEZ consideró en su decisión del 14 de agosto de 2015, que al discurrir el delito de deserción como de ejecución permanente, el punto de partida para iniciar el cómputo prescriptivo es cuando cesa el actuar

218 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 14 de julio de 2011. Rad. 30017, MP. Alfredo Gómez Quintero.

omisivo del agente frente a la obligación jurídica de presencia y permanencia en las filas.

Es decir, que bajo los argumentos presentados para indicar que el delito de deserción es un delito de ejecución permanente, indica entonces que el término de prescripción de la acción penal inicia cuando cesa la ausencia que se da básicamente en tres casos: *i)* Cuando el desertor se presenta ante sus superiores militares respectivos de forma voluntaria o por captura judicialmente decretada; haciendo referencia a que la conducta antijurídica cesa cuando el desertor se presenta la unidad militar, porque en tal situación cumple con el deber militar de presencia y permanencia; en el mismo sentido señala que el límite del término prescriptivo es la captura, debido a que uno de los fines de la misma es impedir que se continúe realizando la conducta punible; el segundo caso consiste *ii)* En la fecha en que se produce el acto administrativo de desacuartelamiento o retiro del servicio, lo que quiere decir que si el desertor no regresa a cumplir con su obligación jurídica, la acción continuará hasta que ésta cese, lo cual se dará solo hasta tanto no se produzca el acto administrativo mediante el cual es desvinculado del servicio militar y por lo tanto extingue la obligación; y en el tercer evento para que cese la conducta plantea que se da *iii)* al momento de producirse la ejecutoria de la resolución que decretó el cierre de la etapa instructiva”, precisando que se produce solo al no darse las dos anteriores posibilidades, y que es ese preciso momento de la ejecutoria del auto que decreta el cierre de la investigación con la cual se dará inicio al término prescriptivo.

Posterior al pronunciamiento del 14 de agosto del 2015, el Tribunal Superior Militar y Policial en decisión del 28 de agosto del mismo año, con ponencia del magistrado CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, reitera la postura frente al delito de deserción como un delito de ejecución permanente señalando que esta clasificación corresponde a los delitos de ausencia como lo es también el abandono del servicio; señalando a su vez, que no se está hablando en este caso

de un delito continuado distinguiendo a los delitos de ejecución permanente como aquellos en que la acción típica puede tener o no agotamiento naturalístico en un solo momento, (delito de mera conducta) pero independientemente de ello, los efectos del injusto y del proceso consumativo se proyectan en el tiempo, lo que quiere decir que la lesión o puesta en peligro se sigue produciendo hasta que el autor de la conducta no cese o por un evento externo se dé fin a tal efecto. Esta definición que indicaría en primera medida, que para el Tribunal Superior Militar y Policial los delitos de ausencia son de mera conducta según su alcance naturalístico y de ejecución permanente según su alcance cronológico, debido a que el fin de protección de la norma para estos casos es la disponibilidad del militar o policial en el servicio, lo que en pocas palabras sería el deber de presencia en el mismo.

Por ende, la acción típica de la deserción consiste entonces en que a pesar de que esta tiene un momento específico contemplado por la norma; por ejemplo, en el numeral primero del artículo 109 de la ley 1407 de 2010 señala *“el que se ausente sin permiso por más de cinco (5) días consecutivos del lugar donde preste su servicio”*. Esta ausencia permanece en el tiempo lesionando el servicio y solo cesa al reasumir sus deberes o se profiera resolución de acusación en su contra. Sin embargo, aclara el pronunciamiento del 14 de agosto del 2015 una vez más, que estas conductas como el abandono del servicio o la deserción son conductas omisivas, para las cuales la contabilización del término prescriptivo es diferente, debido a que en estas el término comienza a correr desde que haya cesado el deber de actuar mientras que en las conductas de ejecución permanente el lapso prescriptivo parte del momento en que se ejecuta el último acto.

Partiendo de lo planteado anteriormente, se puede afirmar que para el delito de deserción, en lo que se refiere a la hipótesis conductual omisiva y por su innegable naturaleza de ejecución permanente, el último acto o el momento en que cesa el deber de actuar es el punto de inicio para el cómputo prescriptivo de la acción

penal y que se presentaría en los siguientes eventos: *i*) por regla general cuando se realicen actos positivos demostrando la cesación de la ilicitud; lo cual puede darse como se mencionó en los postulados presentados en la decisión del 14 de agosto de 2015 con la presentación del desertor a la unidad militar correspondiente; en segundo lugar se puede iniciar el cómputo *ii*) con la captura o el desacuartelamiento del contumaz, cuando se produzca antes del cierre de investigación, haciendo referencia al acto administrativo mediante el cual se desvincula al desertor de la unidad en la que prestaba su servicio o por cumplimiento de una orden judicial y, *iii*) con la ejecutoria del auto mediante el cual se cierra la investigación, cuando no se hayan dado ninguno de los anteriores presupuestos²¹⁹. Sin embargo, esta decisión aclara que al no estar implementado el sistema penal acusatorio en la Justicia Penal Militar, el término de prescripción, por ser una norma con efectos procesales, se regulará conforme a los contemplado en el artículo 86 de la ley 522 de 1999, sin perder de vista que esta regulación no contempla el término de prescripción de los delitos de omisión, por lo que se tomarán los efectos de los delitos de ejecución permanente.

Continuando con este orden de ideas, y tratando sobre la vigencia del Código Penal Militar, es necesario hacer algunas precisiones frente a la ley 1407 de 2010, debido a que esta ley iniciaba su vigencia con los delitos que fueran cometidos con posterioridad al primero de enero del año 2010, sin embargo, mediante sentencia de la Corte Constitucional C-444 del 25 de mayo de 2011, comenzó a regir a partir del 17 de agosto de 2010. No siendo éste el primer desplazamiento que ha tenido y que, como se mencionó en el primer capítulo de este trabajo, su implementación se realizará conforme al Decreto 000027 del 12 de enero de 2017, en cuatro fases iniciando con Bogotá en el año 2020 hasta el año 2023 donde la cuarta fase incluye los departamentos de Amazonas, Arauca, Caquetá, Casanare, Guainía, Guaviare, Meta Putumayo, Vaupés y Vichada.

219 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 20 de junio de 2005, radicado 19915, Magistrado Ponente ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

Sin perder de vista la postura del T.S.M y P. en la decisión del 28 de agosto de 2015 al determinar el delito de deserción consagrado en el numeral 2 del artículo 109 como una conducta de omisión, precisando frente al caso que, no todas las causales consagradas en este artículo son de omisión, ya que en la causal tercera es sin duda una conducta de acción cuando señala que es un desertor el que traspase sin autorización los límites señalados al campamento por el jefe de las tropas en operaciones militares. Sobre estas premisas, es necesario referenciar lo que la doctrina ha expresado dentro de la teoría del delito como sus formas de ejecución que son: la acción y la omisión, entendiendo por acción como todo comportamiento voluntario que realiza el ser humano y que tiene una relevancia jurídico penal. Sin embargo, es un término que se ha desarrollado en varias teorías, como la teoría causal de la acción, donde fracasa para aquellos delitos *“en los que el actuar no se traduce en ninguna clase de movimiento corporal, y en consecuencia no puede modificar el mundo físico”*²²⁰ como los delitos de omisión; nace por ello la teoría final de la acción, formulada por el alemán Hans Welzel, quien señala que *“la acción es un concepto pre jurídico existente antes de la valoración humana y por ello, precedente a la valoración jurídica. El análisis de dicho concepto muestra que lo específico del mismo no es la causalidad sino la finalidad”*²²¹, esto debido a que la acción humana se caracteriza por ser el *“ejercicio de la actividad final”*²²²; sin embargo, el concepto final *“quiebra el ámbito de los delitos imprudentes, debido a que en esta especie de delitos, el contenido de la voluntad no está dirigida al resultado”*²²³.

220 DEL ROSAL Cobo Manuel y VIVES ANTON, Tomas Salvador. Derecho Penal. Parte General I y II. Universidad de Valencia, 1981. Pág. 379

221 MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. 10° edición, editorial IB de F. Montevideo, Buenos Aires. 2016. Pág. 191.

222 Con esta definición empieza Welzel el estudio del concepto de acción en su tratado: Lb., pág. 33

223 DEL ROSAL Cobo Manuel y VIVES ANTON, Tomas Salvador. Derecho Penal. Parte General I y II. Universidad de Valencia, 1981. Pág. 382

Se tiene entonces, que como el concepto causal de acción no puede explicar los delitos de omisión y la teoría final de la acción deja por fuera a los delitos culposos, surge la teoría social de la acción, la cual busca un común denominador entre los delitos dolosos, de omisión y culposos, y así reunir en una sola categoría el concepto de acción indicando que será acción todo comportamiento humano socialmente relevante... estableciendo dos criterios... el primero de ellos la finalidad de las conductas dolosas, y la segunda versa sobre la posibilidad de la finalidad en la imprudencia y la omisión. En la imprudencia porque el hecho causado podía haberse evitado mediante la conducción final del proceso, y en la omisión, porque también el no hacer lo esperado, podía haberse evitado finalmente²²⁴. Pero la noción de acción no se detiene allí y surgen otros conceptos que intentan cubrir cada uno de los postulados conductuales del ser humano.

Entre las nociones actuales de la acción tenemos el concepto negativo de acción que considera la evitabilidad como la nota esencial de la acción, donde intentaron considerar a la acción como una variable de la omisión²²⁵. En la noción funcionalista de la acción sobre el cual Jakobs construye una noción típica de la acción y de la omisión, rechaza la disolución de los delitos activos en la omisión. Sin embargo, no logra distinguir entre la acción y la omisión porque la evitabilidad es común a la culpa y la omisión y la inevitabilidad elimina la acción y no la tipicidad²²⁶. Roxin por su parte, define el término de acción como *“lo que se produce por un como centro de acción anímico-espiritual o, más brevemente como exteriorización de la personalidad. Las acciones dolosas y culposas son exteriorizaciones de la personalidad, al igual que las omisiones”*²²⁷.

224 MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. 10° edición, editorial IB de F. Montevideo, Buenos Aires. 2016. Pág. 193

225 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial EDIAR. Buenos Aires. 2005. Pág. 331

226 *Ibíd.*, p 332

227 *Ibíd.*, p 333

De la omisión se puede señalar que puede ser propia e impropia, pero existen cuatro diferencias fundamentales entre las mismas, inicialmente se tiene que la omisión propia siempre estará consagrada en la parte especial del código y el autor realiza la conducta en ella expresada, mientras que en la impropia el autor no cumple con el deber impuesto en la norma; es decir, con la posición de garante siendo este un deber genérico; en segundo lugar se puede mencionar que los delitos de omisión propia son exclusivamente dolosos, mientras que en la omisión impropia pueden ser dolosos y culposos; como tercera diferencia encontramos que los de omisión propia son delitos de mera conducta, los de omisión impropia son de resultado, y por último, tenemos que en los delitos de omisión propia el sujeto activo es calificado, y en los de omisión impropia no. Por lo que una vez establecidas estas diferencias, es fácil señalar que el delito de deserción tiene entre sus cinco causales cuatro de omisión propia y solo la causal tercera es una conducta de acción.

La importancia de los presupuestos expuestos sobre el término de acción y omisión, radica en que según la forma en que se ejecute la conducta, se establece el momento en que se consuma la misma conforme a lo estipulado en la ley 1407 de 2010, en su artículo 78, el cual consagra la iniciación del término de prescripción señalando que para las conductas instantáneas se produce desde el momento de la consumación; es decir, una vez la acción agota todos los elementos del tipo, y frente a los delitos de omisión señala que se partirá desde el instante en que cesa el deber de actuar.

En resumen, según los argumentos presentados por la sala tercera de decisión del Tribunal Superior Militar y Policial integrada por los magistrados CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA y TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ en las decisiones bajo los radicados 158224, 158237 y 158236, para señalar los delitos de ausencia como delitos de ejecución permanente, son:

- Indican que los delitos de ejecución permanente son aquellos en los que el injusto o el proceso consumativo del mismo, se prolonga en el tiempo lesionando el bien jurídico protegido por la norma hasta tanto su autor decida no hacerlo o que por una situación externa finalicen sus efectos.
- Los delitos de ausencia tienen como característica principal el cumplimiento del deber de presencia que tienen el uniformado en la prestación de su servicio, por tanto, su incumplimiento afecta el bien jurídico hasta tanto cese esa omisión en el cumplimiento de su deber, lo que se producirá cuando se presente nuevamente a la unidad militar o cuando su situación haya sido definida.
- Respecto al deber de presencia que se ve afectado con la ausencia del militar o policial por el tiempo real en que éste no se encuentre cumpliendo con su servicio, señala que a pesar de que la norma presente un término definido de cinco días o según sea el caso para cada uno de los delitos contra el servicio, esta omisión se prolonga en el tiempo más allá del lapso estipulado adquiriendo interés para el derecho penal, y solo hasta el 5° día será competencia del derecho disciplinario.
- Al considerarlos delitos de conducta instantánea, se estaría frente a un concurso homogéneo de delitos ya que cada sexto día se tendría consumada la acción típica.
- Indica que los delitos de ausencia son de mera conducta por su alcance naturalístico, pero de ejecución permanente por su alcance cronológico.

Una vez expuesta la postura de la sala tercera de decisión del Tribunal Superior Militar y Policial frente a los delitos de ausencia como de conducta permanente, se pronunció la sala segunda de decisión integrada por los magistrados: MY. JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME, BG. MARÍA PAULINA LEGUIZAMÓN ZÁRATE y CR. FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS bajo el radicado 158263 del 30 de

octubre de 2015²²⁸ señalando algunos parámetros para determinar si el delito de deserción puede ser catalogado como de ejecución permanente; indicando en primer lugar que es necesario que se pueda inferir de la técnica de redacción o descripción del tipo penal que el legislador consagró en la ley, que se trata de un delito de ejecución permanente. Concluyendo sobre este requisito que se está frente a un tipo penal compuesto debido a que, con pluralidad de comportamientos, se puede ejecutar de manera autónoma e independiente la consumación del tipo objetivo penal que protege el servicio, el cual es exigido a la Fuerza Pública de manera permanente e ininterrumpida para el cumplimiento de su fin constitucional; es así, que dentro del primer numeral consagrado para el delito de deserción se tiene la expresión "*por más de cinco (5) días consecutivos*" introduciendo el legislador una circunstancia temporal que le imprime ese carácter de conducta permanente. Por lo tanto, considera la sala segunda en este pronunciamiento que a pesar de que la ley fija un momento de consumación inicial de la conducta punible, ésta permite que ese estado antijurídico se prolongue en el tiempo hasta tanto la ausencia del funcionario persista.

En segundo lugar, requiere que en su estructura, la conducta típica persiste en una fase consumativa más allá de su consumación inicial. Puntualizando que efectivamente en la estructura de la conducta típica estipulada para el delito de deserción; es decir, una vez cumplidos los cinco días la ausencia persiste, lo que quiere decir que la fase consumativa va más allá de su consumación inicial, en la medida en que la conducta se prolonga en el tiempo sin que se produzca una segmentación de la acción, como ocurre con el delito continuado²²⁹.

En el tercer criterio, exige que la consumación de la conducta punible típica se prolongue de manera indefinida en el tiempo, de manera continua e

228 TSM y P. Radicado 158263 del 30 de octubre de 2015. MP. MY. JOSE LIBORIO MORALES CHINOME

229 T.S.M. y P. Sentencia del 30 de octubre de 2015. Radicado 158263. MP. MY. JOSE LIBORIO MORALES CHINOME

ininterrumpida. De este requisito considera claro que la ausencia que realiza el desertor se prolonga en el tiempo de manera continua e ininterrumpida hasta tanto cese tal acción, ya sea de manera voluntaria o por un factor externo que sea ajeno a la voluntad del sujeto activo; por lo tanto, no se trata de una pluralidad de acciones u omisiones, sino de una sola acción u omisión, circunstancia que le imprime esa condición de ejecución permanente.

El cuarto punto demanda que la lesión o peligro del bien jurídico persista en el tiempo por voluntad del sujeto activo, hasta cuando este decida cesar la acción u omisión. Advierte entonces, que la lesión o peligro al servicio persiste en el tiempo mientras exista la ausencia del uniformado, siendo así como se reduce el número de efectivos disponibles para el cumplimiento de las tareas, actividades o misiones asignadas a la unidad militar o policial.

Por último, solicita que los bienes jurídicos que protege el delito, sólo sean susceptibles de menoscabo, deterioro, mengua, riesgo o peligro, no de supresión, destrucción, exterminio o eliminación. Considerando frente a tal postulado, que para el caso de la deserción el bien jurídico que protege la norma en este caso no desaparece, pero sí lo menoscaba, deteriora, mengua, lo coloca en riesgo o peligro porque se disminuye el pie de fuerza disponible para cumplir con las misiones encomendadas por la Constitución y la Ley, esto teniendo en cuenta que por su ausencia se exige a sus compañeros un mayor esfuerzo para suplir con el servicio del desertor.

Concluyó entonces en su momento tal pronunciamiento, que el delito de deserción es un delito de ejecución permanente ya que cumple con las exigencias expuestas por la doctrina y la jurisprudencia para adquirir esta condición.

Es relevante señalar que la tesis expuesta en los pronunciamientos referidos hasta el momento, sobre los delitos contra el servicio como delitos de ejecución

permanente, hace parte hoy en día de la posición mayoritaria del Tribunal Superior Militar y Policial, lo que ha llevado a que otras instancias de la jurisdicción como las Fiscalías Penales Militares ante el Tribunal Superior Militar y Policial se pronuncien sobre el tema planteando como problema jurídico la siguiente pregunta ¿Ha sido modificado por parte del Tribunal Superior Militar y Policial, el criterio hermenéutico utilizado para contabilizar la iniciación del término de prescripción de la acción penal militar para el delito de deserción?²³⁰ Del cual aclara que tal postura fue acogida por el Tribunal Superior Militar y Policial bajo los siguientes pronunciamientos: radicado N° 158237 del 14 de agosto de 2015 Magistrado Ponente TC.WILSON FIGUEROA GÓMEZ, radicado 158236 del 28 de agosto de 2015, Magistrado Ponente CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ; radicado 158206 del 2 de septiembre de 2015 Magistrado Ponente CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA; radicado 158263 del 30 de octubre de 2015 Magistrado Ponente MY (R) JOSÉ LIBORIO MORALES CHINOME y posterior a estos pronunciamiento otros más coinciden con este criterio jurídico, entre los que se cuentan los radicados 158757 de fecha 24 de noviembre de 2017 y 158633 del 14 de junio de 2017 Magistrado Ponente TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ, sin perder de vista que en la actualidad dicha Corporación se encuentra integrada únicamente por tres magistrados, quienes defienden la postura de considerar los delitos por ellos denominados de ausencia, como de ejecución permanente.

Por otra parte, se tiene que las decisiones emitidas por el Tribunal Superior Militar y Policial, como órgano de mayor jerarquía, conforman el criterio orientador dentro de la jurisdicción castrense por lo que a la fecha, el considerar el delito de deserción entre otros delitos consagrados contra el servicio como delitos de ejecución permanente, es la postura mayoritaria y bajo ese entendido se resuelven actualmente los conflictos que se suscitan entre los sujetos procesales y demás instancias de esa jurisdicción; y es ante estas situaciones para las cuales se

230 Fiscalía Segunda ante el Tribunal Superior Militar y Policial. 11 de mayo de 2018. Radicado 14915. Fiscal CF. CARLOS ALBERTO MADRID CUELLAR.

adicionó al artículo 203 mediante el artículo 6 de la ley 1765 de 2015 la cual dispuso en su párrafo que “*cuando sobre un mismo asunto existan discrepancias entre diferentes salas de decisión, la Sala Plena del Tribunal se constituirá en Sala Única de Decisión asumiendo la función jurisdiccional a efectos de unificar el criterio, conforme al procedimiento que disponga el reglamento interno de la corporación*”; pero tal actividad no ha podido realizarse debido a que el Tribunal se encuentra integrado solo por tres de los doce magistrados que deberían conformarlo.

No obstante, y a pesar de que en la actualidad tal postura sea mayoritaria en las condiciones en que se encuentra integrado el Tribunal Superior Militar y Policial, en su pronunciamiento inicial, tales postulados no fueron acogidos de forma pacífica ya que, además de la decisión del radicado No. 158432 mencionada anteriormente, se suma el salvamento de voto presentado por la magistrada TC. (RA) NORIS TOLOZA GONZÁLEZ frente al pronunciamiento del 16 de febrero de 2017 bajo el radicado 158586 en el que se señaló que la acción penal de la investigación que se lleva por el delito de deserción no se encuentra prescrita por considerarlo un delito de ejecución permanente, por lo que al discrepar con tal postura manifiesta que, en primer lugar, considera como lo han hecho los pronunciamientos mencionados que el legislador le imprimió el carácter de conducta permanente al tipo penal de deserción con la expresión “*por más de cinco (5) días consecutivos*²³¹” es una afirmación que además de extender o prolongar la acción, crea una incongruencia entre lo que protege en realidad la norma y en el mismo sentido y frente a cada uno de los postulados presentados por el Tribunal Superior Militar y Policial, expresa que:

- La norma señala claramente el término para que se produzca la consumación de la conducta; es decir, que transcurridos los cinco días de la ausencia del militar se comete la conducta punible y no es que a partir de

231 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1407 de 2010. Artículo 109

esos cinco días estamos frente a una consumación inicial de la conducta típica.

- Apreciar el delito de deserción como un delito de ejecución permanente atenta contra la seguridad jurídica, ya que cada Juez tomará una postura frente a la prescripción y se vulnera el principio de igualdad, ya que existirían situaciones fácticas similares con soluciones distintas.
- No hay una vulneración o lesión al bien jurídico de manera en que persiste la ausencia, ya que la función que debía cumplir el desertor, es suplida casi de inmediato por otro de sus pares.
- No se puede confundir el delito permanente con el delito instantáneo de efectos permanentes. En el primero, lo que se prolonga no es el efecto del delito sino el estado de la consumación. En el segundo, la consumación es instantánea pero los efectos son más o menos largos²³², por lo que la deserción será instantánea aunque sus efectos permanezcan después de su consumación.
- El bien jurídico protegido es el servicio, no la presencia de quien presta el servicio, por lo que la acción se consuma una vez su ausencia cumpla con los términos señalados por la norma; es decir, una vez transcurridos los cinco días.
- A pesar de que es cierto que en los delitos contra el servicio se sanciona el no cumplir con el deber de presencia, la ausencia entonces lesiona el bien jurídico; sin embargo, para ello el legislador estableció un límite para la consumación de cada delito que para la deserción es de 5 días y conforme a la ley vigente penal militar 5 días para el abandono del servicio.
- Además, también es errado afirmar que al considerar la deserción como un delito de ejecución instantánea, se comete una deserción cada sexto día, ya que la norma señala que comete el delito de deserción quien se ausente

232 Comentarios al Código Penal Colombiano, Antonio Vicente Arenas, tomo I, parte general, página 76, editorial Temis

sin permiso por más de cinco días, por lo que la acción de ausentarse no se realiza cada vez que transcurran 5 días.

- Frente a la cita del profesor Italiano Giuseppe Maggiore donde utiliza como ejemplo el delito de reticencia al servicio militar al referirse a los delitos permanentes, delito que se utiliza en los pronunciamientos de radicado 158224, 158236 y 158237 asemejándolo al delito de deserción sobre lo cual precisa "...el delito "renitenza" en Italia consiste en: "renitenza alla leva, il reato in cui incorre chi, senza giusto motivo, non si presenta alla chiamata di leva nel giorno stabilito" lo que en nuestro idioma significa evadir el reclutamiento, la falta cometida por aquellos que, sin causa justificada, no se presenta en el militar el día señalado. Muy diferente al delito de "diserzione" establecido en el artículo 148 del Código penal militar de paz (Regio decreto n. 303/1941) que ocurre cuando se inicia el militar, se ausenta y no regresa²³³".
- En Colombia la reticencia al servicio militar es lo que conocemos como remiso, conducta que efectivamente es de carácter permanente ya que se prolonga hasta que la persona se presente a prestar el servicio militar.
- De igual manera señala que, comparar estos delitos italianos que atienden a necesidades de la primera y segunda guerra mundial es descontextualizada, además en Italia ya no existe el delito de deserción desde el año 2005.
- Defiende entonces la tesis planteada hasta el año 2015 donde se entendía al delito de deserción como un delito de ejecución instantánea, teniendo en cuenta que de la redacción del tipo penal se puede inferir que una vez transcurridos los 5 días la conducta punible queda consumada y es desde ese momento en que se inicia el cómputo para el término de la prescripción.

233 Salvamento de voto. Radicado No. 158586 del 16 de febrero de 2017. Magistrada TC. (RA) NORIS TOLOZA GONZÁLEZ

Este salvamento de voto demuestra que cuando el Tribunal Superior Militar y Policial modificó la postura frente a los delitos contra el servicio o los denominados por éste como delitos de ausencia, no fue una postura pacífica, sin perder de vista que los argumentos presentados dentro del pronunciamiento de radicado No. 158432 y por este salvamento de voto, son en su mayoría acertados, porque resulta que los tipos de conducta permanente respecto a los delitos de conducta instantánea tienen una distinción que no ha sido tenido en cuenta por el Tribunal Superior Militar y Policial que es el dominio que se tiene sobre la vulneración que se realiza sobre el bien jurídico tutelado, ya que si el funcionario cumple el término estipulado por la norma para cualquiera de las conductas contempladas contra el servicio, se puede afirmar en ese preciso momento que ha consumado el delito, siendo que el término establecido por la norma tiene otras finalidades como entre ellas, permitir al superior reemplazar a quien se ausentó del servicio, existiendo desde ese instante una afectación a la Fuerza Pública y una vez realizada la sustitución se entiende subsanada la afectación al servicio.

Y es que las normas penales militares se diseñaron pensando en la capacidad de reacción que tiene la Fuerza en repeler cualquier acción enemiga, la cual exige una actuación inmediata que evite el debilitamiento de la fuerza y así permanecer disponible ante cualquier tipo de agresión que se presente dentro del territorio nacional; por lo tanto, el Tribunal Superior Militar y Policial ha desnaturalizado los tipos penales contra el servicio al señalarlos de conducta permanente y equiparándolo a los tipos penales españoles que evidentemente tienen un fin diferente.

3.2.1. Efectos de la postura del Tribunal Superior Militar y Policial (TSMP) al determinar los delitos de ausencia de ejecución permanente. La postura anteriormente expuesta y presentada por el Tribunal Superior Militar y Policial sobre la clasificación de algunos tipos penales como delitos de ejecución permanente, específicamente a los delitos consagrados contra el servicio como el

abandono de comando, abandono del servicio, abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, deserción en cuanto a las causales consagradas en los numerales 1, 2, 4 y 5, concretamente, tiene muchos opositores siendo una de las principales razones por las cuales se tiene como tema de estudio en el presente trabajo. Inicialmente tenemos que la diversificación de postulados frente a la ejecución de los delitos típicamente militares en mención, trae consigo un problema de seguridad jurídica como principal consecuencia, generando a su vez grandes secuelas frente a su fenómeno de prescripción, sin perder de vista que los delitos de abandono del servicio, abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales y la deserción, en la actualidad cuentan con un procedimiento especial contemplado en la ley 1058 de 2006.

Se tiene entonces que, al definir el delito de deserción como un delito de ejecución permanente, su término de prescripción no inicia a contabilizarse desde el día sexto a las 00 horas, como estuvo planteado durante su creación, sino que ha propuesto el Tribunal Superior Militar y Policial, tres situaciones que se deben tener en cuenta para el inicio de este cómputo y que en dicho orden se debe aplicar, teniendo en primer lugar la presentación del desertor a la unidad militar o su captura, el acto administrativo de desacuartelamiento o la ejecutoria de la resolución del cierre de la investigación.

Dicho planteamiento no ha tenido gran acogida en todos los despachos de primera instancia, quienes consideran que éstos delitos son de ejecución instantánea y es el tratamiento que les dan, por lo que tenemos procesos en los que se profiere cesación de procedimiento en primera instancia una vez cumplido el término de prescripción de los dos años y al no ser apelados por los sujetos procesales, simplemente se finiquita su actuación procesal en dicha circunstancia, como un delito de ejecución instantánea. Por el contrario, puede entonces darse que en primera instancia se profiera cesación de procedimiento por cumplirse el término de la acción penal pero al ser apelada tal decisión, acogiendo los planteamientos

presentados por el Tribunal Superior Militar y Policial que presenta la acción típica de ejecución permanente, el proceso con similar situación fáctica al anterior tendría un tratamiento distinto, reconociendo en su conducta la permanencia de la acción y prolongando el fenómeno de prescripción.

Tendríamos entonces que frente a situaciones completamente similares, respuestas disímiles, resolviendo el primer caso como una conducta de ejecución instantánea con sus consecuencias y un segundo caso de la misma conducta típica pero considerada como delito de ejecución permanente. Para la Corte Constitucional la seguridad jurídica implica que *“la interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria de la realización de un orden justo y de la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite”*²³⁴ para lo cual se requiere de un esquema jurídico cohesionado que debe cumplir estrictamente con las exigencias requeridas para poder modificar o apartarse del precedente²³⁵ ya que esta tiene como finalidad garantizar la estabilidad de las decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad²³⁶.

En el año 2015, el Tribunal Superior Militar y Policial estuvo integrado por nueve magistrados, quienes en su oportunidad pudieron presentar algunos argumentos para desvirtuar la tesis presentada por la sala tercera conformada por el señor CR. MARCO AURELIO BOLÍVAR SUÁREZ, CN. JULIÁN ORDUZ PERALTA y TC. WILSON FIGUEROA GÓMEZ; sin embargo, actualmente es la única sala vigente en el Tribunal, encontrándose acéfalas las demás salas desde el año 2016, por lo que el tema no ha tenido la oportunidad de ser discutido en debida forma, lo que

234 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SU072-18. 05 de julio de 2018. MP. JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

235 Sentencias SU-049 de 1999, C-774 de 2001, C-836 de 2001, C-029 de 2009, C-332 de 2011, T-394 de 2013, SU-515 de 2013, C-500 de 2014 y C-284 de 2015.

236 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-284 del 13 de mayo de 2015. MP. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

quiere decir que en la actualidad y desde el año 2016 el Tribunal Superior Militar y Policial está conformado únicamente por los magistrados que otrora integraban la sala tercera y su postura sobre los delitos de ausencia como delitos de ejecución permanente no ha tenido la oportunidad de ser debatida.

Aunque no esté de acuerdo con esta postura, las fiscalías penales militares ante el Tribunal Superior Militar y Policial, por garantizar la seguridad jurídica de las decisiones proferidas en segunda instancia, han acogido la tesis, señalando que es la postura mayoritaria que tiene actualmente el órgano de mayor jerarquía dentro de la jurisdicción castrense, por lo que sus decisiones deben ser acogidas como criterio orientador en las decisiones que a futuro proyecten los operadores judiciales de primera instancia, y aunque la tesis implementada por la sala tercera de decisión del Tribunal no fue acogida por la totalidad de los magistrados que conformaban este máximo órgano, en la actualidad y al estar conformado el Tribunal por la única sala de decisión es la posición mayoritaria.

3.3. DESARROLLO SOBRE LOS DELITOS CONTRA EL SERVICIO DETERMINADOS COMO DELITOS DE CONDUCTA INSTANTÁNEA

Desde su creación, los tipos penales de abandono de comando, abandono del servicio, abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales y la deserción eran considerados de ejecución instantánea, en este sentido se entendía que se configuraba la conducta punible cuando el comandante, jefe o director, no ejercía las funciones propias de su cargo apenas transcurrieran las 24 horas consecutivas de su falta, con relación al abandono de comando, en similares condiciones se entendía la consumación de la conducta para el tipo penal de abandono del servicio, solo que dicho abandono debía producirse pasados los 5 días consecutivos con la ley 1407 de 2010 modificando la legislación anterior la cual consagraba un término de 10 días, para el caso del

abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, la ausencia no está demarcada por un término concreto por lo que tal tipo penal se entendía estructurado al notar el abandono del soldado voluntario o profesional por cualquier tiempo, sin perder de vista la conducta que este tipo penal consagra en el inciso segundo el cual se entiende ejecutado y consumado al pasar el término del quinto día; por último, frente al delito de deserción, los numerales 1, 2 y 4 indican que la conducta se estructura al pasar el 5° día de ausencia y en relación con el numeral 5, la conducta reviste de un término de 30 días para que quien se encontraba prestando el servicio sea tomado como prisionero de guerra y recobre su libertad y dentro de este lapso no se presente ante autoridad consular o no regrese al país, también se da si una vez ha regresado al país no se presenta dentro de los 5 días siguientes ante autoridad militar. Por lo anterior, se referenciarán los principales pronunciamientos en los cuales se trataron tales conductas como delitos de ejecución instantánea.

3.3.1. Jurisprudencia. El tratamiento que habían tenido los delitos contra el servicio hasta el año 2015 fue siempre como delitos de ejecución instantánea, así lo dejan ver algunos pronunciamientos del Tribunal Superior Militar y Policial donde señala que para contabilizar el término de prescripción en el delito de deserción se tomará el momento en que se agota la conducta, lo cual conforme a la norma sería exactamente a partir del primer minuto del sexto día, lo cual es aplicable para cada uno de los casos que especifica como término de consumación *más de cinco días*, es el caso del delito de abandono del servicio, abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales en su inciso segundo y los numerales, 1, 2, 4 y 5 para el delito de deserción.

Frente a este último, en decisión del 24 de febrero de 2010, el Tribunal Superior Militar y Policial, señala de manera literal que el delito de deserción es un delito de ejecución instantánea, lo que quiere decir que para contabilizar el término de la prescripción de la acción penal se inicia desde la realización de la acción descrita

en el tipo penal, que para este caso está contemplada en 5 numerales, “*lo que quiere decir, que si el agente sobrepasó el término fijado en cada una de las hipótesis, en ese momento agotó el tipo penal, y es en esa fecha cierta que empieza a correr el término prescriptivo de cada una de las hipótesis, en ese momento agotó el tipo penal*”²³⁷. Tal pronunciamiento señala además que el delito de deserción no es una conducta de ejecución permanente como lo es el delito de rebelión, el cual inicia la contabilización del término de prescripción a partir de la perpetración del último acto o cuando deja de cometer la conducta, diferencia que radica en que el bien jurídico de este último protege el régimen constitucional y legal, el cual se ve afectado de manera permanente mientras la persona mediante el empleo de armas pretenda derrocar al gobierno nacional²³⁸. Lo cual infiere que es una situación ilícita que se prolonga en el tiempo atendiendo a su fin.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia había presentado con claridad que el tipo penal de deserción es un delito de ejecución instantánea, “*al estimar que con la simple materialización de la conducta exigida por la Ley, se produce la perfección y agotamiento del tipo*”²³⁹ especificando que la consumación de la conducta procede estrictamente en el momento que dicta el tipo penal, es decir, una vez cumplidos los 5 días, en el mismo sentido expresa que dicha situación opera para cada uno de los casos previstos dentro del tipo penal.

Expresa entonces la Corte en tal pronunciamiento del 14 de marzo de 2002 que, con referencia al primer numeral consagrado en el tipo penal de deserción, la ausencia sin permiso por más de cinco días consecutivos estructura la conducta; es decir, en el primer minuto del día sexto; el segundo evento consiste en que quien está prestando servicio, no se presente a los respectivos superiores dentro

237 TSM y P. Radicado156301, Providencia del 24 de febrero de 2010, MP. MY. (R) MARYCEL PLAZA ARTURO.

238 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 del 24 de julio de 2000. Artículo 467

239 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 14 de marzo de 2002. Radicado 9921.M.P.CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE.

de los cinco días siguientes a la fecha en que debía presentarse por alguna situación administrativa como un permiso; en el tercer suceso se indica que basta con traspasar los límites señalados al campamento por el jefe de la tropa, indicando sin duda que la conducta se realiza en ese único momento; el numeral cuarto hace referencia al prisionero de guerra que al recobrar su libertad no se presente a la unidad militar en los términos consagrados en los numerales anteriores y por último, se da cuando el prisionero de guerra recobra su libertad en territorio extranjero y no se presenta a la autoridad consular dentro de los 30 días siguientes o, una vez ha regresado al país, no se presenta ante autoridad militar dentro de los 5 días. De esta manera reitera la Corte Suprema que el legislador concedió plazo para cada uno de los eventos, con el cual se logra la perfección y el agotamiento de la conducta punible²⁴⁰.

Aclara por último la Corte Suprema de Justicia sobre el momento consumativo del delito de deserción que, debido a su naturaleza y las características que se desprenden de su configuración típica, este tipo penal es una infracción contra el deber de presencia, entendiéndose por esto que se reprocha con tal conducta el abandono que realiza quien se encuentra prestando el servicio militar, donde sirven como criterios reguladores dos factores objetivos que son el tiempo y el espacio, refiriéndose a la ausencia en periodos o distancias, permitiendo determinar el momento consumativo de la conducta *“en unos casos es la evasión sin autorización del lugar de la prestación del servicio, en otros el no regreso al mismo después de licencia o permiso, o de haber recobrado la libertad dentro del territorio nacional o en el extranjero, o el traspaso de los límites del campamento”*²⁴¹.

240 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 14 de marzo de 2002. Radicado 9921.M.P.CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE.

241 Ibíd.

Una vez expuesta la postura de la sala tercera de decisión del Tribunal Superior Militar y Policial, frente a los delitos de ausencia como delitos de conducta permanente, existió la oportunidad para presentar posturas contrarias, en el caso específico se puede mencionar la decisión proferida por la sala cuarta de decisión del mentado Tribunal, bajo el radicado No. 158432 del 31 de mayo de 2016, el cual indica de manera contundente que el delito de deserción no es un delito de ejecución permanente señalando que esta nueva postura sobre el delito de deserción desconoce el precedente horizontal del Tribunal, quien sobre la consumación de este delito ha indicado en anteriores pronunciamientos que el proceso ejecutivo del delito de deserción ha sido establecido por el legislador con el ingrediente normativo “*más de cinco días*” remitiéndose a los artículos 67 y 68 del Código Civil Colombiano y artículos 59 y 61 del Código de Régimen Político y Municipal donde se consigna que “*Todos los plazos de días, meses o años, de que se hagan mención legal, se entenderán que terminan a la media noche del último día de plazo. Por año y por mes se entiende los del calendario común, y por día el espacio de veinticuatro horas*”²⁴².

La postura del delito de deserción como un delito de ejecución permanente ya fue planteada en México, presentando una contradicción de tesis entre el Segundo y el Noveno Tribunal Colegiado en materia penal del primer circuito por lo que conoce inicialmente el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito el amparo directo penal 223/2010 donde se definieron los siguientes hechos:

El día 23 de diciembre de 2008, el teniente de fragata del Servicio de Sanidad Naval no contestó presente cuando pasaron lista en el hospital, por lo que se consideró que había faltado al servicio, continuando esta situación los días 24, 25 y 26 de diciembre de 2008; se tuvo conocimiento del Teniente hasta el 22 de

242 TSM y P. Sentencia del 06 de febrero de 2009. Radicado 154849 MP. CAMILO ANDRÉS SUÁREZ ALDANA

enero del 2009, cuando se volvió a presentar. Por este motivo el Teniente fue detenido el 12 de marzo de 2009 y encontrado penalmente responsable en calidad de autor del delito de deserción en sentencia del Juzgado Segundo Militar adscrito a la Primera Región Militar, confirmado por el Supremo Tribunal Militar.

Ante esta situación se da origen al amparo directo penal 223/2010 conocido por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito negó las pretensiones del Teniente porque éste no justificó las inasistencias, lesionando el bien jurídico “*la existencia y seguridad del Ejército*” entendido como “*la correcta integración de las unidades del instituto armado*”, por lo que inicialmente consideró que la conducta lesiva era la de deserción en actos del servicio, dejando de desempeñar un servicio designado, el cual es necesario para el funcionamiento militar y asegura que al consagrar la denominación de servicio en el tipo penal, no hace referencia que el funcionario debe estar prestando algún servicio, sino que hace referencia a que debe encontrarse activo como miembro de la institución militar; por último puntualiza que el verbo regulador del delito de deserción es faltar, pero los verbos de los delitos de abandono del servicio y el de deserción estando en servicio con abandonar o separarse, y por lo tanto estableció que la conducta del sentenciado fue la de faltar por tres días a sus labores, es decir, deserción²⁴³.

Por su parte el Noveno Tribunal Colegiado del Primer Circuito resolvió el amparo directo penal 374/2009 donde se tiene como hecho principal que el Capitán Primero de Infantería Diplomado de Estado Mayor no contesto el presente al pasar a lista al personal del Cuartel General de la Séptima Zona Militar el 2 de marzo de 2009, tal conducta se repitió los días 3 y 4 completando así las tres faltas consecutivas a su cargo sin que se conociera justificación alguna por su conducta;

243 MÉXICO. Noveno Tribunal Colegiado del Primer Circuito. Amparo directo penal 374/2009. Disponible en: <https://sif.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=22951&Clase=DetalleTesisEjecutorias>

ante esta conducta el Tribunal en mención otorga el amparo al quejoso bajo las siguientes consideraciones: en principio indica que no se acreditó la responsabilidad del ilícito de deserción, teniendo en cuenta que el elemento normativo es faltar al servicio, y que no es posible imputar tal delito sino estaba asignado a un servicio determinado para el momento en que se le imputa haber desertado²⁴⁴.

Una vez se consideró que existe una contradicción de tesis en los Tribunales Colegiados de Circuito, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronuncia frente a la diferencia de los criterios denunciados concluyendo que el delito de deserción lo comete el oficial de las fuerzas armadas que no se presente durante tres días consecutivos a la unidad que le corresponde; por lo tanto, no se requiere tener asignada una labor concreta sino que simplemente falte al deber de presencia en la unidad asignada, concretando que el tipo penal tiene como finalidad proteger el bien jurídico que consiste en la existencia y seguridad del Ejército pero concretamente la presencia de los militares en las unidades y la efectiva prestación del servicio, fundamentada en la permanencia y disponibilidad del oficial en el servicio. Por lo tanto, la conducta de ese tipo penal se agota con la falta de servicio durante tres días consecutivos, sin que exija un específico perjuicio en la organización militar²⁴⁵.

Frente a esta postura el amparo directo 7223/59 del 18 de abril de 1960 había considerado en su momento que *“El delito de deserción es de consumación instantánea, si se atiende a que en el momento de desertar el infractor alcanza su propósito de liberarse de la obligación militar y, por otra parte, el Ejército estuvo en*

244 MÉXICO. Noveno Tribunal Colegiado del Primer Circuito. Amparo directo penal 374/2009. Disponible en: <https://sif.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=22951&Clase=DetalleTesisEjecutorias>

245 MÉXICO. Tribunales Colegiados de Circuito, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: <http://sif.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/wfDetalleTesis.aspx?SN=1&Clase=DetalleTesisBL&ID=161647&Expresion=1a./J.%2050/2011>

*posibilidad de suplir la ausencia del desertor; por lo que a partir de ese momento corre el término de la prescripción*²⁴⁶; dos argumentos que han sido expuestos en el salvamento de voto de la Magistrada TC. (RA) NORIS TOLOZA GONZÁLEZ con la que defiende el tratamiento de ejecución instantáneo frente a ese tipo penal en Colombia.

En el mismo sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, ha realizado varias precisiones en diferentes oportunidades sobre el delito de deserción aclarando sobre su prescripción que por ser un delito instantáneo y su consumación se produce una vez cumplido el término de ejecución establecido por la norma, es a partir de ese momento en que empieza a contabilizarse tal término; por lo tanto, no puede considerarse continuo ya que la ley establece en cada caso específico cuando se entiende realizada o perpetrada la conducta, alcanzando el propósito de liberarse de la obligación que tiene con las fuerzas armadas²⁴⁷. En similares términos el amparo directo 895/59 y 417/59 del 23 de octubre de 1959²⁴⁸ se pronunciaron frente al tema de la prescripción del delito de deserción señalando que por ninguna circunstancia se puede indicar que es un delito continuo porque no está integrado con acciones plurales, ni tampoco es continuado porque es la ley quien precisa el momento de su consumación.

Se hace necesario precisar que el delito de deserción en México es diferente al Colombiano, ya que los elementos que componen el tipo penal se asemejan más

246 MÉXICO. Amparo directo 7223/59 del 18 de abril de 1960. Disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/gw/#/sistema-de-consulta?q=\(%22DESERCION.%20ES%20DELITO%20INSTANTANEO.%20PRESCRIPCION.%200%22~25%20\)&subquery=&text=&page=1&size=10&sort=date,asc](https://www.scjn.gob.mx/gw/#/sistema-de-consulta?q=(%22DESERCION.%20ES%20DELITO%20INSTANTANEO.%20PRESCRIPCION.%200%22~25%20)&subquery=&text=&page=1&size=10&sort=date,asc)

247 MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Amparo directo 895/59 y 417/59 del 23 de octubre de 1959. Disponible en: <https://sif.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/wfDetalleTesis.aspx?SN=1&Clase=DetalleTesisBL&ID=263054&Expresion=DESERCION.%20ES%20DELITO%20INSTANTANEO.%20PRESCRIPCION.>

248 MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Amparo directo 895/59 y 417/59 del 23 de octubre de 1959. Disponible en: <https://sif.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/wfDetalleTesis.aspx?SN=1&Clase=DetalleTesisBL&ID=263054&Expresion=DESERCION.%20ES%20DELITO%20INSTANTANEO.%20PRESCRIPCION.>

a un abandono del servicio, ya que en primer lugar el sujeto activo no es quien se encuentre prestando el servicio militar, en México también pueden ser los oficiales quienes incurren en esta conducta, en el mismo sentido se puede resaltar que en Colombia hay 5 circunstancias que podrían estructurar el delito de deserción, en México la deserción está contemplada en el Capítulo IV del Título VIII delitos contra la existencia y seguridad del ejército del Código de Justicia Militar, el cual establece desde el artículo 255 hasta el 275 los diferentes modos o ausencias que ponen en riesgo la permanencia del militar y con ello la prestación del servicio, con claras semejanzas a las conductas que en Colombia lesionan el servicio.

Hasta aquí se ha aclarado como la jurisprudencia ha establecido el delito de deserción como delito de ejecución instantánea, conforme a lo que se entiende por este término, como el momento en que se consuma la conducta punible y cesa la lesión al bien jurídico tutelado, sin que exista continuidad o permanencia sobre este último. En el mismo sentido, se señala que bajo los criterios de libertad de configuración legislativa la norma penal militar establece dentro de su descripción normativa el término en el que debe entenderse realizada la conducta, y a partir de ese preciso momento se inicie el cómputo para determinar la prescripción de la acción penal. Argumentos que se presentan de igual manera para los demás tipos penales, así como el abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, del que se ha afirmado que es un delito de ejecución instantánea y que el momento de su consumación es cuando el soldado profesional o voluntario abandona los deberes propios del servicio en campaña u operaciones militares “sin que importe el lapso que ocurra en este abandono o si su intención era o no de abandonar definitivamente esos deberes²⁴⁹”. Tales argumentos soportan entonces la tesis que plantea a los delitos en cuestión como tipos penales de ejecución instantánea como además lo son el abandono del servicio y abandono del comando.

249 TSM y P. Sentencia del 17 de mayo de 2011. Radicado 156981. MP. MY ® MARYCEL PLAZA ARTURO

3.3.2. Doctrina. En España, para el mayor sector de la doctrina, los delitos de deserción y abandono de destino o residencia son considerados delitos de ejecución permanente, así, autores como QUEROL afirma que en estos tipos penales *“la consumación perdura, sin agotarse ni poderse estimar acabado el delito hasta tanto que el culpable es aprehendido o hace su presentación a las autoridades para reincorporarse a la vida y obediencia militares”*²⁵⁰; de igual manera RUBIO TARDÍO expone que *“es permanente por cuanto el abandono o ausencia que constituye la acción, en el que el delito consiste, continúa durante todo el tiempo y en perfecto paralelismo con el hecho o evento dañoso”*²⁵¹; sobre el mismo punto se tiene a MIGUEZ MACHO quien sostiene que *“por cuanto el estado antijurídico creado por la comisión del delito se mantiene indefinidamente en el tiempo, ni el deber subjetivo de prestación del servicio, ni el de presencia desaparecen... de manera que la lesión sufrida por ellos no se convierte en un hecho del pasado, sino que continúa presente...”*²⁵²

De lo anterior, vale la pena resaltar y conforme a lo mencionado en el capítulo II del presente trabajo, que el tipo penal de deserción y de abandono del destino o residencia en España, se encuentran en la actualidad dentro de los tipos penales contra el deber de presencia junto a la inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio; por lo tanto, tales tipos penales protegen un fin diferente al consagrado en Colombia, que al ser el deber de presencia, resulta lógico que la conducta típica se prolongue hasta que se realice la presentación del Militar a la unidad a la que debe prestar su servicio y por lo mismo, tales conductas son denominadas delitos de ausencia, situación que difiere a la de Colombia donde lo que se protege es el servicio y más precisamente la prestación del mismo.

²⁵⁰ QUEROL Y DURAN, Fernando. Principios de derecho militar español. Tomo II. Pág. 542

²⁵¹ RUBIO TARDIO, Pedro. La deserción. Pág. 18 y 252

²⁵² MIGUEZ MACHO, Luis. La nueva regulación de los delitos militares de deserción y abandono del destino o residencia. En Revista española de Derecho Militar. Pág. 25- 26

En Colombia, respecto al delito de deserción el cual ha sido clasificado como un tipo penal de ejecución instantánea, el trabajo de grado titulado El Delito de Deserción Militar, una Aproximación Dogmática y Etiológica.²⁵³, ha presentado tal conducta como un delito de ejecución instantánea, ya que tal conducta no se prolonga en el tiempo debido a que su ejecución se da una vez se cumple con el requisito del tipo que puede ser el ausentarse, traspasar, no presentarse, dentro del término estipulado por la norma.

Otro estudio sobre este tipo penal titulado El Delito Militar de Deserción Frente a la Constitución Política de Colombia²⁵⁴, realiza un análisis sobre este tipo penal en las diferentes legislaciones iniciando desde la ley 35 del 20 de mayo de 1881 Código Penal Militar, hasta la ley 1407 del 17 de agosto de 2010, concluyendo que se ha entendido su consumación desde el momento en que la conducta cumple el término estipulado por el tipo penal, el cual para 1881 tenía un término de 48 horas en tiempo de paz y 24 horas en tiempo de campaña entre una de sus principales causales, hasta la legislación de 1999 la cual consagra en su artículo 111 como atenuación punitiva, la presentación del desertor dentro de los ocho días siguientes a la consumación de la conducta, entendiéndose por esta última que los ocho días son posteriores al vencimiento de los cinco días en los que se estructura conducta, por lo que si fuera un tipo penal de ejecución permanente, estos ocho días empezarían a correr una vez realizado el último acto que lesiona el bien jurídico, siendo entonces en algunos casos imposible de contabilizar perdiendo el sentido de la intención legislativa.

253 SCHIAVENATO SANJUÁN Livio. EL DELITO DE DESERCIÓN MILITAR UNA APROXIMACIÓN DOGMÁTICA Y ETIOLÓGICA Trabajo de grado modalidad Monografía, presentado como requisito para optar al título de Magister en Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Externado de Colombia. 2015. Pág. 65

254 OSTOS ROJAS Luz Mónica y OBANDO SAMPAIO Oscar Mario. EL DELITO MILITAR DE DESERCIÓN FRENTE A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Monografía de grado para optar el título de Magister en Derecho Penal. Corporación Universidad Libre. 2012. Página 32

Del mismo estudio se resalta la mención que hacen del abogado Raúl Alberto García quien indicó que para la consumación del delito de deserción la norma ha establecido un término dentro de la misma; por lo tanto, debe entenderse por ella como el plazo se vence el último día a media noche²⁵⁵.

En el libro Fundamentos de Derecho Penal Militar se expone sobre la deserción que se entiende estructurada la conducta con el vencimiento de los cinco días de los cuales dicta la norma, ya que tal término no puede condicionarse a un espacio superior²⁵⁶, esto debido a que ha sido la norma la que específicamente ha determinado el momento en el que se entenderá realizada tal tipo penal. Frente al delito de abandono del servicio, señala que, para la producción de tal delito, la ausencia debe ser por 10 días continuos sin que la persona retome sus labores²⁵⁷, especificando el análisis realizado en este documento, contempla la disposición penal militar de 1999 y concretamente para este tipo penal, el término se ha reducido a cinco días conforme a la ley 1407 de 2010, legislación actual.

Tales argumentos permiten reiterar que la postura más acertada para el tratamiento de los tipos penales de abandono del comando, abandono del servicio, abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales y el de deserción, es la de ejecución instantánea teniendo en cuenta que el término consagrado en la norma para cada uno de ellos, regula el momento exacto en el que debe entenderse consumado el tipo penal, sin que exista la posibilidad de prolongar tal término con el argumento de que sus efectos continúan hasta tanto cese la realización de la conducta.

255 *Ibíd.*, p 47

256 OSPINA CARDONA Juan Gildardo. BOLIVAR SUÁREZ Marco Aurelio. Fundamentos del Derecho Penal. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Bogotá 2004. Página 163.

257 *Ibíd.*, p 143

4. CONCLUSIONES

En primer lugar, se tiene que el término de delitos de ausencia utilizado para referirse a los tipos penales contra el servicio, es ambiguo e incorrecto para referirse a estos, debido a que tal vocablo hace referencia a aquellos delitos que lesionan el deber de presencia, como lo son para la legislación española, la deserción, el abandono del servicio e incluso la inutilización voluntaria, conductas que no se asemejan a los tipos penales militares en Colombia, ya que existen delitos de los cuales emana el deber de presencia pero no se encuentran consagrados entre los delitos contra el servicio, como: el abandono de buque, abandono indebido de tripulación, abandono de escolta, entre otros; por lo tanto, tal imprecisión genera confusiones al momento de determinar los elementos y características de los tipos penales y el bien jurídico que se protege.

Sobre este último, se ha hecho mención respecto al verdadero fin de la norma penal militar cuando contempla los delitos contra el servicio, el cual resguarda la prestación del mismo; por lo tanto, se precisa sobre los delitos contemplados en el Título II de la ley 1407 de 2010, que el bien jurídico tutelado es la prestación del servicio, por medio del cual las fuerzas militares y de policía cumplen la finalidad que les ha sido encomendada desde la Constitución Política que conforme a su naturaleza tiene un carácter permanente e ininterrumpido. Esta puntualidad permitirá esclarecer de manera contundente las posturas planteadas sobre algunos tipos penales militares entre los que existe incongruencia al definirlos como delitos de ejecución instantánea o permanente.

Por lo tanto, respecto a la postura del Tribunal Superior Militar y Policial frente a algunos tipos penales contra el servicio, se tiene que del análisis dogmático y jurisprudencial realizado sobre los tipos penales de ejecución permanente e instantánea, por las características normativas de los delitos de abandono del comando, abandono del servicio, abandono del servicio de soldados voluntarios o

profesionales y la deserción, no es posible predicar que sean de ejecución permanente, en primer lugar porque tales conductas requieren que el autor tenga dominio de la voluntad sobre la permanencia del tipo y la lesión al bien jurídico, que para éstos delitos, como se ha precisado, es la prestación del servicio; y si bien, la ausencia se prolonga en el tiempo, sus efectos sobre éste último no, debido a que por la naturaleza del mismo, el cual debe ser ininterrumpido y permanente, cuando el comandante de una unidad militar o policial nota la ausencia de uno de sus hombres en el servicio, suple casi que de inmediato la prestación del servicio con otro funcionario, es así que a pesar de que su abandono se mantenga en el tiempo, la situación jurídica ilícita no tiene efectos posteriores a esta.

Frente a otras posturas que señalan que éstos tipos penales en referencia se podrían considerar delitos de estado, o de ejecución instantánea con efectos permanentes, donde es indispensable tener en cuenta la diferencia entre la consumación del agotamiento, en realidad tal distinción o clasificación no surte efectos en la prescripción de la acción penal, ya que para este cómputo, al igual que los delitos de ejecución instantánea, se toma desde el momento en que se consuma la conducta así algunos efectos se extiendan en el tiempo independientemente del momento en que se agota la conducta. Sin embargo, como se ha concluido ya, estos tipos penales son de ejecución instantánea, ya que es claro que lo que protege la norma penal militar en estos casos es la prestación del servicio y no la permanente presencia del funcionario en el servicio; por lo tanto, la acción se consuma una vez se cumple el término estipulado para cada tipo penal, a pesar de que la ausencia continúe, ya que no hay efectos que se prolonguen en el tiempo, debido a que el abandono del funcionario es subsanado por otro de sus iguales.

En este sentido, se tiene que la norma señala el término en el cual debe entenderse consumada la conducta; es decir, cada tipo penal consagra el

momento exacto en que esta se realiza, así se tiene que el abandono del comando señala por más de 24 horas consecutivas, el abandono del servicio por más de 5 días consecutivos, el abandono de servicio de soldados voluntarios o profesionales cuando abandona los deberes propios del servicio por cualquier tiempo o se ausenta de la unidad por más de 5 días consecutivos, y por último para el caso de la deserción en el numeral 1 indica la ausencia por más de 5 días consecutivos, el numeral 2 para quien no se presente dentro de los 5 días siguientes a la terminación de alguna situación administrativa, el numeral 4, para el prisionero de guerra que una vez haya recobrado su libertad no se presente dentro de los 5 días siguientes y el numeral 5 que establece un término de 30 días para el prisionero de guerra que en el exterior recobre su libertad y no se presente ante autoridad consular o una vez llegue al país no se presente a la unidad dentro de los 5 días.

Por lo tanto, considerar tales tipos penales como delitos de ejecución permanente trae consigo consecuencias sobre las garantías emanadas de la tipicidad como categoría dogmática del delito, atentando directamente sobre la prescripción de la acción penal como se ha expuesto con antelación, debido que al considerar que tales conductas producen efectos que permanecen en el tiempo, el punto de partida para su cómputo varía según sea el caso, extendiendo los términos procesales en algunos eventos en los que conforme al fin del legislador, deberían ser más expeditos como el de la deserción, el cual tenía un término de prescripción de dos años, pero conforme a lo estipulado en la legislación actual fue reducido a uno, en el mismo sentido se genera un sujeto activo que crea una situación antijurídica que, a pesar de haber desaparecido, extiende la conducta hasta la cesación de la misma o hasta la perpetración del último acto por haber sido catalogada como permanente, lo cual no obedece a las características de los tipos penales militares en mención.

De esta manera, es procedente afirmar que los tipos penales que han sido referidos son conductas que atentan a la prestación del servicio que realizan los miembros de la Fuerza Pública de manera ininterrumpida y permanente, catalogadas como delitos de ejecución instantánea, debido a que su consumación se da en el momento en que la ausencia, el abandono o la omisión estipulada cumple el término determinado en la norma para cada caso, sin que produzca un estado antijurídico que se prolongue en el tiempo, aclarando que al bien jurídico que se protege es la prestación del servicio y no el deber de presencia.

5. CONCEPTOS BÁSICOS MILITARES Y POLICIALES

Abastecimiento: Función logística que comprende el cálculo de necesidades, la obtención, el almacenamiento y la distribución de artículos de todas las clases.

Acto del servicio: Todos los actos que ejecuta el personal militar en actividad, en cumplimiento de los deberes que le imponen los reglamentos.

Alta: Ingreso de personal al servicio activo o a una repartición cualquiera. Ingreso de materiales en los cargos de una organización militar.

Alto Mando: Organismo o conjunto de organismos militares, del más alto nivel, encargados de la preparación de la Fuerza Armada desde el tiempo de paz y de emplearla durante las operaciones de guerra.

Antigüedad: Tiempo que un individuo permanece en la Fuerza Armada, o en una clase o categoría y que le confiere mando y ciertos derechos reglamentarios. En el orden jerárquico, a igualdad de clase, la antigüedad se respeta estrictamente. "La antigüedad es clase".

Baja: Pérdida o falta de un individuo en una unidad o repartición militar.

Batallón: Es la unidad táctica y orgánica de la Infantería, que se toma como base para la constitución de las Unidades Superiores.

Brigada: Nombre genérico que se da a las grandes unidades constituidas por tropas de todas las armas y los servicios necesarios.

Centinela: Soldado armado, ubicado en un lugar fijo para proporcionar seguridad y vigilancia.

Comando: Autoridad que un militar ejerce sobre sus subordinados por razón de grado o empleo.

Comandos: Unidades e individuos entrenados para operaciones especiales: terrestres, anfibas o aerotransportadas, que generalmente se emplean para efectuar incursiones con pequeños elementos.

Conscripto: Individuo que presta servicios en las Fuerzas Armadas.

Consejo de Guerra: Tribunal permanente de tiempo de paz, subordinado al Consejo de Oficiales Generales, que ejerce jurisdicción en la zona judicial correspondiente, determinada por el Código de Justicia Militar.

Facción: Término genérico empleado para significar que el individuo o unidad a que se refiere está en servicio o cumpliendo una actividad determinada.

Guarnición: Conjunto de tropas, de cualquier naturaleza, que se encuentra en una localidad y sus alrededores.

Imaginaria: Soldado que presta servicios durante la noche en una cuadra o dormitorio de tropa o en una caballeriza, con el fin de velar por el orden, seguridad y bienestar del personal o del ganado. Servicio que se establece en las sub unidades durante la noche después del toque de silencio.

Infantería: Elemento combatiente principal del Ejército, cuya misión es conquistar y mantener el terreno y destruir al adversario, para lo cual recibe la cooperación y el apoyo de las otras armas.

Jefe de Estado Mayor: El principal colaborador del Comandante de un Instituto Militar, Gran Unidad o reparticiones militares, responsable de coordinar el trabajo del Estado Mayor.

Jura de la Bandera: Acto solemne que se realiza el 7 de Junio de cada año, en cada guarnición militar, ante el monumento al coronel Francisco Bolognesi y en la cual, los reclutas prometen defender la enseña patria y la de su Unidad, respetar y obedecer a sus superiores y no abandonarlos bajo ninguna circunstancia.

Jurisdicción Militar: Poder o autoridad que ejerce los tribunales y autoridades militares, en materias cuya competencia determinan las leyes.

Licencia: Autorización que se concede al personal para no concurrir al desempeño del cargo o ausentarse por un período de tiempo mayor de 29 días.

Licenciado: Soldado que deja el servicio por tiempo cumplido o por otra causa, de acuerdo a la Ley del Servicio Militar.

Llamamiento: Convocación o reunión del personal que por disposición de la ley del servicio militar obligatorio debe prestar servicio en la Fuerza Armada, ya sea en tiempo de paz o de guerra.

Movilización: Preparación para la guerra u otras emergencias, mediante la reunión y organización de los recursos de la nación.

Patrulla: Fuerza variable, por lo general pequeña, que una unidad mayor destaca para desempeñar misiones de reconocimiento o de combate, proporcionar seguridad o localizar y mantener contacto con el enemigo o con otras unidades amigas.

Policía militar: Uno de los Servicios Administrativos cuyo personal está encargado de hacer cumplir las leyes, reglamentos y órdenes en general, y tiene a cargo el control del tránsito, la custodia de prisioneros de guerra y otras funciones destinadas al mantenimiento del orden y la seguridad de las instalaciones dentro del área de su jurisdicción.

Puesto de Escucha: Aquel que se organiza con el fin de realizar la vigilancia durante la noche o cuando las condiciones de visibilidad son desfavorables.

Puesto: Instalación militar cualquiera y su guarnición respectiva.

Orden de Batalla: Expresión genérica que incluye la identificación, fuerza, organización, estructura del comando, dispositivo, unidades, equipo, doctrina y personalidades de una fuerza militar

Servicio: Acto de cumplir una persona o una unidad, una función específica de acuerdo a lo estipulado por los reglamentos correspondientes.

Vigía: Soldado armado, cuya misión es observar en el sector que se le fije, cualquier manifestación de actividad enemiga, e informar y dar la alerta sobre sus observaciones.

Vivac: Estacionamiento de tropas, bajo carpas en forma provisional y momentánea.

Tomado de:

<http://www.ccffaa.mil.pe/cultura-militar/glosario-militar/>

<https://www.policia.gov.co/glosario>

BIBLIOGRAFÍA

Biografías y Vidas. La Enciclopedia Biográfica en Línea.
<https://www.biografiasyvidas.com/biografia/d/diocleciano.htm>

Biografías y Vidas. La Enciclopedia Biográfica en Línea.
<https://www.biografiasyvidas.com/monografia/constantino/>

BLANCH NOUGUES, José María. Una Visión Histórica y jurídica sobre el ejército romano. UNIVERSIDAD Autónoma. Madrid. 2011. Pág. 8
<file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-UnaVisionHistoricaYJuridicaSobreElEjercitoRomano-3625140.pdf>

BONILLA ECHEVERRI Oscar, Código de justicia Penal Militar y Consejos de Guerra Verbales. Editorial Voluntad. Pág. 245

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Lecciones de derecho penal : parte general Editorial Trotta, 2006.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON Tomas Salvador. Derecho Penal. Parte General I y II. Universidad de Valencia, 1981.

COLOMBIA. CÓDIGO PENAL MILITAR, Ley 84 del 23 de junio de 1931. Decreto 250 del 11 de julio de 1958. Decreto 0250 de 11 de julio de 1958. Ley 522 del 12 de agosto de 1999. Ley 1407 de 17 de agosto de 2010.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. CÓDIGO PENAL. Ley 599 del 24 de julio de 2000.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 48 de 3 de marzo de 1993. Ley 1861 del 4 de agosto de 2017. Ley 1058 de 26 de julio de 2006.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Radicado No. 52001-23-31-000-2001-00559-01(20079). 18 de julio de 2012. CP. Mauricio Fajardo Gómez

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia U- 200 de abril 17 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia T 363 del 14 de agosto de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia T 166 del 25 de marzo de 1994. MP. Hernando Herrera Vergara. Sentencias T 517 de 1993; T 042 de 1994; T 122 de 1994 y C 511 de 1994. Sentencia C 592 de 9 de diciembre de 1993. MP. Fabio Morón Díaz. Sentencia C 145 de 22 de abril de 1998, Sentencia C 358 de 5 de agosto de 1997 y Sentencia C 024 de 11 de febrero de 1998. MP. Hernando Herrera Vergara. Sentencia C 358 del 5 de agosto de 1997. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. SU072-18. 05 de julio de 2018. MP. José

Fernando Reyes Cuartas. SU-049 de 1999, C-774 de 2001, C-836 de 2001, C-029 de 2009, C-332 de 2011, T-394 de 2013, SU-515 de 2013, C-500 de 2014 y C-284 de 2015. C-284 del 13 de mayo de 2015, MP. Mauricio González Cuervo

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado No. 23.700, 9 de febrero de 2006 MP. Alfredo Gómez Quintero. Proceso 24300. Aprobado: Acta No. 26. 23 de marzo de 2006, MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón y Marina Pulido De Barón. Radicado 46296, 05 de agosto de 2015. MP. Eyder Patiño Cabrera. Radicado 45632, sentencia del 15 de julio de 2015, Magistrado Ponente Luis Guillermo Salazar Otero. Radicado SP6020-2017 del 03 de mayo de 2017. MP. José Luis Barceló Camacho. Sentencia Agosto 25 de 2010. Radicado 31407. María Del Rosario González De Lemos. Sentencia 9 de junio de 2008. Radicado. 29.586. MP. Augusto José Ibáñez Guzmán. Sentencia 17 de abril de 2013. Proceso 40559. Sentencia 23 de septiembre de 2019. Radicado 46382. MP. Luis Antonio Hernández Barbosa. Sentencia al 8 de mayo de 2019. Radicado 54747. MP. Patricia Salazar Cuéllar. Sentencia del 14 de marzo de 2018. Radicado. 43421. MP. Eugenio Fernández Carlier y Luis Antonio Hernández Barbosa. Sentencia del 29 de agosto de 2018. Radicado 49351. MP. Luis Antonio Hernández Barbosa. Sentencia del 31 de mayo de 2018. Radicado. 49315. Sala de Juzgamiento. Eyder Patiño Cabrera. Sentencia del 24 de octubre de 2012. Rad. 35116. MP. Luis Guillermo Salazar Otero. Sentencia Mayo 25 de 2011. Rad. 32792. MP Javier Zapata Ortiz. Sentencia del 26 de septiembre de 2018. Radicación 52376. MP. Luis Antonio Hernández Barbosa. Sentencia del 14 de Febrero de 2018. Radicado 51233. MP. Fernando Alberto Castro Caballero. Auto del 26 septiembre de 1995. Rad.8903. M.P. Páez Velandia. Sentencia del 25 de agosto de 2010. Radicado 31407, Sentencia del 18 de abril de 2018. MP. Fernando Alberto Castro Caballero. Sentencia del 29 de agosto de 2018. MP. Patricia Salazar Cuéllar. Autos de 5 de mayo de 2010, 14 de marzo de 2011, 9 de abril de 2014, 10 de junio de 2015, radicados 33915, 36030, 43552 y 46093, Sentencia del 7 de junio de 2017, radicado 50414; 13 de septiembre de 2017. Radicado 51123; 26 de junio de 2019. Radicado 55513. Sentencia del 27 de marzo de 2019. Radicado 54988. Sentencia del 25 de Agosto de 2010. Radicado 31407. MP. María Del Rosario González De Lemos. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de Julio de 2018. Radicado 48031. MP. Luis Antonio Hernández Barbosa. Sentencia del 14 de julio de 2011. Rad. 30017, MP. Alfredo Gómez Quintero. Sentencia del 20 de junio de 2005, radicado 19915, Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Sentencia del 14 de marzo de 2002. Radicado 9921. M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote. Radicado 17080 del 24 de enero de 2001, M.P Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia 23 de mayo de 2001. Proceso No. 12878. MP. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2900 del 03 de noviembre de 1953. Decreto 1426 del 04 de mayo de 1954. Decreto 1000 del 5 de noviembre de 1981. Decreto 2180 de 1944. Decreto 1125 de 31 de marzo 1950.

Decreto 2311 de 4 de septiembre de 1953. Decreto No. 1575 del 28 de septiembre de 2017. Decreto 2048 del 11 de octubre de 1993.

CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA. Ley 35 del 26 de mayo de 1881. <http://bdigital.unal.edu.co/6599/>. Constitución del 5 de agosto de 1886. Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de 1991.

COTINO HUESO Lorenzo. La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas del siglo XXI. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid. Años 2000

CRESPO-FRANCÉS Y VALERO, José Antonio., A las armas: Reclutamiento y Servicio Militar en España desde sus orígenes hasta nuestros días, Editorial Multimedia Militar. España. Año 2009

Disposición No. 010 de 1982, capítulo I sección B. Reglamento de Servicio de Guarnición Militar.

ESPAÑA. Código Penal Militar para el Ejército de 17 de noviembre de 1884. Código de Justicia Militar, Ley de 17 de julio de 1945. Código de Justicia Militar, Ley orgánica 13 del 09 de diciembre de 1985. Jefatura del Estado. Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar. BOE Legislación Consolidada.

Fiscalía Segunda ante el Tribunal Superior Militar y Policial. 11 de mayo de 2018. Radicado 14915. Fiscal CF. CARLOS ALBERTO MADRID CUELLAR.

FERRO TORRES, José Guillermo. Prolegómenos. Revista Derechos y Valores. Constitución y Derecho Penal Militar. Universidad militar Nueva Granada. Vol. VIII. Número 16. 2005 Página. 49 y 50.

GIUSEPPE Maggiore. Diritto Penale. Traducido por el padre ORTEGA TORRES José J. DERECHO PENAL. Editorial Temis. Volumen I. Bogotá. 1954

GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo. El Principio de la Antijuridicidad Material. Sexta Edición. Bogotá. Ediciones Nueva Jurídica. 2016.

Informe para primer debate Senado al proyecto de Ley 111 de 2006 Senado, 144 de 2005 Cámara hoy ley 1407 de 2010 visible en la Gaceta del Congreso 624 Senado del 06 de diciembre de 2006

ITALIA. Ley No. 226 del 23 de agosto de 2004.

MANTILLA JÁCOME Rodolfo, BAYONA RANGEL Carolina y FRÍAS RUBIO Carlos Mario. Análisis Dogmático del Tipo Penal de Fraude Procesal desde el

Punto de Vista de su Contenido y su Desarrollo Jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia. Revista Temas Socio Jurídicos. Vol. 35 N° 70 Enero - Junio de 2016. Pág. 184. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35498.pdf>

MAHECHA VEGA Dubley, Procurador 32 Judicial II Penal Agente del Ministerio Público. Concepto del 15 de marzo de 2019 dentro del proceso de Deserción con radicado 15002

MARTÍN DELPÓN José Luis. Evolución histórica de los delitos contra el deber de presencia en el Derecho Histórico Militar: Desde el Constitucionalismo decimonónico hasta nuestros días. Cuadernos de Historia del Derecho. Año 2007.

MÉXICO. Reglamento General de Deberes Militares. Publicado en el Diario Oficial de la Federación DOF el 26 de Marzo de 1937. Última reforma DOF 4 de diciembre de 1943.

MÉXICO. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Amparo directo penal 223/2010. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sifsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=22951&Clase=DetalleTesisEjecutorias>

MÉXICO. Noveno Tribunal Colegiado del Primer Circuito. Amparo directo penal 374/2009. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sifsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=22951&Clase=DetalleTesisEjecutorias>

MÉXICO. Tribunales Colegiados de Circuito, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: <http://sjf.scjn.gob.mx/sifsist/Paginas/wfDetalleTesis.aspx?SN=1&Clase=DetalleTesisBL&ID=161647&Expresion=1a./J.%2050/2011>

MÉXICO. Amparo directo 7223/59 del 18 de abril de 1960. Disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/gw/#/sistema-de-consulta?q=\(%22DESERCION.%20ES%20DELITO%20INSTANTANEO.%20PRESCRIPCION.%20%22~25%20\)&subquery=&text=&page=1&size=10&sort=date,asc](https://www.scjn.gob.mx/gw/#/sistema-de-consulta?q=(%22DESERCION.%20ES%20DELITO%20INSTANTANEO.%20PRESCRIPCION.%20%22~25%20)&subquery=&text=&page=1&size=10&sort=date,asc)

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Amparo directo 895/59 y 417/59 del 23 de octubre de 1959. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sifsist/Paginas/wfDetalleTesis.aspx?SN=1&Clase=DetalleTesisBL&ID=263054&Expresion=DESERCION.%20ES%20DELITO%20INSTANTANEO.%20PRESCRIPCION>.

MILLAN GARRIDO Antonio; RODRÍGUEZ- VILLASANTE José Luis y CALDERON SUSIN Eduardo. Delitos contra la Prestación del Servicio Militar. José María Bosch Editor S.A. – Barcelona. 1995.

MILLÁN GARRIDO, Antonio. El delito de Deserción Militar. Tesis para la obtención del grado de doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla. Año 1980.

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL DE COLOMBIA. Resolución No. 9857 de 9 de noviembre de 1992. Reglamento de Servicios de Guarnición. Artículo 25. Resolución No. 03514 del 5 de noviembre de 2009. Reglamento de supervisión y control.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría general del delito. Editorial Temis. Bogotá 1984. Pág. 180

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. 10º edición, editorial IB de F. Montevideo, Buenos Aires. 2016.

NAVARRO ZAMORANO, Ruperto. DE CARA, Rafael Joaquín y DE ZAFRA, José Álvaro. Historia externa del derecho romano. Tomo I. Madrid, Imprenta del Colegio de Sordo – Mudos. 1842.

OSTOS ROJAS Luz Mónica y OBANDO SAMPAIO Oscar Mario. EL DELITO MILITAR DE DESERCIÓN FRENTE A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Monografía de grado para optar el título de Magister en Derecho Penal. Corporación Universidad Libre. 2012.

OSPINA CARDONA Juan Gildardo. BOLIVAR SUÁREZ Marco Aurelio. Fundamentos del Derecho Penal. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Bogotá 2004.

PEÑA VELÁSQUEZ, Édgar. Comentarios al nuevo Código Penal Militar. Bogotá. D.C. Ediciones Librería del Profesional. 2001.

Revista de la Policía Nacional en la edición 162 noviembre – diciembre de 1973.

RIVILLA MARUGÁN Guillermo. Élates y Quintas: El Debate Parlamentario Sobre El Reclutamiento Militar Durante El Siglo XIX.

RULLANSKY Ignacio. Nueva Ley de reclutamiento israelí: el Servicio Militar obligatorio como técnica para integrar a los ortodoxos a la sociedad civil. Instituto de Relaciones Exteriores. Departamento de oriente Medio. 2014

Salvamento de voto. Radicado No. 158586 del 16 de febrero de 2017. Magistrada TC. (RA) NORIS TOLOZA GONZÁLEZ

SCHIAVENATO SANJUÁN, Livio. EL DELITO DE DESERCIÓN MILITAR UNA APROXIMACIÓN DOGMÁTICA Y ETIOLÓGICA Trabajo de grado modalidad Monografía, presentado como requisito para optar al título de Magister en Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Externado de Colombia. 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. El Delito de Omisión. Concepto y Sistema. Barcelona, Editorial Bosch, 1986.

TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR Y POLICIAL. Radicado 107334 del 29 de enero de 1990, Radicado 107557 del 5 de marzo de 1990 y Radicado 107614 del 2 de abril de 1990. MP. CR. (R) Rafael Martín Prieto. Sentencia del 2 de junio de 2004. Radicado 148172. MP. MY. (RA) Imelda Triviño Lopera. Sentencia del 30 de noviembre de 2009. Radicado 156151. MP. TC. Camilo Andrés Suárez Aldana. Sentencia del 07 de junio de 2007. Radicado 154074. M.P. MY. Marycel Plaza Arturo. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Radicado 156840. MP. Jacqueline Rubio Barrera. Radicados 157310 de 10 de mayo de 2012, 157300 de 11 de mayo de 2012 y 157321 de 22 de mayo de 2012. MP. TC. Jacqueline Rubio Barrera. Sentencia Noviembre 26 de 2008. Radicado 155365. MP. CR Camilo Andrés Suárez Aldana. Radicado 158237 del 14 de agosto de 2015. MP. TC. Wilson Figueroa Gómez. Sentencia Noviembre 26 de 2008, Radicado 155365, MP. CR. Camilo Andrés Suárez Aldana. Sentencia 31 de mayo de 2016, Radicado 158432. MP. CR. Camilo Andrés Suárez Aldana. Radicado 158263 del 30 de octubre de 2015. MP. MY. José Liborio Morales Chinome. Radicado 156301, Providencia del 24 de febrero de 2010, MP. MY. (R) Marycel Plaza Arturo. Sentencia del 4 de febrero de 2011. Radicado. 156851. MP. MY (R) José Liborio Morales Chinome. Sentencia del 24 de junio de 2015. Radicado: 158224. MP. CN. Julián Orduz Peralta. Sentencia del 17 de mayo de 2011. Radicado 156981. MP. MY (R) Marycel Plaza Arturo. Sentencia del 06 de febrero de 2009. Radicado 154849 MP. Camilo Andrés Suarez Aldana. Radicado 155550, 26 de enero de 2009, MP. TC. Jacqueline Rubio Barrera. Sentencia del 11 de junio de 2014. Radicado 157902, M.P CR. Camilo Andrés Suárez Aldana.

VALENCIA TOVAR, Álvaro. Una tradición histórica de la jurisprudencia Colombiana. <http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-152/fuero-militar-y-justicia-penal-militar>

VÁSQUEZ HINCAPIÉ Daniel José y GIL GARCÍA Luz Marina. Las Conductas Punibles y Faltas contra la Disciplina y el Servicio en la Justicia Penal Militar y en el Reglamento de Régimen Disciplinario en Revista Científica General José María Córdova, julio-diciembre, 2016, Vol. 14, Núm. 18, pp. 58. Bogotá, Colombia.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial EDIAR. Buenos Aires. 2005.