

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

SP4242-2019

Radicación n.º 47236

Acta 254

Bogotá, D. C., dos (2) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del Soldado Profesional del Ejército Delvis Samael Santos Velandia, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar el 11 de agosto de 2015, que lo condenó como autor del delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales.

HECHOS:

El 10 de octubre de 2012, el soldado profesional Delvis Samael Santos Velandia, quien se encontraba en ejecución de la Misión Táctica 022 «Obelisco 1», Orden de Operaciones «Amazonas» de la Brigada 16 del Ejército Nacional, le solicitó al Comandante de la Sección Segunda del Segundo Pelotón de la Compañía «Atila» permiso para ir a la ciudad de Yopal. Al no obtener la autorización, decidió abandonar la base de patrulla móvil entre las 12:30 y las 17:50 horas de ese mismo día, momento en el que fue encontrado en las inmediaciones del lugar por otro soldado de la compañía.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. El 30 de abril de 2013, el Juzgado 13 de Instrucción Penal Militar de El Yopal abrió formalmente la investigación contra el soldado profesional Delvis Samael Santos Velandia por la presunta comisión del delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales. La diligencia de indagatoria se realizó el 31 de mayo siguiente.
2. El 26 de junio de ese mismo año se le resolvió al procesado su situación jurídica con imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, que se hizo efectiva el 8 de julio siguiente en el Centro de Reclusión Militar del Batallón de Infantería No. 44 «Ramón Nonato Pérez».
3. El 30 de julio de 2014, la Fiscalía 20 Penal Militar delegada ante el Juzgado 10º de Brigada profirió resolución de acusación contra Santos Velandia como autor responsable del delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, conducta descrita y sancionada en el artículo 108 de la Ley 1407 de 2010, decisión que fue confirmada el 24 de diciembre de 2014 cuando se resolvió el recurso de reposición que la defensa interpuso en su contra. La resolución de acusación cobró ejecutoria el 14 de enero de 2015.
4. Mediante sentencia de 18 de marzo de 2015, el Juzgado 10º de Instancia de Brigada del Ejército Nacional con sede en Yopal absolvió a Delvis Samael Santos Velandia del delito por el que había sido acusado. Contra la sentencia de primer grado la Fiscalía 20 Penal Militar interpuso el recurso de apelación y la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Superior Militar, en fallo de 11 de agosto de 2015, la revocó. En su lugar, condenó al acusado a la pena principal de 10 meses de prisión como autor responsable del delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales (Art. 108 de la Ley 1407 de 2010) y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.
4. El defensor de Delvis Samael Santos Velandia interpuso y sustentó el recurso de casación contra la sentencia de segundo grado. Una vez admitida la demanda, se ordenó

remitir la actuación al Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000.

DEMANDA DE CASACIÓN:

El recurrente solicitó casar la sentencia de segundo grado que condenó al soldado profesional Delvis Samael Santos Velandia, con el propósito de lograr la efectividad del derecho material y de las garantías de aquél, la reparación de los agravios inferidos y la unificación de la jurisprudencia.

Después de identificar los sujetos procesales, resumir los hechos y la actuación llevada a cabo en las instancias, el recurrente formuló tres cargos. Los dos primeros, por violación directa de la ley sustancial. El tercero, por violación indirecta derivada de un falso juicio de existencia por suposición de la prueba.

En el primer cargo, advirtió que el Tribunal incurrió en una violación directa por falta de aplicación del artículo 17 de la Ley 1407 de 2010 que establece la antijuridicidad como uno de los pilares del juicio de responsabilidad penal sobre una conducta típica. En su criterio, la acción desplegada por Delvis Samael Santos Velandia es típica -eso no lo discute-, más no antijurídica materialmente, pues no representó un desvalor de resultado ni puso «efectivamente» en peligro el bien jurídico tutelado, como así lo exige la norma que alegó inaplicada.

Al condenar con fundamento en pruebas que solo demostraron la ejecución de una conducta típica y formalmente antijurídica, el Tribunal profirió una sentencia injusta producto del desconocimiento del principio de lesividad, según el cual es necesario que se demuestre el daño efectivo ocasionado al bien jurídico tutelado. En contraste, agregó el demandante, el fallador de segundo grado se limitó a inferir o suponer la afectación que la conducta ejecutada por Delvis Samael Santos Velandia le ocasionó al servicio, sin ninguna prueba que así lo sustente.

Concluyó afirmando que esa violación directa de la ley, a su vez, generó la falta de aplicación de otras normas, entre ellas, la que consagra el principio de «in dubio pro reo, el conocimiento más allá de toda duda para condenar y el principio de favorabilidad». Esto permitió que el Tribunal Superior Militar proferiera una condena «desproporcionada e irrazonablemente contraria a la ley».

Al sustentar el segundo cargo, alegó el recurrente que se violó de forma directa la ley sustancial por interpretación errónea. Afirmó que la sentencia de segunda instancia vulneró el debido proceso porque «no se construyó sobre la base de una argumentación o motivación probatoria que demanda toda decisión judicial».

Agregó que no obra en el expediente ninguna prueba que demostrara la «efectiva» puesta en peligro del bien jurídico tutelado. En efecto, no se demostró que el abandono del servicio en el que incurrió el procesado haya producido una desventaja frente al enemigo o un «revés militar» que pusiera en riesgo a las tropas o disminuido su capacidad de acción.

Al tiempo que denunció una falsa motivación en la sentencia, insistió en que el Tribunal se apartó abiertamente de la verdad probada porque, sin prueba del desvalor de resultado o de la antijuridicidad material de la conducta, decidió condenar a Delvis Samael Santos Velandia con fundamento en conclusiones que «son contrarias a la presunción de acierto y legalidad que goza toda sentencia».

En consecuencia, solicitó casar la sentencia y emitir un fallo absolutorio de reemplazo.

En el tercer cargo, denunció que el Tribunal desconoció las reglas de apreciación de la prueba al incurrir en un error de hecho derivado de un falso juicio de existencia por suposición. Al respecto, manifestó que el Tribunal, para condenar, dio por probado que la conducta del procesado era materialmente antijurídica cuando lo cierto es que en el expediente no hay un solo elemento de conocimiento que así lo demuestre.

Según el demandante, en las declaraciones de Diana Lizeth Tabaco, que era la compañera permanente del acusado y de los militares: CT. Yasno Triana Jairo Alfonso, Sargento Viceprimero Walter Calderón García, Cabo Segundo Robinson Fernando Ardila Muñoz, SLP. Hugo de Jesús Soto Gallego, SLP. Erney Manuel Ramos Quintero, SLP. Hernando Yesid Sabogal Velandia, SLP. Hever de Jesús Cardona López, SLP. Juan Carlos Flores Sánchez, no existe una sola referencia sobre algún daño real que haya podido causar el abandono del servicio en el que éste incurrió.

Es decir, ninguna de tales pruebas evidenció que, por ejemplo, la evasión de Santos Velandia hubiera minado la ventaja militar, causado una baja humana, frenado el avance de la tropa, retrasado la extracción de los militares del área de operaciones o retrasado el aprovisionamiento de víveres, entre otras funciones propias del servicio castrense. Sin embargo, el Tribunal tuvo por demostrada la antijuridicidad material del comportamiento a partir de la suposición de pruebas.

Por todo lo anterior, solicitó casar la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior Militar y sustituirla por una absolutoria.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

La Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal consideró que ninguno de los cargos propuestos por el recurrente debe prosperar.

Para analizar el primer cargo, parte por esbozar unos breves lineamientos sobre los conceptos que integran la teoría moderna del delito conforme fue concebido por el legislador penal de 2000, para concluir que, en el presente caso, sí se lesionó el bien jurídico que la norma transgredida quiso proteger. En efecto, el servicio se vio afectado cuando Santos Velandia incumplió con el deber de permanencia que le era exigible por ser miembro activo de la Fuerza Pública y encontrarse, para el momento de los hechos, en la Misión Táctica 022 «Obelisco 1», Orden de Operaciones «Amazonas» de la Brigada 16 del

Ejército Nacional.

Advirtió que la materialización del daño se vio reflejada en los riesgos a los que el mismo soldado procesado se expuso y que se encuentran descritos en la Orden de Operaciones como, por ejemplo, movilizarse en áreas preparadas por el enemigo con artefactos explosivos, además de las actividades de búsqueda que tuvieron que desplegar los demás miembros de su compañía para dar con su paradero, lo que ciertamente implicó una distracción en el cumplimiento de la misión original asignada.

Contrario a lo que se adujo en la demanda, para el Ministerio Público quedó establecido que la conducta realizada por Delvis Samael Santos Velandia lesionó el bien jurídico tutelado, ya que su ausencia afectó las funciones que le fueron asignadas como Soldado Profesional del Ejército Nacional de Colombia.

De otro lado, se opuso al argumento de la defensa según el cual no se aplicó la duda en favor del procesado. Sobre el particular, precisó que ese razonamiento no es pertinente en sede de casación, en tanto la discrepancia interpretativa sobre la valoración probatoria que efectuó el Tribunal no podrá ser nunca un motivo válido para derruir la doble presunción de acierto y legalidad que ampara al fallo.

En su criterio, las conclusiones a las que llegó el Tribunal son el resultado de una valoración conjunta de las pruebas en la que se respetaron las reglas de la sana crítica, a partir de la cual se despejó cualquier duda que existiera sobre la conducta dolosa por la cual se acusó al procesado.

Frente al segundo cargo, advirtió que el recurrente no demostró que la sentencia impugnada adoleciera de algún vicio en la motivación. Por el contrario, el Tribunal soportó argumentativamente la sentencia y analizó, como era su deber, la antijuridicidad material del comportamiento, que se concretó en el riesgo que generó para el mismo acusado y sus compañeros de pelotón, quienes tuvieron que salir a buscarlo en una zona peligrosa,

exponiéndose a un ataque por parte de grupos armados al margen de la ley.

Afirmó que no era necesario, como así lo exige el recurrente, que el riesgo se materializara en una operación fallida, pues el bien jurídicamente tutelado se basa en la «lealtad al servicio militar y su compromiso con la patria», de ahí que el solo hecho de abandonar sus labores como soldado, sin la autorización de su superior, configuró la lesividad del comportamiento.

Por último, solicitó la desestimación del tercer cargo por no encontrar acreditado el error de hecho que se denunció, en tanto el Tribunal no valoró ninguna prueba que no haya sido practicada y, en cambio, sí fundamentó su decisión en todos los testimonios que se recepcionaron, incluido el del procesado, quien reconoció haberse ausentado del batallón para llevarle un televisor a su esposa en el municipio de Paz de Ariporo.

Adujo que la prueba de la antijuridicidad material tampoco es producto de una suposición por parte del Tribunal. Por tratarse de un delito de mera conducta en el que no se hace exigible la materialización de un daño para vulnerar el bien jurídico protegido, basta que se pruebe el haber realizado el comportamiento prohibido por la ley para que se configure el tipo penal descrito en el artículo 108 del Código Penal Militar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

El defensor de Delvis Samael Santos Velandia cuestionó la legalidad de la sentencia de segunda instancia que, luego de revocar la absolutoria de primer grado, lo condenó como autor del delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales, con fundamento en tres motivos: los dos primeros, por violación directa de la ley sustancial, y el tercero, constitutivo de violación indirecta, los que, en ese mismo orden, se pasan a examinar.

Primer cargo: violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de la norma

llamada a regular el caso.

El demandante consideró que el fallo condenatorio dictado por el Tribunal es ilegal porque en él se desconoció el artículo 17 de la Ley 1407 de 2010 que consagra el principio de antijuridicidad material. En tal sentido, consideró que la conducta ejecutada por el soldado profesional Delvis Samael Santos Velandia si bien es típica y formalmente antijurídica, al no haber lesionado o «puesto efectivamente en peligro» el bien jurídico tutelado, no constituye un injusto con trascendencia para el derecho penal.

Con todo, al contrastar los fundamentos del cargo con el contenido de la sentencia de segundo grado, se advierte que el Tribunal reprochó al soldado profesional del Ejército Delvis Samael Santos Velandia el abandono del servicio el 10 de octubre de 2012 en cuanto –se dijo en el fallo- desatendió su deber de presencia y se ausentó de forma deliberada e inconsulta de la Unidad de Contraguerrilla Atila 2 de la que hacía parte, poniendo en riesgo con ello las actividades operacionales de la Fuerza.

Así, en el fallo de condena de segunda instancia se expresó:

«No resulta congruente con el fin de protección de la norma que tipifica el reato por el que se procede, que se alegue por parte del operador judicial de primera instancia, que no se evidenció daño alguno del bien jurídico objeto de protección por no haberse afectado el propósito de la misión o de la operación militar o porque no se puso en peligro la vida o integridad de alguno de sus miembros, pues olvida que lo tutelado en el delito de Abandono del Servicio de Soldados Voluntarios o Profesionales es el servicio en su acepción del deber de presencia que le incumbe a todo miembro de la Fuerza Pública en tanto parte integrante de un pie de fuerza caracterizado por su permanencia tal como se colige de lo consagrado en la Constitución Nacional, toda vez que la ausencia deliberada e inconsulta del servicio por parte del militar sujeto activo del reato en cita –llámese Soldado Voluntario o Profesional-, como aconteció en el caso en estudio, altera indubitavelmente el normal desarrollo

institucional del servicio y de quienes integraban la compañía Atila que se encontraban en el área de operaciones enmarcadas en la Misión Táctica 022, “Obelisco 1”, Orden de Operaciones “Amazonas” de la Brigada 16 del Ejército Nacional, con una misión específica de llevar a cabo “acción ofensiva empleando el método de ataques planeados y las técnicas y maniobras de combate irregular en aras a neutralizar y doblegar la voluntad de lucha de los integrantes de la comisión Víctor Manuel Díaz Frente José David Suárez Sistema Rival ELN que delinquen en la región”.

Al ausentarse de la forma en que lo hizo, subrepticia y desautorizadamente de su unidad fundamental inmersa en el cumplimiento de una operación militar cimentada en la Orden de Operaciones a la que se ha hecho alusión, el Soldado Profesional Delvis Samael Santos Velandia no sólo dejó al garete el cumplimiento de las funciones derivadas de su función militar, sino que además se expuso a los riesgos descritos en dicha Orden de Operaciones, tales como movilizarse por áreas preparadas por el enemigo con artefactos explosivos, trampas con granadas y hasta “plan pistola”, y expuso a los mismos a sus pares, pues repárese que, una vez se tuvo conocimiento de su ausencia, el CS. ARDILA MUÑOZ ROBINSON FERNANDO, Comandante de la Segunda Sección del Segundo Pelotón y Comandante del procesado, dispuso de inmediato su búsqueda por los sectores aledaños a la quebrada, actividad que desplegaron los Cabos ARDILA y MONTENEGRO quienes lo buscaron dentro de un área de 300 metros potrero arriba por donde se creía había salido sin encontrar rastro alguno, es decir, que la conducta del procesado a más de riesgosa conllevó a la movilización del personal militar tratando de ubicarlo, comprometiéndolos en actividades diferentes a las programadas en la compañía, distrayéndolos incluso del cumplimiento de la misión original de la fracción de tropa a la que pertenecía». -Resalta la Sala-.

Bien se ve, entonces, que el Tribunal no excluyó de su análisis el principio de la antijuridicidad material y sí, por el contrario, lo valoró desde la perspectiva del potencial riesgo que la conducta del soldado infractor creó para él mismo, para los integrantes de su

tropa y para las Fuerzas Militares en general.

Según el contenido de la Misión Táctica «022 OBELISCO 1» anexa a la Orden de Operaciones «Amazonas» de la Decimosexta Brigada del Ejército Nacional, desde el 1º de octubre de 2012 el Batallón de Combate Terrestre No. 38 «Centauros del Llano», al que pertenecía el soldado profesional Delvis Samael Santos Velandia, realizaría operaciones de acción ofensiva empleando el método de ataques planeados, técnicas y maniobras de combate irregular para «neutralizar y doblegar la voluntad de lucha de los integrantes de la comisión Víctor Manuel Díaz Frente José David Suárez Sistema Rival ELN que delinquen en la región». Esto implicaba que el procesado, por ser orgánico del Batallón de Combate Terrestre No. 38 «Centauros del Llano», tenía el deber de permanecer en el servicio a menos que se le concediera permiso para ausentarse, lo que, como se sabe, no ocurrió en este caso.

Pues bien, para analizar si la conducta del soldado profesional Delvis Samael Santos Velandia lesionó o puso en peligro el bien jurídico tutelado, se debe partir por señalar que la justicia penal militar, además de sustentarse en el principio de la antijuridicidad material (art. 17 Ley 1407 de 2010), también se afianza en el concepto genérico de la «lesión de un deber», con el cual se legitima la atribución de consecuencias penales a comportamientos en los que no se produce un daño efectivo, como es el caso de los delitos que se soportan en el deber de obediencia. En otras palabras, el injusto penal militar se compone tanto de una infracción de deberes como de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

En ese orden no presenta mayor dificultad concluir que, en efecto, Delvis Samael Santos Velandia faltó al deber de permanecer en el servicio en operaciones militares, pues abandonó físicamente el lugar donde debía estar y se puso, de forma inconsulta y deliberada, en un estado en el que no podía cumplir con el deber de servicio al que estaba obligado como miembro activo de las Fuerzas Militares, con lo que, además de crear un riesgo real para él mismo, para la tropa y las operaciones militares, generó una

perturbación real de carácter institucional que también se concretó en la infracción a los deberes funcionales del militar.

Es por eso que no le asiste la razón al recurrente cuando afirma que la conducta ejecutada por Santos Velandia no generó ningún daño que legitime la imposición de una sanción penal, pues al ser el servicio un bien jurídico de especial importancia para la Fuerza Pública y su correcto funcionamiento, la sola acción de abandonarlo constituye, en sí misma, una lesión material –y no simplemente formal- del interés que se busca proteger.

Es por esta razón que no es necesario que se produzca otro tipo de contingencia (pérdida de vidas humanas, disminución de la capacidad de acción de la Fuerza, desventaja frente al enemigo, etc.) para dar por satisfecho el principio de la antijuridicidad material en los tipos penales propios de los militares, pues se parte de la «necesidad de poder sancionar, desde una perspectiva claramente institucional y especializada, aquellos comportamientos que, de manera particular, afectan la buena marcha de la fuerza pública y los bienes jurídicos que a ella interesan»¹.

Así las cosas, resulta incuestionable que la acción desplegada por el procesado de abandonar el servicio durante el día 10 de octubre de 2012, es lo suficientemente aflictiva para el interés jurídico protegido, pues para entender lesionado el servicio, contrario a la opinión del censor, no se requiere haber sufrido bajas de unidades militares o haber cedido ventaja al enemigo generada exclusivamente por la evasión del soldado infractor.

Lo anterior, por cuanto el interés que tutelan las normas que criminalizan conductas que atentan o ponen en riesgo el servicio va en función no solo de garantizar la ejecución de «los específicos deberes que atañen a los miembros activos de la Fuerza Pública»², lo que es considerado como el servicio en sí mismo, sino también en la defensa de «la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional»³, como fines constitucionales de las Fuerzas Militares, los que, sin duda, se ponen en riesgo cuando

uno de sus miembros activos decide abandonar los deberes propios del servicio en campaña o en operaciones militares.

Al margen de que por conducto de la causal primera de casación esté vedado discutir errores en la valoración probatoria, es claro que en el presente asunto el problema de estricto derecho cuyo análisis propuso el censor queda dilucidado al concluir que el Tribunal condenó al soldado profesional Delvis Samael Santos Velandia por una conducta típica y antijurídica, esto último, tanto en sentido formal como material, de allí que no concurra en el fallo de segunda instancia el error denunciado en la demanda consistente en la falta de aplicación del artículo 17 de la Ley 1407 de 2010, ya que en manera alguna el tipo penal de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales exige para afirmar la lesividad de la conducta, que se produzca un daño distinto al solo abandono de los deberes propios del servicio en campaña o en operaciones militares.

De aceptarse la tesis de recurrente, el bien jurídico del servicio quedaría huérfano de tutela penal y no podrían protegerse los valores más representativos del régimen castrense, como son la disciplina, obediencia y honor, entre otros, cuando la realización de una conducta típica que atente contra ellos no produzca ningún otro resultado lesivo de mayor entidad (pérdida de vidas humanas, ataques del enemigo, pérdida de ventaja militar), ya que siempre se considerarían insignificantes y carentes de lesividad.

Piénsese, por ejemplo, que bajo la óptica del defensor no constituiría delito la conducta del centinela que se duerme; o la del soldado que desobedece la orden de su superior; o la del que huye de la zona de combate, puesto que, con esos comportamientos, por sí solos, no se generaría, en principio, un daño real y trascendente.

Pero como se viene analizando, lo que en últimas legitima la respuesta punitiva del Estado frente a este tipo de conductas es el desvalor de la acción que no el de resultado, pues la esencia del injusto penal militar, en relación con la antijuridicidad material, no depende de

la realización de un daño concreto sino de sustraerse del cumplimiento de los deberes propios del servicio lo que a su vez afecta los valores institucionales de las Fuerzas Militares y genera riesgos tanto individuales como colectivos que pueden afectar el cumplimiento de su misión.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo cargo. Violación directa la ley sustancial por interpretación errónea.

Igual que en la anterior censura, el reproche lo vuelve a desarrollar el actor criticando la prueba y la parte fáctica de la providencia, encaminando su ataque sobre ambos aspectos, pero alegando una violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea. Al sustentar el cargo, afirmó el demandante que la sentencia de segundo grado «vulneró el debido proceso» porque «no se construyó sobre la base de una argumentación o motivación probatoria que demanda toda decisión judicial».

Para resolver el cargo, conviene recordar que según la jurisprudencia de la Sala, las falencias en la motivación de las decisiones judiciales por ausencia o falta absoluta, incompleta o ambivalente deben ser alegadas por la vía de la causal de nulidad, porque la «motivación hace parte del debido proceso (artículo 29 de la Carta Política), que se entronca con principios de la función pública de la administración de justicia como los de publicidad, prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 ib.) y con la garantía de acceso a la administración de justicia»⁴. Es decir, la inexistente, ambivalente o dilógica motivación ataca la estructura del derecho fundamental al debido proceso y la única forma de remediar un vicio de tal magnitud, es la declaratoria de nulidad.

De tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala tiene establecido que la motivación de la sentencia hace parte de la garantía del debido proceso, traducida en el derecho de los intervinientes a conocer los supuestos fácticos, las razones probatorias y los juicios lógico-jurídicos sobre los cuales el juez construye su decisión, permitiéndoles al mismo tiempo

ejercer un control del proceso e identificar los puntos constitutivos de discrepancia con aquélla, que viabilice la posibilidad de interponer y sustentar los recursos legales.

Haciendo a un lado la equivocación del censor en la elección de la causal para denunciar una falta de argumentación y una falsa motivación de la sentencia⁵ -argumentos que, en todo caso, se excluyen entre sí-, al someter a examen la decisión se encuentra que el Tribunal sí señaló la forma en la que la conducta ejecutada por Delvis Samael Santos Velandia afectó el servicio. Tan es así que, como se anotó líneas atrás, el fallador de segundo grado dedicó un capítulo entero a analizar el tema de la antijuridicidad material, para concluir que:

«Así las cosas, tenemos que en el caso sub examine la conducta desplegada por el señor SLP. DELVIS SAMAEL SANTOS VELANDIA aquel 10 de octubre de 2012, cuando sin causa justificada abandonó el área de operaciones, se erigió en un comportamiento que en realidad lesionó, se itera, el bien jurídico del Servicio, conducta desde todo punto de vista reprochable ante la dejación total y voluntaria de los deberes a él asignados.

Así entonces, considera la Sala un despropósito jurídico pensar que la Compañía a la que pertenece el procesado, por no haber sido objeto de una hostilidad o por no haber tenido lugar un fracaso militar o el deceso de los miembros de la Fuerza Pública comprometido [sic] en la ejecución de la operación, no se causó daño alguno al bien jurídico objeto de salvaguarda. Recuértese que el Servicio inicia desde los mismos actos preparativos de la misión y por lo tanto la ausencia injustificada de cualquiera de los miembros que hacen parte de ella perturba el normal desarrollo de la operación. Al respecto, de manera acertada esta Corporación señaló en pretérita ocasión:

(...)

La decisión transcrita con inmediata anterioridad fue citada por la apelante y la comparte ésta Sala, con la cual se destaca y se itera que con el comportamiento del aquí enjuiciado

se perturbó el bien jurídico del Servicio, pues abandonó los deberes en el área de combate, de campaña y de operaciones militares, viéndose menguada la eficacia y la eficiencia operativa de la fracción de tropa que integraba, lógica y racional inferencia palmarmente contraria a lo esgrimido por el fallador de primera instancia en la decisión objeto de disenso». –Destaca la Sala–.

Esta referencia de la sentencia de segundo grado a la afectación del bien jurídico pone en evidencia que el tema de la antijuridicidad material sí fue analizado por el Tribunal al momento de proferir la condena, la cual estuvo debidamente soportada en las pruebas incorporadas. La decisión, en últimas, encontró que la conducta afectó el servicio porque el acusado abandonó sus deberes en el área de combate y, por lo tanto, es legítima la respuesta punitiva del Estado.

El anterior recuento del fallo impugnado también es útil para concluir que su motivación no es falsa o sofística, como así lo denunció el impugnante en la demanda cuando afirmó que el Tribunal, sin prueba del desvalor de resultado o de la antijuridicidad material de la conducta, decidió condenar a Delvis Samael Santos Velandia. En efecto y como se analizará a continuación, la decisión condenatoria que adoptó el fallador de segundo grado se sustentó en la verdad probada y su conclusión sobre la lesividad de la conducta no refleja ningún error de juicio relevante en la apreciación de las pruebas.

En orden a verificar el presunto defecto de motivación atribuido a la sentencia, corresponde analizar si, en verdad, la decisión es sofística o, por el contrario, su contenido se ajusta a los presupuestos mínimos de fundamentación probatoria exigidos por la ley.

Cuando el censor afirma que no existe en el expediente ninguna prueba que demuestre la efectiva puesta en peligro del bien jurídico tutelado, lo que está indicando, en otras palabras, es que el Tribunal fundamentó la decisión en pruebas inexistentes. Su apreciación, sin embargo, parte de su confusión entre la noción del bien jurídico que aquí se

está protegiendo y la delimitación del tema de prueba, que en el marco de un proceso penal solo se puede referir a los hechos jurídicamente relevantes que configuran el tipo penal.

En otras palabras, el juicio sobre la categoría dogmática de la antijuridicidad responde a un ejercicio de ponderación que realiza el juez luego de valorar los hechos que fueron debidamente probados para establecer si la conducta lesionó o puso efectivamente en peligro el bien jurídico tutelado. De ahí que el tema de la prueba se encuentre delimitado, como así lo ha dicho la Sala, por las «hipótesis fácticas contenidas en la acusación»⁶.

Lo anterior adquiere relevancia para resolver la inconformidad del defensor con lo que él denominó la «ausencia de prueba de la antijuridicidad material de la conducta». Para el caso, la sentencia se encuentra debidamente soportada en los elementos de juicio que demostraron que el día 10 de octubre de 2012 entre las 12:30 y las 17:50 de la tarde el soldado Delvis Samael Santos Velandia se ausentó sin autorización de la base militar en la que debía permanecer. A partir de allí el Tribunal valoró la lesividad de la conducta y llegó a la conclusión, suficientemente motivada, de que la infracción de la norma puso efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal militar.

Además, con la simple lectura del fallo de segundo grado la Sala descarta que el Tribunal hubiera incurrido en ausencia total o en una motivación falsa, pues la decisión se ocupó de exponer las razones que condujeron a la revocatoria de la absolución emitida por el juzgado de primera instancia.

Así, el fallador colegiado se ocupó de analizar el tema de la antijuridicidad material y de derruir, con argumentos jurídicos serios y válidos, las consideraciones del juzgado de primera instancia sobre la falta de lesividad de la conducta típica que se le atribuyó al procesado. Para ello, refutó la equivocada apreciación que se plasmó en la sentencia de primer grado sobre el concepto de «operación militar con relación al servicio», y de esa

forma concluir que «si bien de las pruebas militantes en infolios se probó que no ocurrió alguna situación de hostilidad, ello no era óbice para soslayar sus deberes como al efecto lo hizo puesto que su ausencia física conllevó la necesidad de reorganizar el pelotón del cual hacía parte para ubicarlo y cumplir con la orden de abastecimiento, ello sin dejar de lado que el soldado SANTOS VELANDIA abandonó con total despreocupación el material del guerra a él asignado, bien estatal éste que no se perdió gracias a la intervención oportuna de compañeros».

Seguidamente, explicó por qué el comportamiento atribuido a Santos Velandia debía ser sancionado conforme las normas del derecho penal y no, como así lo consideró el juez de primera instancia, en el ámbito del derecho disciplinario. Sobre el particular, precisó que la grave afectación de los «derechos sociales» en el caso concreto autorizaba la aplicación de la sanción penal, pues con su conducta el procesado vulneró el servicio, que es considerado uno de los pilares fundamentales de las instituciones castrenses.

El anterior recuento permite a la Sala concluir que el Tribunal sí asumió el estudio de los puntos que echa de menos el demandante, incluidos los propuestos en su oportunidad por la misma defensa como no recurrente.

Ahora, pese a que el impugnante para sustentar el segundo cargo adujo que la sentencia «no se construyó sobre la base de una argumentación o motivación probatoria que demanda toda decisión judicial» -lo que podría entenderse como una falta de motivación-, a la par denunció que el Tribunal se apartó de la verdad probada porque decidió condenar sin que existiera una sola prueba de la antijuridicidad material o de la lesividad de la conducta, lo que para él constituye una falsa motivación.

En efecto, erradamente el censor postula por vía de la violación directa de la ley sustancial yerros que de estructurarse son propios de la vía indirecta por errores de hecho, así como los propuso en el cargo tercero, razón por la cual, la alegada suposición de pruebas en la

que incurrió el Tribunal será objeto de respuesta cuando la Sala se ocupe del último cargo.

Visto entonces que en el fallo no se estructura ningún defecto de motivación, el cargo no prospera.

Tercer cargo. Violación indirecta de la ley sustancial derivada de error de hecho por falso juicio de existencia por suposición.

Según el recurrente, el Tribunal dio por probado que la conducta del procesado era materialmente antijurídica cuando, según él, no existe una sola prueba en el expediente que así lo demuestre.

Como se viene explicando, lo que legitima la imposición de una sanción penal cuando se tipifica la conducta de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales no es el desvalor de resultado, como así lo entiende el impugnante, sino el desvalor de la acción, el cual, para el caso concreto, desde la sentencia de primera instancia se encontró suficientemente probado con las versiones juradas de los uniformados que conocieron del caso, quienes coincidieron en afirmar que el 10 de octubre de 2012 el soldado profesional Delvis Samael Santos Velandia se evadió sin autorización del área de operaciones en la que debía permanecer.

Así, por ejemplo, el señor Sargento Viceprimero Walter Calderón García informó7:

«Siendo las 14:30 del día 10 de octubre del 2012, me encontraba con la primera sección del segundo pelotón de la Compañía A, y como Comandante de Pelotón al mando de la segunda sección del segundo pelotón de la compañía A, en donde el cabo segundo ARDILA, comandante de la segunda sección me informa de que se encuentra un soldado evadido del área de vivac o base de patrulla móvil, en donde me informa que el soldado SANTOS VELANDIA DELVIS no se encuentra y en donde lo busco 300 metros a la redonda del área de vivac desde las 10:30 a 12:30 del medio día y no lo encontré espero [sic] que llegara el

almuerzo, no llego [sic] y por lo tanto me informo [sic] a esta hora a las 14:30, inmediatamente ordené que me tuviera listo todo el personal, toda la sección me la formara para ir [sic] a constatar personalmente, me dirigí hacia el punto o área de vivac de esa sección, la formé verificando que se encontraba a 02-13 y un centinela y teniendo una novedad por que la sección es de 02-15, nuevamente ordené a que se iniciara a buscar al soldado a esa hora por que de pronto hubiese tenido algún percance o alguna situación especial, se busco [sic] durante una hora y no se halló al soldado, pero dentro del área de vivac, el soldado había dejado el armamento y material de intendencia completo ya no encontrándolo o hallándolo informe [sic] inmediatamente al Comandante del Batallón de la situación presentada hasta el momento y donde mi Mayor OCHOA REAL RICHARD, ordena que si el soldado se encuentra evadido y no está dentro del área de vivac se ordenara abrir una investigación y realizando los respectivos informes de los hechos ocurridos en ese punto y del pelotón, al soldado se agotaron todos los medios para poderlo hallar teniendo dentro de mis apuntes del cuaderno de comandante de pelotón el número telefónico del soldado SANTOS en donde insistidamente [sic] timbre [sic] varias veces teniéndolo apagado, le preguntaba al personal cuando se formo [sic] si sabía del soldado SANTOS y ninguno contestó nada diciendo que ellos no sabían nada, que ellos no se metían en nada y que si en algún momento los llamaban a declarar no decían anda [sic], los cuales son testigos el cabo segundo ARDILA y el cabo segundo MONTENEGRO comandante de la Escuadra, siendo las 17:50 horas el soldado apareció a 15 metros de la carpa del soldado CARDONA manifestando que se encontraba muy mal y respectivamente se le prestaron los primeros auxilios colocándole unos sueros al soldado, lo cual no se colocó [sic] a prestar de centinela ni nada sino que mantuvo en reposo toda la noche, al otro día le pregunte [sic] al cabo ARDILA comandante de la sección que como seguía el soldado y me manifestó que estaba sin ningún problema que ya estaba prestando sin novedad por eso no hubo necesidad de llevarlo a un centro hospitalario».

Por su parte, el señor Cabo Segundo Robinson Fernando Ardila Muñoz, al rendir diligencia de

ratificación y ampliación de informe, relató8:

«Ese día eran aproximadamente las 7:30 horas, cuando el soldado se me acerco [sic] y me solicitó un permiso para ir a la ciudad de Yopal a solucionar un problema sobre una herencia, en ese momento yo le dije que no estaba autorizado para dar ese permiso pero que al rato le informábamos al comandante del pelotón y el comandante del pelotón me dijo que tampoco estaba autorizado para sacarlo del área de operaciones pero que al rato le informaba al comandante de compañía o al comandante del Batallón, después de haberle dicho al soldado la respuesta del comandante de pelotón solicito [sic] permiso para ir hacer [sic] mantenimiento administrativo ya que el día anterior se encontraba de ranchero, le dije que estaba autorizado que fuera con su armamento completo, le indique [sic] el lugar que quedaba dentro del área [sic] vivac que pasaba una quebrada, iba hacer [sic] mantenimiento a lavar unos camuflados, el [sic] se fue siendo las 12:30 como aproximadamente cuando al paso del almuerzo constate [sic] el personal y me hacía falta el soldado SANTOS VALENCIA, le pregunte [sic] al ranchero que si había pasado y me dijo que no sabia [sic], pregunte [sic] a los soldados que quien sabia [sic] del soldado SANTOS VELANDIA y me dijeron que estaba lavando, luego fue hasta el sitio donde lo había autorizado para hacer el mantenimiento y no se encontraba, llame [sic] al señor C3. MONTENEGRO comandante del equipo de él, le dije que el soldado no se encontraba donde lo había dejado de inmediato iniciamos una búsqueda sobre todo el área [sic] de vivac y sus alrededores sobrepasando el perímetro de los guardias, luego personalmente inicie [sic] una búsqueda en el área [sic] de vivac encontrando el arma de dotación en el cambuche del soldado profesional CARDONA LÓPEZ EVER, de inmediato le pregunte [sic] del por que [sic] el fusil se encontraba en el cambuche de él y manifestó que él no sabia [sic] nada y que se había ido hacia arriba donde él se encontraba cambuchando sin armamento, inmediato iniciamos nuevamente otra búsqueda por donde el soldado había indicado que el soldado SANTOS se había ido, en el transcurso de las dos y veinte a dos y treinta aproximadamente le informe [sic] al comandante del pelotón que el soldado no se encontraba en el área de

vivac, de inmediato me dio la orden de que reuniera el personal y que le diera parte le di parte informándole la novedad el cual no se encontraba el soldado SANTOS y luego él recibió parte de que quien sabía del soldado SANTOS VELANDIA y no dieron nada, comenzaron a manifestar que el soldado que estaba por ahí, que el soldado no se había ido (...) nos retiró siendo las 17:30 horas, cuando se me acerco [sic] el soldado SOTO informándome que el soldado SANTOS VELANDIA se encontraba en un potrero tirado enfermo (...).

Incluso, la compañera permanente del acusado, Diana Lizeth Tabaco, en la declaración que rindió ante el Juzgado 1º Promiscuo Municipal de Paz de Ariporo reconoció que el 10 de octubre de 2012, su compañero, el soldado Delvis Samael Santos Velandia, fue a su casa para llevarle un televisor a los niños. Esto dijo la testigo:

«Él [DELVIS SAMAEL SANTOS VELANDIA] se encontraba prestando servicio en el morro, nos comunicamos por celular en las horas de la mañana él se vino para Paz de Ariporo luego [sic] como a las doce y media a la casa, y se regresó como de dos y media a tres de la tarde, el [sic] vino a traer un televisor para los niños porque no teníamos televisor».

Como se puede observar, las pruebas aquí relacionadas junto con todas las demás que fueron correctamente valoradas en la sentencia no permiten estructurar ningún margen de duda respecto a la materialidad del delito y a la responsabilidad penal del acusado, a quien se le reprocha, se insiste, el haber contrariado con pleno conocimiento y voluntad, el mandato legal de no abandonar los deberes propios del servicio en campaña u operaciones militares.

Siendo esto así, el cargo propuesto por la defensa carece de fundamento y sí postula, por el contrario, un debate que se adscribe al terreno de la valoración de la antijuridicidad de una conducta y trasladando el problema a la estimación de que la prueba recogida no es suficiente para demostrar la lesividad del comportamiento lo que, según se explicó, no configura un falso juicio de existencia por suposición porque lo que constituye el tema de la

prueba que fue íntegramente valorada por el Tribunal son los hechos jurídicamente relevantes y no los juicios de valor que sobre los mismos se hubieran construido en la sentencia.

Bajo esas premisas el cargo no prospera.

Doble conformidad.

Con la presente decisión se garantiza a Delvis Samael Santos Velandia el derecho fundamental a la impugnación de la sentencia que lo condenó por primera vez en segunda instancia, puesto que se resolvieron todos los cuestionamientos jurídicos y probatorios que su defensor formuló.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

No casar la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar el 11 de agosto de 2015 mediante la cual revocó la proferida por el Juzgado 10º de Instancia de Brigada de Yopal, y en su lugar, condenó al soldado profesional Delvis Samael Santos Velandia como autor del delito de abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Corte Constitucional, C-326-16.

2 CSJ SP, 23 May. 2001, Rad. 12878.

3 Art. 217 [Constitución Política](#).

4 CSJ SP071-219.

5 Según la jurisprudencia de la Sala la motivación sofística, falsa o aparente debe demandarse por la vía de la causal primera, cuerpo segundo, esto es, por violación indirecta de la ley sustancial derivada de error de hecho o de derecho (CSJ AP1101-2018; AP17909-2017, entre otras).

6 CSJ SP3168-2017.

7 Fol. 40, c.o. 1.

8 Fol. 53 ibídem.