

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

Magistrado Ponente

AP2938-2023

Radicación No. 61789

(Aprobado Acta No. 183)

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Se pronuncia la Sala sobre el cumplimiento de los presupuestos de admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de MANUEL ENRIQUE PORTACIO ORTEGA contra la sentencia emitida por el Tribunal Superior Militar y Policial el 28 de febrero de 2022, confirmatoria de la de primer grado del Juzgado Penal Militar del Departamento de Policía Santander que lo condenó por el delito de abandono del puesto.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. A las 05:50 horas del 16 de agosto de 2016, el teniente Elkin Gustavo Morantes Ortiz arribó a las instalaciones de la estación del municipio de Puerto Parra (Santander). Al ingresar a la oficina donde se encuentra la sala CIEPS, observó al PT MANUEL ENRIQUE PORTACIO ORTEGA recostado sobre el escritorio y a su compañero de patrulla, PT Diomar de Jesús Henríquez Meléndez, en el alojamiento acostado sobre una de las camas, sin botas y sin guerrera, pese a que, según función asignada, debían estar en turno de vigilancia fuera de las instalaciones de la estación.

2.- Por razón de lo anterior, el Juzgado 190 de Instrucción Penal Militar de Bucaramanga, el 5 de septiembre siguiente, a la luz del rito procesal establecido en la Ley 522 de 1999, dispuso la apertura de investigación formal en contra de los uniformados MANUEL ENRIQUE PORTACIO ORTEGA y Diomar De Jesús Henríquez Meléndez¹, a quienes se recibió indagatoria el 10 de octubre ulterior². Su situación jurídica se resolvió el 1° de noviembre inmediato, absteniéndose de imponer medida de aseguramiento en su contra por el delito de abandono del puesto (art. 105 de la Ley 1407 de 2010)³.

3.- Tras el cierre de investigación⁴, la Fiscalía 159 Penal Militar de Bucaramanga profirió, el 21 de julio de 2017, resolución de acusación en contra de los procesados por el mismo punible⁵. La decisión cobró ejecutoria el 28 de julio de la misma anualidad sin que los sujetos procesales hubieran interpuesto recurso en su contra⁶.

4.- El 7 de junio de 2018 tuvo lugar, ante el Juzgado Penal Militar del Departamento de Policía de Santander, la Corte Marcial⁷. Esa misma autoridad, el 28 del mismo mes y año, profirió sentencia por medio de la cual condenó a los acusados como autores del delito de abandono del puesto a la pena de doce (12) meses de prisión. Así mismo, les negó el beneficio de la condena de ejecución condicional, por mandato expreso del numeral 3 del artículo 63 de la Ley 1407 de 2010⁸.

5.- Los defensores de los sentenciados y el procesado Henríquez Meléndez interpusieron recurso de apelación contra la anterior determinación y el Tribunal Superior Militar de Bogotá lo resolvió, el 28 de febrero de 2022, impartándole confirmación⁹.

6.- Contra esta última decisión, el representante judicial de MANUEL ENRIQUE PORTACIO RIVERA promovió recurso extraordinario.

DEMANDA DE CASACIÓN

En acápite inicial de “hechos y actuación procesal” aduce que como su defendido fue

formalmente vinculado al proceso mediante indagatoria que tuvo lugar el 10 de octubre de 2016, ello ocasiona que a partir de ese día comienza el conteo para determinar la prescripción de la acción penal, “[e]ntendiendo que hay equivalencia funcional con la diligencia de imputación de acuerdo o lo establecido por la Sala Especial de Primera Instancia de la H. Corte Suprema de Justicia, mediante auto AEP 00134-2021 Radicado 0492 de fecha 5 de noviembre de 2021”.

El conteo respectivo permite determinar que la prescripción se configuró el 10 de octubre de 2021, pues “el artículo 79 de la ley 1407 de 2010 señala que ‘la prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación. Interrumpida la prescripción, comenzará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo’ (sic)...”.

Luego, en apartado subsiguiente, invoca un único cargo contra el fallo impugnado, con fundamento en la causal segunda por “desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes”, lo cual da lugar “a declarar la nulidad de lo actuado por el ad quem, por la no aplicación de los artículos 76, 79 y 450 de la ley 1407 de 2010”, normas referentes al término de prescripción de la acción penal y su interrupción, que determinan la pérdida de la potestad punitiva del Estado originada en el transcurso del tiempo.

En la demostración del reparo, empieza por señalar que “las disposiciones originales del Código de procedimiento Penal del año 2000, ley 600 del 2000, son los aplicables al caso por virtud de los principios de legalidad y de favorabilidad, ya que además de encontrarse vigente al momento y lugar de los hechos, resultan menos gravosas para el acusado, exclusivamente para efectos de la prescripción”.

El término de prescripción, añade, empezó a correr desde el 26 de agosto de 2016, fecha en que ocurrieron los hechos, y se interrumpió el 21 de agosto de 2017 con la resolución de

acusación. Acto seguido, trae a colación la sentencia de la Corte Constitucional SU-388 de 2021 según la cual la formulación de imputación propia de la Ley 906 de 2004 se equipara con la resolución de acusación de la Ley 600 de 2000, siendo ambas de tal trascendencia que, con ellas “se interrumpe el término de prescripción de la acción penal y comienza a correr un término perentorio para que el enjuiciamiento del procesado se efectúe dentro de un plazo razonable”.

Tras resaltar que la calificación jurídica del delito definida en la sentencia irradia efectos sustanciales para todos los efectos legales, no sólo para la pena sino inclusive respecto de los cómputos de la prescripción de la acción penal, como lo ha enfatizado esta Sala, alude que el artículo 76 de la Ley 1407 de 2010, en su segundo aparte, regula los términos que se deben aplicar para la prescripción de la acción penal indicando que en los delitos que tengan señalada otra clase de pena, como en este caso, la acción prescribirá en cinco (5) años.

Sin embargo, como según lo dispuesto en los artículos 79 y 450 ibidem al interrumpirse comienza a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 76 de la Ley 1407 de 2010, a partir de “la formulación de la Imputación (o que es equiparable como ya dejó de manifiesto la Honorable Magistratura, a la resolución de acusación), misma que inició cuando el Ente Fiscal ordenó la resolución de acusación el día 21 de julio del año 2017, posterior a lo vinculación formal ordenada por el Juzgado 190 de Instrucción Penal Militar del Departamento de Policía de Santander, es decir, la acción penal que se utilizó en contra de mi hoy defendido prescribió el día 21 de enero de 2020”.

Con fundamento en lo expuesto, solicita casar el fallo recurrido y, en su lugar, “decretar la nulidad de lo actuado por el ad quem y por consiguiente decretar extinta la acción penal por prescripción del delito endilgado a mi prohijado”.

CONSIDERACIONES

El recurso extraordinario de casación representa un control de legalidad y

constitucionalidad frente a la sentencia cuyo quebranto se pretende. En atención a ello, sus exigencias no son las mismas que regulan la actividad de las instancias ordinarias del proceso. Tales presupuestos se encuentran en la legislación y han sido desarrollados profusamente por la jurisprudencia de esta Sala. Así, se inadmitirá la demanda de casación cuando el demandante carezca de interés, prescinda de señalar la causal o no desarrolle adecuadamente los cargos de sustentación. De igual modo, si se advierte la irrelevancia del fallo para cumplir los propósitos del recurso.

Los motivos de impugnación, adicionalmente, deben adecuarse a las causales taxativamente previstas en la legislación aplicable ya que se trata de un recurso rogado, frente al cual, en principio, la Corte se encuentra limitada a pronunciarse únicamente en relación con las alegadas por el demandante.

Una vez escogida la causal o causales consideradas por el libelista para emprender el juicio de casación, los cargos que se formulen deben desarrollarse de manera clara, precisa y concisa, siguiendo, además, sus condicionamientos, así como los del error que se atribuye frente al sentido de la violación demandada.

Con fundamento en las anteriores precisiones, emerge diáfano que la demanda presentada por el defensor de MANUEL ENRIQUE PORTACIO RIVERA no satisface los presupuestos exigidos para su admisión. Las razones son las siguientes:

1. La Ley 1407 de 2010 derogó la Ley 522 de 1999 y estatuyó el nuevo Código Penal Militar, y se aplica, como se sigue de su artículo 628 y lo resuelto por la Corte Constitucional en sentencia C-444 de 2011, “a partir del 17 de agosto de 2010”.

Los hechos que originaron esta actuación sucedieron el 16 de agosto de 2016, es decir, ya en vigencia de la primera norma en cita. No obstante, tal regla de vigencia temporal,

conforme lo tiene reconocido la Sala, atañe a los aspectos sustanciales de la codificación más reciente (CSJ AP, 30 abr. 2019, rad. 49801), pues en lo que tiene que ver con sus aspectos procesales o implementación del sistema penal acusatorio para la justicia castrense, ha de atenderse el Decreto 2960 de 2011, de acuerdo con el cual la Ley 1407 de 2010 empezaría a aplicarse, de manera gradual en el territorio nacional, a partir del año 2012, y en particular en el departamento de Santander, donde ocurrieron los hechos por los que se procede, en el año 2014 (tercera fase). Este límite cronológico, sin embargo, sucesivamente ha sido objeto de prórrogas, hasta que finalmente se materializó para el año 2022, como lo dispuso el Decreto 1768 de 2020, previéndose su entrada en vigencia para el departamento de Santander en el 2024.

Lo anterior significa, entonces, que en materia procesal el presente asunto se ciñe por la Ley 522 de 1999, por la cual se tramitó correctamente la actuación y, en específico lo relacionado con el recurso de casación, por los artículos 368 y siguientes de esa norma. En esa medida, el medio extraordinario de impugnación solo resulta procedente, conforme al primer inciso del citado artículo 368, “contra las sentencias de segunda instancia, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años”.

De lo anterior se desprende que la impugnación extraordinaria sólo procedía por la vía discrecional, según el inciso tercero del mismo precepto, lo cual imponía al censor la carga, que pretermitió totalmente pese a haber sido advertido de ello en la parte resolutive de la sentencia impugnada, de demostrar que su admisión era necesaria para desarrollar la jurisprudencia (esto es, agotar el estudio de un tema jurídico en particular, unificar posturas o actualizar la doctrina)¹⁰, o para reestablecer garantías vulneradas del procesado.

Sobre el particular, ha destacado la Sala (CSJ AP, 29 nov. 2017, rad. 44666):

“... [S]i ya por sí mismo el recurso de casación tiene carácter extraordinario, en cuya razón la admisión de la demanda se supedita a que se cumplan unas pautas argumentales y de sustentación exigentes, el tópico deriva hacia escenarios excepcionalísimos cuando se verifica que, en sentido general, el asunto no admite de esa especial forma de impugnación. Por ello, se torna imperioso delimitar amplia y suficientemente la materialización de una de las dos circunstancias que habilitan el examen excepcional de la Corte, a saber, vulneración de garantías fundamentales o necesidad de desarrollar la jurisprudencia.

En otras palabras, cuando el delito por el cual se condena contempla una pena máxima legalmente establecida inferior a 6 años, lo normal es que el trámite termine con el fallo del ad-quem, y sólo cuando el recurrente argumente de manera expresa y suficiente que es urgente la intervención de la Corte para contener garantías vulneradas o hacer dinámica la jurisprudencia, es posible, desde luego, si además se fundamenta cabalmente la existencia de un yerro trascendente, admitir la demanda de casación. Lo contrario significaría tornar en general lo que tiene una naturaleza muy particular.

De ahí que sea competencia exclusiva de la Corte, en ejercicio de su discrecionalidad, ponderar la fundamentación expuesta por la parte que acude a dicho mecanismo y decidir si admite o rechaza el trámite de la casación facultativa que se propone” (subraya fuera de texto).

Ahora, no se puede dejar de lado que en este caso el censor plantea la violación al debido proceso porque al momento de emitirse la sentencia recurrida la acción penal por el delito aludido ya estaba prescrita, situación que, a su entender, genera la nulidad de la actuación surtida. Aunque tal argumentación no está dirigida a probar la necesidad de acceder a la casación discrecional sino a sustentar el cargo formulado, la Sala, en el cometido de ofrecer la respuesta más completa posible a la demanda, examinará si esos planteamientos resultan suficientes para tenerla por procedente y admisible.

2. Como se reseñó, el recurso de casación para este asunto se rige por los artículos 368 y siguientes de la Ley 522 de 1999, que, en cuanto a sus causales, así como frente a todo lo relacionado con en el trámite subsiguiente a la concesión del recurso, se reglamenta, por remisión expresa de su artículo 372, por la Ley 600 de 2000 (AP579, feb. 24 de 2021, rad. 56320 y AP1205, jun. 24 de 2020, rad. 57232, entre otras).

Pues bien, el demandante invoca la causal segunda por “desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes” sin concretar su fuente legal, pero se entiende, por tal enunciado, desarrollo posterior del cargo y petición de nulidad, que se refiere a la causal segunda contemplada en la Ley 906 de 2004. Tal invocación es incorrecta, porque, se repite, ha debido atenderse a las causales previstas en la Ley 600 de 2000. Con todo, tal dislate no resulta trascendente de cara a la calificación de la demanda, dado que su propuesta también encasilla en la causal tercera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, para “[c]uando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad”.

3. Ahora bien, lo que sí incide en el estudio de admisión del libelo son las falencias que exhibe en detrimento de su debida claridad y precisión. Ello, porque sus fundamentos son ambiguos y contradictorios, lo cual, desde luego, afecta su debida comprensión.

En efecto, según quedó consignado, en un capítulo previo al desarrollo del único cargo formulado, el libelista adujo que para el momento en que se profirió la sentencia de segunda instancia objeto de impugnación la acción penal por el delito atribuido estaba prescrita, fenómeno que se habría desencadenado luego de su interrupción, debiéndose

efectuar el conteo a partir de la indagatoria rendida por su prohijado, en cuanto dicha diligencia de la Ley 600 de 2000 se equipara a la formulación de imputación de la Ley 906 de 2004, basándose para ello en una decisión de la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación. Sin embargo, más adelante, en el desarrollo de la censura por violación al debido proceso, si bien llega a idéntica conclusión, ya no tiene como referente para el cómputo el aludido acto procesal sino la resolución de acusación, porque ella, sostiene, es el acto que se asimila a la formulación de imputación de la Ley 906, invocando en ese sentido una decisión de la Corte Constitucional.

Como se puede evidenciar, la propuesta es ambigua, pues a la final no se sabe cuál es el acto procesal de la Ley 600 que a su juicio se asemeja a la formulación de imputación de la Ley 906 y determina el reinicio del cómputo de prescripción de la acción penal en este caso por su interrupción: si la indagatoria rendida por su defendido MANUEL ENRIQUE PORTACIO RIVERA o la resolución de acusación proferida en su contra, lo que, por supuesto, incide en la fecha final en que se habría cristalizado la extinción de la acción penal y explica por qué al inicio adujo que el fenómeno se produjo el 10 de octubre de 2021 y luego refirió al 21 de enero de 2020.

La confusión llega a un punto todavía más alto cuando en el desarrollo el cargo y tras afirmar que para el cómputo del fenómeno extintivo de la acción penal se deben aplicar las disposiciones que regulan el tema en la Ley 600 de 2000 (en virtud del principio de legalidad y por ser más favorables), indistinta e inexplicablemente las mezcla con las de la Ley 1407 de 2010 (arts. 76, 79 y 450), tornando la censura incomprensible.

4. Las anteriores falencias de lógica y argumentación que exhibe la demanda, en perjuicio de su claridad y precisión, corroboran su falta de idoneidad formal y son de suyo suficientes para colegir su inadmisión, pero a ello se suma que tampoco

resulta idónea sustancialmente para abrir paso a su estudio de fondo, en cuanto no es cierto que la acción penal en el caso objeto de estudio haya prescrito.

Conforme se ha reiterado, el procedimiento aplicado en este asunto fue el previsto en la Ley 522 de 1999, porque aunque los hechos ocurrieron cuando ya había entrado en vigencia la Ley 1407 de 2010, que prevé la implementación del sistema penal acusatorio para la Justicia Penal Militar, no ha entrado a regir, dada su implementación gradual, en el territorio donde ocurrieron los hechos (departamento de Santander), pese a ello es posible la aplicación de institutos de la nueva ley en la medida en que resulten favorables y no sean de la esencia de los diferentes sistemas de enjuiciamiento criminal, como así lo recalcó la Sala en AP3976, jul. 15 de 2015, rad. 45632:

“3. En consecuencia, si los procesos se tramitan bajo las formas previstas en el anterior Código Penal Militar mientras no se implemente el sistema penal acusatorio, por exclusión devienen inaplicables las contenidas en el nuevo ordenamiento, a no ser que se trate de disposiciones favorables al procesado y en tanto no correspondan a la esencia del esquema oral, tal como lo tiene decantado la Corte en torno a las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004”.

Pues bien, en relación con la interrupción del término de prescripción de la acción penal, temática sobre la cual se centra la discusión propuesta en la demanda, ha sido uniforme la jurisprudencia de la Sala en el sentido de que en asuntos regidos por la Ley 522 de 1999 no es viable aplicar las disposiciones de la Ley 1407 de 2010, en cuanto el acto de formulación de imputación, que en esta última norma sirve de referente para el reinicio del cómputo de prescripción de la acción penal en el juicio, es de la esencia del sistema penal acusatorio, como así también se ha venido señalando de manera invariable en relación con la Ley 906 de 2004 frente a asuntos tramitados por la Ley 600 de 2000. En lo que atañe a las normas regentes de la justicia castrense, se explicó desde la decisión de 6 de julio de 2011, rad. No. 35517:

“Con la expedición de la Ley 1407 de 2010, Nuevo Código Penal Militar, y la vigencia de la Ley 522 de 1999 (antigua codificación) se presenta el fenómeno denominado coexistencia de normas, de manera que para aplicar una u otra normatividad por virtud del principio de favorabilidad es necesario revisar detenidamente los dos sistemas para establecer si los institutos de los que se peticiona su aplicación en una y otra codificación son equivalentes. Como lo tiene sentado la Sala:

‘...el concepto amplio que siempre ha manejado esta Corte Suprema frente a la aplicación del principio de favorabilidad, no puede conllevar a que, con su pretexto, se pueda invocar, por ejemplo, la aplicación íntegra del nuevo sistema procesal a un caso no cobijado por su vigencia, pues, de un lado, el principio de favorabilidad es predicable de cara a institutos contenidos en uno u otro método de juzgamiento –los contenidos en las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004- en tanto discurren coetáneamente, y, de otro, la igualdad sólo es predicable frente a individuos que se encuentran en condiciones similares, o mejor expresado, como el fin último de cualquier sistema procesal es el de servir de ámbito de garantía a los derechos del individuo, es claro que cada sistema por sí mismo contiene una estructura interna propia que materializa y desarrolla el catálogo de garantías fundamentales consagradas en la Carta Política.

(...)

De allí que la aplicación de la favorabilidad respecto de determinadas normas contenidas en la Ley 906 a casos regulados por la Ley 600, depende de la equivalencia de los respectivos institutos...’.

2. En este evento, la Ley 522 de 1999 difiere de la 1407 de 2010, en cuanto cada una contiene distintas fases procesales y por tanto se modifica el procedimiento para administrar justicia militar, pues entre otras, las autoridades cambian sus roles, los sujetos procesales asumen distintas formas de participación, varía el sistema de aducción de pruebas, se

modifican los términos en cada estadio procesal y por consiguiente los institutos jurídicos que las gobiernan se transforman sustancialmente.

3. Dentro de la nueva dinámica procesal de la Ley 1407 de 2010, al existir una fase pre procesal en la que los intervinientes se encuentran habilitados para recaudar elementos materiales de prueba con miras a esclarecer la noticia criminal, es claro que la fase de investigación sufre serias modificaciones, entre ellas la forma de contar los términos con los que cuentan para adelantar la investigación.

En tal sentido el artículo 444 del nuevo estatuto procesal consagra la formulación de imputación como ‘el acto a través del cual la Fiscalía General Penal Militar comunica a una persona su calidad de imputado...’, es decir, lo vincula a la investigación, siendo por tal razón que es a partir de tal momento que el término prescriptivo se interrumpe; situación que no se puede equiparar con la interrupción de la prescripción que opera en la Ley 522 de 1999, en los términos pretendidos por la defensa.

4. Nótese cómo las decisiones que en uno y otro sistema fijan los límites para la interrupción de la prescripción no guardan identidad, toda vez que en la Ley 522 de 1999, (artículo 86) aquél término se cuenta a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación (actuación con la que termina la instrucción, y se da inicio al juicio), en tanto que con la Ley 1047 de 2010, es con la formulación de la imputación (como forma de vinculación a la averiguación penal) que se interrumpe el termino de prescripción de la acción.

5. De ahí que esté llamada al fracaso la solicitud de la apoderada, pues para apoyar su pretensión equiparó dos institutos jurídicos disímiles en cuanto que la audiencia de formulación de imputación que consagra la nueva normatividad, no puede parearse a la resolución de acusación del sistema procesal anterior, sencillamente porque el nuevo sistema también establece en sus artículos 481 y ss la audiencia de formulación de acusación, con lo cual no resulta posible la aplicación del principio de favorabilidad, en la

medida en que el artículo 78 del nuevo Código Penal Militar no guarda similitud con ningún instituto de la estructura procesal que consagra la Ley 522 de 1999, que es la normatividad que regula este proceso” (subrayas fuera de texto).

5. Así las cosas, el cálculo de prescripción de la acción penal luego de su interrupción, inicia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 522 de 1999, con la ejecutoria de la resolución de acusación, el cual “principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 de este código”.

Esta última norma, por su parte, establece que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años ni excederá de veinte (20). En este asunto, el delito atribuido a los procesados es el de abandono del puesto, que se sanciona, como ya se indicó, en el artículo 105 de la Ley 1407 de 2010 con una pena máxima de tres (3) años de prisión, luego no es cierto, como lo afirma el censor, que se aplica el segundo inciso del artículo 76 ibidem porque, según él, se trata de un delito que tiene señalada una clase de pena diferente a la privativa de la libertad (es de prisión, se recalca).

Volviendo al conteo, se tiene que con la interrupción de la prescripción, el término que se debe tener en cuenta es cinco (5) años, pues, como así lo prevé el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, no puede ser inferior a ese monto (SP2162, jun. 2 de 2021, rad. 58745, entre otras). Dicho lapso, a su vez, se incrementa en la mitad por tratarse de delito cometido por servidor público en ejercicio de sus funciones, factor que no tuvo en cuenta el recurrente, toda vez que, para la fecha de los hechos por los que se procede, ya había entrado en vigor el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011, aumento que se aplica independientemente de si se trata de delito común o típicamente militar en procura de no afectar el principio de igualdad, conforme lo reiteró hace poco esta Sala en la referida decisión AP761, mar. 3 de 2021, rad. 59010:

“De tiempo atrás, esta Corporación ha aceptado (Rads. 20719, 32201 y 44829) que “con fundamento en la garantía constitucional de la igualdad de las personas ante la ley, la cual demanda que reciban el mismo trato de las autoridades, sin discriminación alguna”, puede afirmarse que:

“(…) el aumento previsto por el legislador ordinario en el artículo 83 del Código Penal -el cual ha sido adicionado por el artículo 1° de la Ley 1154 de 2007 y modificado por los artículos 1° de la Ley 1426 de 2010, 14 de la Ley 1474 de 2014 y 16 de la Ley 1719 de 2014-, aplica tanto a los casos regulados bajo dicho régimen, como a los impulsados de acuerdo con las disposiciones que regulan la justicia penal militar.

Lo anotado quiere significar que, en todos los casos, es decir, sin diferenciar entre los delitos comunes y los típicamente militares, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte (desde la citada Ley 1474 el aumento debe hacerse en la mitad), cuando sea cometido por servidor público “en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos””. (AP1748-2015, rad. 44829).

Con esa orientación, en decisión reciente, la Sala reiteró que:

“En todos los casos, es decir, sin diferenciar entre los delitos comunes y los típicamente militares, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte o la mitad [desde la Ley 1474 de 2011], cuando sean cometidos por un servidor público «en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos».

(ii) Para efectos de computar el término prescriptivo, además de tener en cuenta el máximo punitivo, es necesario tener claro que las hipótesis delictivas endilgadas se cometan en calidad de servidor público, y en ejercicio de sus funciones, hipótesis en la que es necesario realizar el aumento indicado anteriormente. Y,

(iii) De acuerdo con lo analizado, la contabilización de los términos de prescripción en delitos cometidos por integrantes de la fuerza pública se contabilizará de conformidad al artículo 83 del Código Penal Militar –Ley 522 de 1999-, en concordancia con la misma norma de la Ley 599 de 2000” (AP354-2020, rad. 56.940).

No obstante, existe una única excepción en la materia, tal y como lo reconoció expresamente la Sala en 2010, criterio reiterado en AP1748-2015, rad. 44829, con un fundamento normativo que se mantiene intacto en la actualidad.

En efecto, el artículo 83 de la Ley 522 de 1999 contempla expresamente que ‘para el delito de desertión, la acción penal prescribirá en dos (2) años’...”.

De acuerdo con las anteriores premisas, los 5 años mínimos de prescripción de la fase del juicio se incrementan en la mitad, para un monto definitivo de siete (7) años y seis (6) meses. Contado ese lapso a partir del 28 de julio de 2017, esto es, la fecha en que la resolución de acusación proferida contra los procesados cobró ejecutoria, el fenómeno extintivo de la acción penal se verifica el 28 de enero de 2024, con lo cual refulge diáfano que tampoco le asiste razón en su prédica al casacionista.

6. Atendiendo entonces a las reseñadas falencias de lógica y debida argumentación del libelo presentado por el defensor de MANUEL ENRIQUE PORTACIO ORTEGA, sumadas a su falta de idoneidad sustancial, lo procedente es inadmitir la demanda de casación.

Sobre el sustituto de prisión domiciliaria.

A partir de la sentencia CSJ SP5104-2017, a cuyas pautas se ciñó recientemente AP1056, abr. 19 de 2023, rad. 62701, se tiene que no existen razones que justifiquen el tratamiento diferenciado en la ejecución de la pena de quienes, por razón del fuero, deben ser juzgados conforme con el Código Penal Militar y aquellos ciudadanos que están sometidos al Código Penal ordinario. En esa medida, es criterio de la Sala que en ambos escenarios normativos

debe garantizarse a los procesados la concesión de los mecanismos sustitutivos de la pena.

Ante la evidente contradicción, la Sala tomó en consideración la sentencia C-358 de 1997, en la que la Corte Constitucional examinó la demanda de inconstitucionalidad promovida contra algunos artículos del Código Penal Militar, estableciendo que:

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

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

La solución reseñada, según ya se advirtió, integró el fallo de casación proferido dentro de la actuación CSJ SP, 5 abr. 2017, rad. 40282. El fin con el que fue emitido, al tenor del artículo 206 de la Ley 600 de 2000, no fue otro que unificar la jurisprudencia para la debida interpretación y aplicación de las normas jurídicas relativas a la concesión del sustituto de prisión domiciliaria en asuntos regidos por el Código Penal Militar.

En consecuencia, correspondía a los sentenciadores de instancia, acorde con los parámetros establecidos jurisprudencialmente por la Sala, dar aplicación al precedente y examinar si en el caso específico los procesados MANUEL ENRIQUE PORTACIO ORTEGA (recurrente en casación) y Diomar de Jesús Henríquez Meléndez (no recurrente en casación) satisfacen las exigencias del artículo 38B de la Ley 599 de 2000 para cumplir la pena impuesta como autores del delito de abandono del puesto en su lugar de domicilio.

La verificación de tal omisión habilita a la Sala a efectuar dicho análisis en esta instancia, el

cual también cobijará, por virtud del principio de igualdad, al procesado Diomar de Jesús Henríquez Meléndez, quien, si bien no recurrió en casación, también se hace acreedor a que se evalúe la posibilidad de acceder al mencionado sustituto.

Conforme lo reseñado, PORTACIO ORTEGA y Henríquez Meléndez fueron condenados como autores de la conducta punible de abandono del puesto que se encuentra tipificada en el artículo 105 de la Ley 1407 de 2010 y se sanciona con pena de uno (1) a tres (3) años a quien “estando de fracción o de servicio abandone el puesto por cualquier tiempo...”.

No hay duda, por consiguiente, del cumplimiento de los dos primeros requisitos del artículo 38B de la Ley 599 de 2000, pues el delito por el que se emitió condena contempla una pena mínima inferior a 8 años y no se encuentra incluido en el inciso 2º del artículo 68A de la misma codificación.

En lo que concierne al tercer requisito, esto es, al arraigo familiar y social de los condenados, se tiene conocimiento que MANUEL ENRIQUE PORTACIO ORTEGA reside en la calle 25 # 28 B-226, Barrio El Socorro, de Sincelejo, y Diomar de Jesús Henríquez Meléndez en la carrera 9ª, calle 7 # 7-16, barrio Centro, de Puerto Parra (Santander); direcciones a las cuales, según consta en el expediente, se les han enviado con éxito notificaciones.

Por consiguiente, se dispondrá que los sentenciados cumplan la pena en las direcciones arriba anotadas o en las que indiquen al juzgado al momento de suscribir acta en la que se comprometan, bajo juramento, a no cambiar de residencia sin autorización previa del funcionario judicial, a comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena y permitir el ingreso al domicilio de los funcionarios encargados de esta vigilancia, además de las obligaciones que imponga la autoridad competente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

PRIMERO.- INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de MANUEL ENRIQUE PORTACIO ORTEGA.

SEGUNDO.- CONCEDER de oficio a MANUEL ENRIQUE PORTACIO ORTEGA y Diomar de Jesús Henríquez Meléndez el sustituto de prisión domiciliaria en las condiciones anotadas.

TERCERO.- ADVERTIR que contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

HUGO QUINTERO BERNATE

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEON BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Fol. 11 del c.o. 1 (actuación digital)

2 Fols. 56 y ss. ídem.

- 3 Fols. 70 y ss. ídem.
- 4 Fol. 258 del c.o. 2.
- 5 Fols. 279 y ss. ídem.
- 6 Según constancia secretarial visible a fol. 304 ídem.
- 7 Fols. 339 y ss. ídem.
- 8 Fols. 395 y ss. ídem.
- 9 Fols. 666 y ss. del c. del Tribunal.
- 10 Entre otras, CSJ AP 18 abr. 2007, rad. 26916 y CSJ AP 27 feb. 2012, rad. 38100.