

**DELITO DE DESERCIÓN Y JUZGAMIENTO DE SOLDADOS REGULARES EN LA  
GUAJIRA**



**Presentado por:**

**ALEX ADOLFO PIMIENTA LOZANO**

**Código: 3000705**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO MILITAR  
BOGOTÁ  
2018**

**DELITO DE DESERCIÓN Y JUZGAMIENTO DE SOLDADOS REGULARES  
EN LA GUAJIRA**



**TRABAJO PRESENTADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE:  
MAGÍSTER EN DERECHO PÚBLICO MILITAR**

**Presentado por:**

**ALEX ADOLFO PIMIENTA LOZANO**

**Código: 3000705**

**Presentado a:**

**Doctora: CLAUDIA PATRICIA GARAY**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO MILITAR  
BOGOTÁ  
2018**

## CONTENIDO

<b>DELITO DE DESERCIÓN Y JUZGAMIENTO DE SOLDADOS REGULARES EN LA GUAJIRA</b> .....		v
<b>RESUMEN</b> .....		v
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....		1
1.1.	HIPÓTESIS.....	11
1.2.	ESTRATEGIA METODOLÓGICA.....	11
1.2.1.	Tipo de investigación.....	11
1.3.	TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN.....	13
1.3.1.	Observación directa: .....	14
1.3.2.	Revisión Documental .....	14
2.	MARCO REFERENCIAL.....	16
2.1.	ANTECEDENTES .....	16
2.2.	ESTADO DEL ARTE.....	19
2.2.1	INVESTIGACIONES A NIVEL INTERNACIONAL .....	19
2.2.2	INVESTIGACIONES A NIVEL NACIONAL .....	24
2.3.	MARCO TEÓRICO.....	26
2.3.1.	NORMAS JURÍDICAS INTERNAS relacionadas con la naturaleza, estructura y funcionamiento de la Justicia Militar Colombiana sobre la deserción militar .....	26
2.3.2.	Principios procesales constitucionales de autonomía e imparcialidad, por parte de quienes ejercen la Justicia Militar Colombiana .....	27
2.3.3.	EL DELITO .....	28
2.3.3.1.	Origen histórico del delito de deserción .....	30
2.3.3.2.	LA JUSTICIA PENAL MILITAR EN COLOMBIA.....	32

2.3.3.3. Evolución histórica de la justicia penal militar y fuero penal militar	32
2.3.3.4. El Fuero Penal Militar para la Defensa Nacional del Estado Colombiano .....	35
2.4. MARCO NORMATIVO .....	36
2.4.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA .....	36
2.4.2. LEYES Y CÓDIGOS .....	37
3. Desarrollo Temático .....	42
3.1. Normas jurídicas internas relacionadas con la naturaleza, estructura y funcionamiento de la Justicia Militar Colombiana sobre la deserción militar. ....	42
3.2. Cumplimiento de los Principios Procesales Constitucionales de Autonomía e Imparcialidad, por parte de quienes ejercen la Justicia Militar Colombiana .....	51
3.3 Herramientas que permitan la disminución del castigo por cometer el delito de deserción.....	54
3.4. Principios procesales de independencia e imparcialidad. ....	56
3.5. Cumplimiento de la institución militar y sus fines.....	61
CONCLUSIONES.....	68
REFERENCIAS .....	76

## **DELITO DE DESERCIÓN Y JUZGAMIENTO DE SOLDADOS REGULARES EN LA GUAJIRA**

POR: ALEX ADOLFO PIMIENTA LOZANO<sup>1</sup>.

### **RESUMEN**

El presente documento evidencia los casos donde los soldados del Batallón de Artillería de Campaña No. 10 de Santa Bárbara de Buenavista – y el Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” de Riohacha (ambos en la Guajira), durante la prestación del servicio militar obligatorio, han cometido deserción, el cual se configura como un delito grave para quienes a las fuerzas militares pertenecen.

El resultado de la presente investigación es determinar la diferencia de la responsabilidad en relación con los grados, la aplicación de la justicia penal militar, es decir, si toma o no en consideración el delito cometido entre soldados regulares, profesionales, y oficiales, sí al momento de la decisión abandonó el análisis de vinculación, valoración de ingreso, situación que puede dar lugar a posibles condenas contenciosas en contra del Estado.

### **Palabras clave:**

Servicio militar, Fuerza Pública, delito, deserción, sanciones, vulnerabilidad, Constitución Política.

---

<sup>1</sup> Maestrante en Derecho Público Militar de la Universidad Militar Nueva Granada en Bogotá.  
Contacto: alexpilo.ye@hotmaill.com

## **ABSTRACT**

The present document evidences the cases where the soldiers part of the Artillery Battalion of Campaign No. 10 of Santa Bárbara Buenavista -, and the Battalion of Infantry Machined No. 6 "Cartagena" of Riohacha – (La Guajira), during the rendering of the service They have committed a crime of desertion, which constitutes a serious crime for those who belong to the military.

The purpose of the present investigation is to show that the regulations of the military criminal justice system do not differentiate its application for the different ranks, that is, it does not take into consideration, the crime committed between regular soldiers, professional soldiers, and officers, abandoned the analysis of connection, assessment of income, situation that can lead to possible contentious condemnations against the State.

### **Keywords**

Military, police, crime, desertion, sanctions, vulnerability, political Constitution service.

## INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1991 (art. 216) establece dos perspectivas referentes al servicio militar obligatorio. Primeramente, se dispone el deber de todos los colombianos de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas, por otra parte, la norma constitucional suspende al legislador la determinación de las condiciones que en todo tiempo excusan del servicio militar, así como de los privilegios por la prestación del mismo. Al respecto, se plantea lo siguiente:

La Defensa Nacional exige garantizar la capacidad operativa de la Fuerza Pública y su juzgamiento conforme a la realidad nacional, bajo el entendido que las funciones especializadas y las tareas asignadas a los militares y policiales, entrañan un riesgo permanente de sus propias vidas en el cumplimiento del servicio, luego la amenaza constante al más fundamental de los Derechos Humanos que es la vida, entraña una valoración positiva de tal riesgo, mediante la aplicación del Instituto Jurídico del Fuero Penal Militar o Policial; la búsqueda permanente de la paz, exige de sacrificios, incluida la vida de los héroes que se exponen para que nosotros vivamos bajo la comodidad y la tranquilidad; en tal sentido, desde el punto de vista de la legitimidad del discurso moral, no hay duda que no exige ningún privilegio que puede implicar la puesta en riesgo de la vida en forma permanente, lo cual en parte se pretende compensar con el Fuero Penal Militar o Policial ( Agudelo, 2016, p. 4).

De acuerdo con, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, 1948), que establece en el Capítulo 2, el deber de servir a la comunidad y a la Nación, dispone lo siguiente:

Toda persona hábil tiene el deber de prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y conservación, y en caso de calamidad pública, los servicios de que sea capaz. Asimismo, tiene el deber de desempeñar los cargos de elección popular que le correspondan en el Estado de que sea nacional (art. 34).

En este sentido, la Carta Política impone a los colombianos obligaciones genéricas y otras específicas, en relación con la fuerza pública. En efecto, dentro de las obligaciones de la persona y del ciudadano, se encuentran las de respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales o para defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica y de propender al logro y mantenimiento de la paz, deberes estos genéricos cuya finalidad, resulta coincidente con los fines que son propios de las instituciones conformantes de la fuerza pública.

Al respecto, el servicio militar obligatorio se encuentra consagrado en la Constitución Política de Colombia de 1991, que contempla lo siguiente:

Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo (art. 216).

Es así como la prestación del servicio militar se constituye en un deber que resulta de la condición de ser colombiano, tal y como ha manifestado, la Corte Constitucional (1991) en su ya reiterada doctrina:

No se trata de tiránica imposición sino de la natural y equitativa consecuencia del principio general de prevalencia del interés social sobre el privado, así como de las justas prestaciones que la vida en comunidad exige de cada uno de sus miembros para hacerla posible (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-340 de 1998. M.P: José Gregorio Hernández; julio 8 de 1998).

Cabe destacar que, una concepción equilibrada de los derechos subjetivos implica el reconocimiento de que ninguno de ellos es absoluto, “pues los que emanan de unas cláusulas constitucionales encuentran límite en las obligaciones que imponen otras, por lo que es necesario conciliarlas, impidiendo que la aplicación



indiscriminada de una, deje a las demás sin contenido" (Corte Constitucional de Colombia T – 409 de 1992.M.P: José Gregorio Hernández; junio 8 de 1992).

Por lo tanto, la sentencia es representativa para reconocer las tendencias que existen, cuyo análisis permite la obtención de afirmaciones categóricas relativas a los derechos subjetivos, referentes con el pluralismo, que forman parte del derecho positivo colombiano.

En este sentido, dispone el artículo 216 de la Constitución, como regla general, que “Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”.

En referencia al anterior precepto, se consagra el servicio militar como obligatorio, lo cual resulta no solamente del perentorio mandato aludido sino de la referencia constitucional a las condiciones eximentes, que únicamente son las determinadas por la ley.

Así mismo, la Constitución señala que la Nación tendrá para su defensa las Fuerzas Militares permanentes, constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, las cuales tienen como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional (art. 217).

Resulta indudable que, a menos que se configure una de las causales legales de exención, la prestación del servicio militar corresponde a un deber ineludible de la persona, que tiene su fundamento en el principio constitucional de prevalencia del interés general (Constitución art. 1º), y que se exige a los nacionales como expresión concreta de la obligación genérica, a todos impuesta, de cumplir la Constitución y las leyes (Constitución art. 4º, inc. 2, y 95).

Este último precepto ordena a las personas, de manera específica, el respeto y apoyo a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales” (Corte Constitucional, 1995).

Destacar que en el Batallón de Artillería de Campaña No. 10 de Santa Bárbara Buenavista, y Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” con sede en Riohacha (ambos en La Guajira), durante la prestación del servicio militar obligatorio, se han presentado casos donde los soldados incurren en el delito de desertión, el cual conforma un delito grave a nivel militar institucional, sin embargo es importante analizar si la justicia penal militar y las normas aplicables a ellas, al momento del análisis de aplicación, hace una diferenciación de la responsabilidad en relación con los grados, si deja de lado la manera de vinculación y valoración de ingreso de uno y otro, lo que podría originar nuevas posibilidades de condenas contenciosas en contra del Estado.

Al respecto, se identifican cuáles son las causas que motivan a los soldados regulares del Batallón de Artillería de Campaña No. 10 “Santa Bárbara” e Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” a desertar de las unidades militares y si esto afecta los principios procesales de, imparcialidad e independencia de la justicia penal militar.

Cabe señalar, que durante el tiempo de prestación del servicio militar obligatorio, los soldados se ven abocados a enfrentar investigaciones ante los jueces penales militares, específicamente por el delito de desertión, conducta tipificada en el art. 109 de la Ley 1407 de 2010.

Para el presente análisis, la metodología utilizada es de carácter cualitativo, basada en una investigación de tipo jurídico-descriptiva, teniendo en cuenta que para el desarrollo de los objetivos planteados, el uso de fuentes documentales y jurisprudenciales, además de fuentes normativas, será primordial para su

desarrollo, por lo que se hace necesario cotejar y observar detenidamente la Constitución, la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

El método utilizado para la realización de la investigación en el presente caso, es sin duda la hermenéutica jurídica, en razón a que su fundamento se encuentra en la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico colombiano. La principal información del presente artículo, proviene de textos jurídicos y sentencias proferidas por la justicia penal militar, así como artículos científicos publicados sobre la materia en las diferentes páginas web.

En esta investigación se pretende identificar primeramente las causales por las cuales los soldados del Batallón de Artillería de Campaña No. 10 Santa Bárbara de Buenavista, y Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” de Riohacha (ambos en La Guajira), durante la prestación del servicio militar obligatorio cometen delito de deserción, donde se analiza la evaluación del método legal de reclutamiento e incorporación de los soldados regulares, y los parámetros de incorporación de los soldados por parte del distrito militar, todo encaminado a establecer si el delito de deserción en los soldados regulares debe tener un tratamiento diferencial en el derecho penal militar colombiano.

Por otra parte, al describir el problema, se observa que el Servicio Militar es un mandato del orden constitucional, y por tanto una obligación impuesta a los colombianos, por ende, la toma de armas cuando las necesidades estatales lo exijan para defender la autonomía nacional y sus instituciones públicas, para lo cual, la ley ha regulado condiciones y excepciones a la prestación de este servicio donde la norma establece que todos los hombres colombianos, al momento de cumplir 18 años de edad, deben definir su situación militar, quedando exentos de esta obligación los jóvenes que se encuentren cursando el bachillerato o la universidad, eventos en los que deberán hacerlo al momento de culminar su educación media o superior.

En relación con lo anterior, se plantea lo siguiente:

La desertión es el abandono del servicio, de las filas del Ejército, la traición es la fuga al campo enemigo, mientras que la evasión es la huida al bando en que se luchaba por la fuerza para ponerse bajo la bandera preferida, cual es tan frecuente en las guerras civiles. Estrictamente, el delito militar típico, siempre es grave y reviste distintas modalidades dentro del esencial abandono del servicio, sin licencia adecuada por un individuo de las clases de tropa; ya que para los oficiales y suboficiales se reserva el nombre de abandono de destino o de residencia (Cabanellas, 2012).

Por lo tanto, la desertión desde el punto de vista militar, es considerada deshonrosa, concebida como cobardía, y por ello se la caracteriza por lo general como un delito grave a nivel institucional, pues el comportamiento de un desertor es totalmente contrario al honor, a la disciplina y a la lealtad que caracteriza a todo soldado, sin embargo la justicia penal militar y las normas aplicables a ellas, al momento del análisis de aplicación, no hace ningún tipo de diferenciación entre el delito cometido por soldados de diferentes rangos, dejando de lado la manera de vinculación y valoración de ingreso:

El soldado que abandone el servicio por más de diez días, o que dentro del mismo término no se presente al superior respectivo, vencida la licencia que se le ha otorgado, incurre en recargo al servicio en el tiempo de servicio de un mes a dos años (Lara y Molano, 2006, P. 37).

En este sentido, cabe afirmar que en el Batallón de Artillería de Campaña No. 10 Santa Bárbara de Buenavista y de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” con sede en Riohacha (ambos en La Guajira), durante la prestación del servicio militar obligatorio, se han presentado casos donde los soldados incurren en el delito de desertión, siendo pertinente que desde un punto de vista imparcial y académico, se llegue a identificar las razones de este proceder, y evaluar si de alguna manera esto afecta o no, los principios procesales por parte de la Justicia Militar Colombiana, tales como imparcialidad e independencia, ante el delito de

deserción presentados, en el período comprendido entre los años 2012 a 2016. Por lo cual se plantea la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuáles son las causas que motivan a los soldados regulares a desertar, y en qué medida afecta los principios procesales de independencia e imparcialidad de los jueces penales militares en la evaluación de los casos del Batallón de Artillería de Campaña No. 10 “Santa Bárbara” de Buenavista y Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” con sede en Riohacha(ambos en La Guajira), durante la prestación del servicio militar obligatorio en el periodo comprendido entre los años 2012 a 2016?

Como preguntas auxiliares se formularon las siguientes:

- a) ¿Cuáles son los principales antecedentes referentes al delito de deserción en Colombia?
- b) ¿Cuáles son las normas jurídicas internas relacionadas con la naturaleza, estructura y funcionamiento de la Justicia Militar Colombiana sobre la deserción militar?
- c) ¿Cuál es el cumplimiento de los Principios Procesales Constitucionales de independencia e Imparcialidad, por parte de quienes ejercen la Justicia Militar Colombiana?
- d) ¿Qué herramientas permiten la disminución del castigo por cometer el delito de deserción?
- e) ¿Cuál es el alcance en la evaluación de la conducta y de qué manera afecta los principios procesales de Independencia e imparcialidad, por parte de la Justicia Militar Colombiana?

Con base en lo anteriormente planteado, se presenta el objetivo general, formulado de la siguiente forma: determinar la manera de diferenciación frente a la responsabilidad en relación a los grados la aplicación de la justicia penal militar, y realizar un análisis del juzgamiento de la conducta bajo el principio procesal de imparcialidad e independencia por parte de la Justicia Militar colombiana ante

el delito de deserción presentado por los soldados de los Batallones de Artillería de Campaña No. 10 Santa Bárbara con sede en Buenavista y Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” con sede en Riohacha (ambos en la Guajira), durante la prestación del servicio militar obligatorio.

Como objetivos específicos se han planteado:

- a) Estudiar los principales antecedentes referentes al delito de deserción en Colombia.
- b) Analizar las normas jurídicas internas relacionadas con la naturaleza, estructura y funcionamiento de la Justicia Militar colombiana sobre la deserción militar.
- c) Examinar el análisis de los Principios Procesales Constitucionales de Autonomía e Imparcialidad, por parte de quienes ejercen la Justicia Militar colombiana.
- d) Definir las herramientas que permitan la evaluación y disminución del castigo por cometer el delito de deserción.
- e) Evaluar la potestad de análisis de la conducta por parte los jueces penales bajo los principios procesales de Independencia e Imparcialidad.

La presente investigación, se justifica dado que en Colombia, está regulada la comisión de deserción en el artículo 221 de la Constitución de 1991, modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo No. 2 de 1995, que reza:

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. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

Es así como el actual Código Penal Militar colombiano, es el encargado del Juzgamiento de los miembros activos de la fuerza pública cuando éstos cometen

un delito, cuyo soporte legal se encuentra contenido en los principios y normas rectoras fundamentales en las Leyes 522 de 1999 y 1407 de 2010, entendiendo como derecho penal militar, según el General en retiro, Edgar Peña Velásquez, lo siguiente:

Es la normatividad especializada que se encarga de proteger bienes jurídicamente tutelados, en función del correcto funcionamiento de la disciplina militar y el juzgamiento de los militares o de quienes cumplan funciones inherentes a los mismos reglamentos y jerarquía, mediante la tipificación de reatos propios y el establecimiento tanto de una jurisdicción especializada, como de procedimientos y ritualidades probatorios específicos (Peña, 2001).

Cabe precisar que en Colombia, la justicia penal militar, no hace parte de la Rama Judicial, pero administra justicia por expreso mandato Constitucional cuando señala que: “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar<sup>2</sup> (Corte Constitucional, 1996).

Por consiguiente, la presente investigación intenta ahondar sobre el delito de desertión, cometido por los soldados en las filas del Batallón de Artillería de Campaña No. 10 Santa Bárbara de Buenavista y Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” con sede en Riohacha (ambos en La Guajira), teniendo en cuenta que se conocerá de una manera específica y veraz los

---

<sup>2</sup> La justicia penal militar no pertenece a la rama judicial del poder público, básicamente por dos razones: Las autoridades de la rama judicial están señaladas expresamente en el Título VIII de la Constitución Política. Hay órganos o funcionarios que por expresa disposición constitucional administran justicia, entre ellos la justicia penal militar, que lo hace por disposición de los artículos 116 y 221 de la Carta, pero por no estar incluidos dentro de los órganos previstos en el Título VIII, no pertenecen a la rama judicial del poder público. En segundo lugar, la Corte hace referencia al Auto No. 12 del 1º de agosto de 1.994 de la misma corporación, M.P. Jorge Arango Mejía, donde se concluyó: “Es verdad que la justicia penal militar, según lo dice el artículo 116 de la Constitución Nacional, administra justicia, pero lo hace de manera restringida, no sólo por los sujetos llamada a juzgar, sino por los asuntos de los cuales conoce”

factores que llevan a los soldados a cometer este delito y evaluar los márgenes de maniobrabilidad legal de quienes ejercen su justicia.

Por lo tanto, es obligatorio el estudio de la normatividad, el cual utiliza factores de ponderación a la población en condición de vulnerabilidad de la zona, teniendo en cuenta la gran influencia de miembros de etnia Wayúu y los criterios de incorporación de las distintas unidades militares.

Por último, se espera que el presente material investigativo, sea de utilidad para todos aquellos que ejercen la defensa del Estado ante la jurisdicción contenciosa, en el tema de los diferentes medios de control que genera un gran detrimento patrimonial en sus arcas, por el simple hecho de aplicabilidad de la responsabilidad objetiva y los demás que deseen tener un conocimiento más profundo sobre el tema.



## **1. ASPECTOS PRELIMINARES**

### **1.1. HIPÓTESIS**

Al identificar cómo afecta las diferentes causas, por las que los soldados del Batallón de Artillería de Campaña No. 10 Santa Bárbara de Buenavista y Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” con sede en Riohacha (ambos en La Guajira), durante la prestación del servicio militar obligatorio incurren en el delito de la deserción, se podrá analizar la evaluación del método legal de reclutamiento e incorporación de los soldados regulares y los parámetros de incorporación de los soldados por parte del distrito militar, todo encaminado a establecer si el delito de deserción en los soldados regulares debe tener un tratamiento diferencial en el derecho penal militar, además al evaluar el análisis de las decisiones, se podrá establecer el ámbito de interpretación de las normas en sus decisiones, el convencimiento de su investidura y la puesta en riesgo o no, de los principios de independencia e imparcialidad de la justicia penal militar.

### **1.2. ESTRATEGIA METODOLÓGICA**

#### **1.2.1. Tipo de investigación**

Se emplea un tipo de estudio, descriptivo, teórico-analítico, en la medida en que se consultaron varios autores sobre temas relacionados con el delito de la deserción y la Justicia Penal Militar colombiana, las normas jurídicas, naturaleza, estructura, funcionamiento de la misma, y el proceso de juzgamiento, además de los casos relacionados con el Servicio Militar Obligatorio, presentados en los Juzgados 20 y 98 de Instrucción Penal Militar en el departamento de la Guajira, donde existen 2 juzgados Penales Militares.

En efecto, se presenta una investigación descriptiva, teórica–analítica, por lo general fundamentada en las investigaciones correlacionales, la cual a su vez proporciona información para llevar a cabo estudios explicativos que generan un

sentido de entendimiento y son altamente estructurados (Hernández Sampieri, 2006).

Aquí se utiliza técnicas de recolección de datos, de acuerdo al planteamiento del problema y simultáneamente con los objetivos trazados. En efecto, se entiende que la investigación se basa en describir y analizar las causas que afectan el desarrollo pleno de las actividades que se llevan a cabo y han generado la necesidad de la investigación, sobre las diferentes causas por las cuales los soldados del Batallón de Artillería de Campaña No. 10 Santa Bárbara de Buenavista y Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” con sede en Riohacha (ambos en La Guajira), durante la prestación del servicio militar obligatorio incurrir en el delito de la desertión. Así mismo, se presenta un estudio de casos, donde se hace referencia a que “esta excepción en este estudio de casos invita a modificar la generalización, a reconocer una variabilidad en las percepciones y en el estilo de la responsable de la administración del distrito, quizá sin necesidad de cambiar la tipificación” (Stake, 1998, p. 15).

En efecto, como lo indica su nombre, su interés está centrado en analizar y explicar por qué ocurre una situación problemática, y en qué condiciones esta se da en cuanto a las diferentes causales por las cuales los soldados del Batallón de Artillería de Campaña No. 10 Santa Bárbara de Buenavista y Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” con sede en Riohacha (ambos en la Guajira), durante la prestación del servicio militar obligatorio incurrir en el delito de la desertión.

Por consiguiente, el propósito es identificar las características, propiedades, dimensiones y regularidades del tema en estudio.

Con el fin de analizar el tema de la presente investigación, se establecen las líneas de acción a partir de los siguientes ítems, a saber:

- a) Analizar las normas jurídicas internas relacionadas con la naturaleza, estructura y funcionamiento de la Justicia Militar colombiana sobre la deserción militar.
- b) Examinar el análisis del cumplimiento de los Principios Procesales Constitucionales de Independencia e Imparcialidad, por parte de quienes ejercen la Justicia Militar colombiana.
- c) Definir las herramientas que permitan la evaluación y disminución del castigo por cometer el delito de deserción.
- d) Evaluar la potestad de análisis de la conducta por parte de los jueces penales militares bajo los principios procesales de Independencia e imparcialidad y la afectación o no de los mismos.
- e) Evidenciar si la deserción conlleva a que la institución militar, no pueda cumplir con los fines para la cual fue creada, sobre los soldados en las filas del Batallón de Artillería de Campaña No. 10 Santa Bárbara Buenavista y Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” con sede en Riohacha (ambos en La Guajira).

Una vez verificados los anteriores ítems, es necesario relacionar conceptos y unificar criterios que permitan una conclusión asertiva y real frente a la aplicación fenoménica de la prescripción para el delito de deserción, que permita responder a los interrogantes propuestos en el tema de investigación y abrir una puerta al desarrollo de nuevas temáticas frente al delito de deserción.

### **1.3. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN**

Facilita conocer la realidad del problema de estudio por su fluidez para adquirir información, ya que suministra aproximación con los informantes, pronosticando su participación activa. Al respecto, cada tipo de investigación determina las

técnicas a utilizar y cada técnica establece sus herramientas, instrumentos o medios que serán empleados. Las técnicas utilizadas son las siguientes:

### **1.3.1. Observación directa:**

Se puede considerar como “el uso sistemático de los sentidos del investigador orientados a la captación de la realidad que se quiere estudiar, y haciendo énfasis en aquellos factores que le resulten de importancia y relevancia para la ejecución de la investigación” (Sabino, 1996, P. 81), lo que significa que es una técnica que consiste en observar el problema, hecho o caso, tomar información y registrarla para su posterior análisis.

Es muy importante esta técnica, por cuanto permite conocer de primera mano el mayor número de datos posibles que ocurren tanto con la incorporación de los soldados del batallón de Artillería Mecanizado No. 10 “Santa Bárbara” en Buenavista y Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” con sede en Riohacha (ambos en La Guajira), como el análisis de pronunciamientos judiciales en los dos juzgados de instrucción que existen en el departamento de La Guajira, para su posterior análisis en el cumplimiento de los objetivos señalados en el presente trabajo.

### **1.3.2. Revisión documental**

Se apoya en “la lectura de libros, guías de estudio, enciclopedias, entre otros, que brindan todo el soporte del marco teórico de la investigación” (Hernández, Fernández y Baptista, 2004, P. 103). Una vez obtenidos los documentos identificados en la revisión bibliográfica, se trata de valorarlos con criterios que permitan descartar aquellos que contienen errores metodológicos que podrían conducir a conclusiones equivocadas.

Por otra parte, se presenta una investigación basada en estudio de casos, definido como la “unidad básica de la investigación, es el objeto de la investigación, la cosa que se investiga bajo cualquier tipo de diseño, bien sea experimental, no experimental, longitudinal o transversal, entre otros” (HERNÁNDEZ, FERNÁNDEZ Y BAPTISTA, 2004, P. 330). Al respecto, el estudio de caso pretende formalizar los instrumentos y procedimientos a llevar a cabo, y su formalidad se convierte en el documento en el que se concreta el diseño de la investigación y las reglas que se deben seguir, lo cual redundará en el aumento de la calidad de la investigación.

En este sentido, se reseña que el cometido real del estudio de casos “es la particularización, no la generalización. Se toma un caso particular y se llega a conocerlo bien, y no principalmente para ver en qué se diferencia de los otros, sino para ver qué es, qué hace” (Stake, 1998, P. 17). El método de estudio de caso conforma una estrategia metodológica de investigación científica, de gran utilidad en la concepción de resultados que viabilizan el fortalecimiento y desarrollo de las teorías existentes o el surgimiento de nuevos prototipos científicos, contribuyendo al desarrollo de un campo científico determinado.

En efecto, el método de estudio de caso es una herramienta valiosa de investigación, y su mayor fortaleza radica en que a través del mismo se mide las diferentes causales por las cuales los soldados del Batallón de Artillería de Campaña No. 10 Santa Bárbara de Buenavista y Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” con sede en Riohacha (ambos en La Guajira), durante la prestación del servicio militar obligatorio incurrían en el delito de la desertión, y por otra parte permite realizar un análisis hermético de las decisiones de los jueces al valorar la conducta. Este tipo de investigaciones es definido como “apropiado en situaciones en las que se desea estudiar intensivamente características básicas, la situación actual, e interacciones con el medio de una o unas pocas unidades tales como individuos, grupos, instituciones o comunidades” (Tamayo y Tamayo, 2005, P. 43). En efecto, el estudio de casos es útil para obtener información básica para proyectar investigaciones más amplias, y debido a lo intensivo de la

búsqueda de información, favorecen procesos que logren ser investigados de manera extensiva.

## 2. MARCO REFERENCIAL

### 2.1. ANTECEDENTES

Entre las conductas tipificadas en el artículo 109 de la ley 1407 del 17 de agosto de 2010, (Código Penal Militar vigente), en el Título II, Delitos contra el servicio, Capítulo III se encuentra el delito de deserción, que consiste en el abandono de las funciones militares por parte del servidor.

De hecho, desde los inicios de la historia de la humanidad, la estirpe castrense ha jugado un importante papel en el desarrollo de la sociedad, razón por la cual se ha legislado de una manera especial y se ha establecido un fuero especial para la vida militar, la cual posee unas características particulares que no son de fácil comprensión para la generalidad de las personas. En el tema materia del presente trabajo de investigación relacionado con el delito de deserción, se tiene que ha sido tema de regulación desde el Derecho Romano.

Se puede señalar que, en la Legislación Romana en sus orígenes, cuando el Ejército estaba integrado únicamente por ciudadanos, no era una conducta de tipo frecuente. No obstante, una vez se permitió el ingreso de extranjeros, se motivó que las deserciones se generalizaran, situación que originó una serie de medidas en principio de tipo disciplinario (Ostos & Obando, 2012).

En particular, en el Digesto Libro XLIX, Título XVI, efectúa una relación de los delitos de ausencia, contemplando tres figuras: la *transfugium*, la *emansio*, y la *desertio*, haciendo referencia la primera figura al militar que abandonaba las filas y se pasaba a las del enemigo, conducta que está considerada como la más grave,

llegando incluso a catalogarse a quien la cometiera como enemigo y no soldado, imponiéndose castigos como degradación, tortura y pena de muerte.

Otras de las figuras del Derecho Romano *emansio*, sería considerado el ausente que se presentara voluntariamente y desertor el que fuera aprehendido.

En este sentido, se reseña que la deserción en Roma tiene como nota característica que únicamente podía ser cometida por militares y tenía por objeto la intención de abandonar definitivamente el servicio, intención que requería en ocasiones, una larga ausencia de manifestarse, distinta de la *emansio*, en la que el sujeto se sustrae por cierto tiempo a sus deberes militares, pero sin aquella intención (Ostos & Obando, 2012).

En este sentido, durante la época de la reconquista, la aplicación del fuero juzgo (compilación de las leyes españolas a base de elementos heterogéneos), quedó reducido a las ciudades que lo tenían conferido como fuero propio, ya que durante los siglos XII y XIII fueron generalizándose los fueros municipales en los que se encuentran diferentes preceptos jurídicos militares, los cuales en relación con el delito de deserción se basan principalmente en la prestación del servicio a las armas, contemplándose básicamente penas leves, reservándose las penas más severas para las conductas llevadas a cabo en presencia del enemigo (cobardía).

Vale destacar las Ordenanzas Reales de Castilla, promulgadas en 1484, en las cuales se recopilaron leyes y ordenanzas reales, donde se manejó el tema de organización militar y por ende, temas relacionados con ausencia al servicio. Así por ejemplo, regula en su Título III el Reclutamiento de Tropas para el servicio del Rey, previendo para la no incorporación dentro del plazo establecido penas pecuniarias y de destierro, así como de incremento del tiempo de servicio y para personal de soldados que no se incorporaron habiendo ingresado a territorio

enemigo se imponía la pena de muerte, manteniéndose los mismos aspectos en la Nueva Recopilación promulgada en el reinado de Felipe II en el año 1567.

Vemos cómo desde un principio, la no fácil comprensión de las características propias del delito militar, ha dado pie a la aparición de una figura especial denominada fuero, que permitía el análisis de una conducta bajo unos parámetros totalmente distintos a las demás personas; entre estos tenemos el delito de desertión, que, pese a no ser una conducta muy común a principios del siglo XX, ha venido en aumento en nuestra época actual.

Por su parte, en Colombia la Constituyente de 1991 ha delimitado el fuero militar en el artículo 221, en base a que de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, reconocen únicamente las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Al respecto, estas Cortes o Tribunales deberán estar integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro. Dentro del concepto de Fuerza Pública y por ende, de aplicación del fuero militar, se ampara a los miembros de la Policía Nacional, siempre y cuando los delitos sean cometidos en servicio activo, y en relación con dicho servicio.

De aquí, los elementos que planteaba el Dr. Vladimiro Naranjo Meza, (Corte Constitucional, 1996), analizados en las justificaciones del presente trabajo, y en las que se precisaba la facultad constitucional de la Justicia Penal Militar, de impartir justicia en aspectos relacionados en cuanto a ciertos asuntos y en cuanto al sujeto a investigar (elementos objetivos y subjetivos).

La Sentencia C- 037 (Corte Constitucional 1996) es un derrotero sumamente importante en el tema de la administración de justicia por parte de la justicia penal militar, por cuanto es un espaldarazo nada más y nada menos que de la encargada de la guarda de la Constitución en Colombia, en el tema del respeto de los principios de autonomía, imparcialidad e independencia tan pregonados



en el presente estudio, ya que no solo desliga a la jurisdicción penal militar de la estructura propia de la rama judicial, sino que le reconoce la facultad de administrar justicia en un tema específico, entendiendo que esta investidura legal otorga facultad para declarar o reconocer derechos mediante la aplicación de la Constitución, la ley y los tratados internacionales, en otras palabras a actuar en calidad de verdaderos jueces, queriendo con ello decir que al igual que los funcionarios de la rama judicial que administran justicia, tienen la misma facultad de interpretar sus leyes y acudir a criterios auxiliares en temas de su competencia para impartir una justicia acorde con los lineamientos jurídicos de la época actual.

Por otra parte, en Colombia, se establecen leyes sobre el delito militar de deserción, basados en la Ley 1407 de 2010, el Código Penal Militar vigente, que dispone dentro del Título II, Delitos contra el Servicio, Capítulo III De la Deserción, artículo 109, ley totalmente controvertida, por cuanto si bien introduce la oralidad al sistema penal acusatorio en la Justicia Penal Militar, la cual muy a pesar de estar vigente, sancionada y promulgada por nuestro Estado colombiano, y la cual debería ser el punto de estudio para todos los casos que se presentaran, no encuentra su aplicación plena en desarrollo de la misma por una falta de voluntad que ha impedido el surgimiento pleno, y por ende comparte su espacio con la antigua Ley 522 de 1999.

## **2.2. ESTADO DEL ARTE**

A continuación se presentan algunos estudios en relación con la deserción en las filas del ejército, a nivel internacional y nacional, que se consideran relevantes para esta investigación.

### **2.2.1 INVESTIGACIONES A NIVEL INTERNACIONAL**

En la Revista de Estudios Latinoamericanos, Nueva Época (Sevilla), Número Especial, p. 159-197, mayo 2015, el Doctor en Historia por la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN), Profesor y Licenciado en historia por la UNMDP. Becario Postdoctoral del CONICET en el Centro de Estudios Históricos, Facultad de Humanidades, UNMDP, publicó: *Las Deserciones en el Ejército Auxiliar del Perú durante Las Guerras de Independencia En El Río De La Plata, 1810-1820.*

**Resumen.** Con la Declaración de Independencia del Virreinato del Río de la Plata de la corona española, el Ejército Auxiliar del Perú, se transformó en uno de los principales instrumentos con los que contó la elite revolucionaria para consolidarse en el poder, por ende este trabajo pretende abordar uno de los fenómenos más recurrentes dentro del ejército, las deserciones, a partir de las memorias y autobiografías de aquellos que se desempeñaron como oficiales en dicho ejército entre 1811 y 1820.

**Introducción.** La nueva Junta de Gobierno del Perú, entre sus primeras decisiones consideró enviar expediciones militares con el fin de asegurar la elección de los diputados para garantizar el reconocimiento de las nuevas autoridades instaladas en Buenos Aires.

En ese contexto, el Ejército Auxiliar del Perú se reveló, lo cual trajo numerosas complicaciones y trastornos para su vida interna y afectó de forma grave su desempeño debido a problemas de abastecimiento de alimentos, animales de carga y transporte, vestuario, armamento y el habitual retraso en los pagos, la indisciplina, las deserciones y la falta de recursos profesionales dentro del cuadro de oficiales como en la tropa la deserción de estos aparece como un problema recurrente y grave para los ejércitos, es así como el análisis sobre las deserciones en las memorias y autobiografías de estos jefes permitirá recuperar cómo fue vivida la vida en el ejército por los integrantes de la tropa, sin pretender

agotar el estudio de esta experiencia ni la de la deserción entre los soldados con este registro documental.

**Conclusiones.** Las memorias de aquellos militares que se desempeñaron como oficiales en el Ejército Auxiliar del Perú han permitido obtener numerosa y valiosa información sobre el fenómeno de la deserción en dicho ejército, donde esta no siempre era una reacción a las pesadas cargas que exigía la vida en la milicia, ya que varios de los casos analizados mostraban que algunos de los que dejaban las filas eran hombres recién reclutados, que aún no habían experimentado ni la falta de alimentos o de vestuario, como tampoco el cambio de someterse a la disciplina militar. Si bien, estas circunstancias fueron muy diversas y variadas, se pudo detectar que las deserciones se producían tras las batallas, durante las marchas y desplazamientos del ejército o en los momentos de acuartelamientos.

Es por lo anterior que se puede sostener que el Ejército Auxiliar distaba mucho de ser un cuerpo completamente profesional, ya que en su interior se reproducían prácticas y costumbres que, en teoría, deberían haber sido ajenas a este tipo de estructura, por lo cual se puede aventurar a decir que las deserciones en gran parte se debían a las fallas a la hora de lograr que sus integrantes desarrollaran identidades corporativas como soldados.

HUGO CONTRERAS CRUCES (2011) de la Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Chile, publicó el artículo *Una enfermedad vieja y sin remedio: la deserción en el real ejército de la frontera de Chile durante el siglo XVII*.

**Resumen.** Este artículo estudia el fenómeno de la deserción en el Real Ejército de la Frontera de Chile durante el siglo XVII. En él se plantea que esta obedecía a un conjunto de factores, entre los que se contaba la deficiente estructura de financiamiento de las fuerzas militares reales, la mala calidad de sus tropas y un conjunto de prácticas, entre ellas la existencia de colaboradores y las carencias

en la vigilancia de los pasos fronterizos y puertos, que posibilitaban la huida de los soldados, de tal modo que se reconstruyen y analizan las razones, modalidades, rutas y destinos de los desertores, así como las consecuencias militares, sociales y económicas de este proceso.

**Conclusiones.** La desertión en el Real Ejército de la Frontera del Bío-Bío fue un fenómeno que convivió con la creación y desarrollo de esta fuerza militar. Su presencia en la historiografía, mientras tanto, es menos importante que la que estos hombres tuvieron en la historia. La primera ha dedicado algunas páginas a su análisis, pero aún no se ha llegado a comprender en toda su dimensión la influencia que ellos tuvieron tanto en el ámbito fronterizo como en los lugares por donde pasaron, sin embargo, ello no debe extrañar demasiado, en la medida que el propio Real Ejército de la Frontera no es un tema que haya ocupado muchas páginas historiográficas, lo que lleva a pensar que las palabras que escribió el marqués de Baidés (1641), con las cuales manifestó que la desertión de los soldados de la frontera era “una enfermedad vieja y sin remedio” (ANH, R 2988, p. 65), mantendrían plena vigencia durante todo el siglo XVII.

Analizadas hasta aquí las razones de desertión que se evidencia que según lo narrado por el Doctor en Historia por la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN), Profesor y Licenciado en Historia por la UNMDP. Becario Postdoctoral del CONICET en el Centro de Estudios Históricos, Facultad de Humanidades, y Hugo Contreras Cruces de la Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Chile, en su artículo denominado *Una enfermedad vieja y sin remedio. La desertión en el real ejército de la frontera de Chile durante el siglo XVII*, palabras que además adoptó de marqués de Baidés, quien en 1641 ya las había expresado.

Hay que señalar que debido a las características presentadas tanto en el ejército de Perú, como en el Real Ejército de la Frontera de Chile, existieron similitudes, tales como los problemas recurrentes evidenciados en una deficiente estructura

financiera que desencadenaba problemas de abastecimiento de alimentos, atrasos en los pagos, falta de animales de carga, falta de vestuario, entre otros, lo que permite deducir que a mediados de siglo, la vinculación a los Ejércitos en Latinoamérica no generaban mayor garantía económica para quienes pertenecían a ellos, lo que demuestra que el factor económico es uno de los elementos determinantes en el tema de la deserción.

La frase de batalla señalada en su momento por el marqués de Baidés, (1641), al referirse al delito de deserción como “*una enfermedad vieja y sin remedio*” sigue sin lugar a dudas y luego de más de cuatro siglos con plena vigencia esperando, que se haga un análisis más profundo que permita frenar este fenómeno, sin lugar a dudas los problemas de estructura financiera y falta de profesionalización son elementos a tener en cuenta para evaluar si aun en nuestro tiempo siguen considerándose como factores determinantes de la conducta de los soldados regulares.

Para el 2011, Br. Perla Carolina Rocha Bravo, Br. Aradia Catalina Salgado Osorio, publicaron *El Proceso Penal Militar aplicado en el delito de Deserción*, de la Universidad Centroamericana Facultad de Ciencias Jurídicas de Managua, Nicaragua.

**Introducción.** La existencia de normas especiales que regulan la Administración de Justicia respecto de los miembros de las Fuerzas Armadas en algunos países de América Latina y el Caribe, se explica porque, en determinados casos, los militares y también los policías en el caso de la República de Colombia tienen fuero en relación con ciertas conductas específicas propias de sus funciones constitucionales.

Ahora bien, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señala que el fuero militar es una instancia especial exclusivamente funcional destinada a mantener la disciplina de las Fuerzas Armadas y de Seguridad. La Corte

Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) advierte, a su vez, que la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas, inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias.

**Conclusiones.** La necesidad de la jurisdicción militar obedece a una exigencia técnica de especialización derivada de la materia atribuida a su competencia (jurisdicción objetiva) y su razón de ser se encuentra en la disciplina, como principio inspirador de la organización militar, cuyo mantenimiento se confía por el propio Estado a la misma institución armada a través de órganos propios, en este caso a los tribunales militares.

Así mismo, el bien jurídico protegido en el delito de deserción, es el deber de presencia, como obligación impuesta o asumida voluntariamente, en el que la esencia de la conducta radica en la no presencia del militar en su unidad, infringiendo con ello el deber sustancial que le impone la prestación del propio servicio.

### 2.2.2 INVESTIGACIONES A NIVEL NACIONAL

En el año 2012, María Victoria Doctor Robayo de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, en la Revista de Historia Regional y Local publicó *Soldados indios: la “cuota de sangre” del Estado Soberano de Boyacá en el proceso de formación del Ejército Federal y del Ejército de la Unión Colombiana.*

**Resumen.** El presente artículo tiene por objeto realizar un análisis social de la conformación del Ejército en el Estado Soberano de Boyacá, prácticas en las que se hicieron evidentes los límites del liberalismo radical al recurrir a formas de reclutamiento contrarias a su discurso civilizador de formación de ciudadanía. Se visibiliza la figura del soldado boyacense como principal componente de las tropas de la Guardia Nacional, el que era reclutado en ejercicio de la

discriminación étnica, regional y de clase, figura imprescindible en la comprensión de las guerras partidistas por la definición y construcción del Estado nacional colombiano.

**Presentación.** El Estado que se construye necesariamente tiende sus raíces en dicha época y obviamente despierta nuevas fuerzas y genera un proceso dinámico, de cambios, pero también de permanencias que no acusan retirada. Con estos presupuestos, deja de ser abstracta retórica la idea de un aparato militar constitutivo del Estado y se convierte en un hecho posible de ser historiado en sociedades específicas, que a su vez permita dar cuenta del vínculo y participación de sectores populares o subalternos en el proceso de formación del Estado Nacional colombiano.

Se puede señalar que para el período de liberalismo radical durante los Estados Unidos de Colombia, se destaca las investigaciones de Armando Martínez Garnica (2012) sobre la Guardia colombiana y James Sanders (2010), sobre la experiencia afro-colombiana e indígena del Cauca, quien avanza en la comprensión histórica acerca de la acción del subalterno, evidenciando las divisiones raciales coloniales en las realidades republicanas y mostrando que lejos de ser usados como carne de cañón, los afro-colombianos lucharon para convertirse en ciudadanos y los indígenas negociaron por la preservación de la propiedad colectiva de sus tierras.

**Conclusiones.** El liberalismo radical, propuso una organización militar subordinada al poder civil, para cuyo fin era precisa su reducción y la organización de ejércitos federales que dirimieran los conflictos internos con una Guardia Nacional ocupada principalmente de la defensa exterior. El mismo atractivo que los otros colonizadores, observaran en el territorio muisca, los republicanos de la segunda mitad decimonónica parecieron advertir. Una densidad de población, que en esta ocasión era susceptible de ser reclutada en beneficio de las guerras civiles, en que se edificó y construyó el Estado-Nación colombiano, guerras en las que la

cuota de sangre contribuyó a la construcción de un “apasionado” imaginario político, de militancia partidista, consolidando la adhesión al Estado nacional.

Del estudio de los anteriores autores puedo presumir, que en nuestro país la fuerzas militares fueron creadas bajo criterios étnicos fuertes tal vez motivadas por la lucha de clases y política de la época, lo cual pudo haber incidido en el inicio del delito de deserción en nuestro ejército.

## **2.3. MARCO TEÓRICO**

### **2.3.1. Normas jurídicas internas relacionadas con la naturaleza, estructura y funcionamiento de la Justicia Militar colombiana sobre la deserción militar**

El delito de deserción militar se establece en la Ley 1407 de 2010, donde se hace referencia a lo publicado por Ledezma y Aguilar (2014), sobre el Código penal militar, el cual dispone en el Título II, Delitos contra el servicio, Capítulo III, De la deserción, contenido en el art.109 que señala lo siguiente:

“Incurrirá en prisión de ocho (8) meses a dos (2) años, quien estando incorporado al servicio militar realice alguna de las siguientes conductas:

1. Se ausente sin permiso por más de cinco (5) días consecutivos del lugar donde preste su servicio.
2. 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.
3. Traspase sin autorización los límites señalados al campamento por el jefe de las tropas en operaciones militares.



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.
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 (Ledezma, Aguilar y Córdoba, 2014, P. 11).

En este sentido, los individuos que son sancionados por este delito, luego de efectuada la pena, permanecerán desempeñando el servicio militar por el tiempo que les falte.

Visto esto, se puede afirmar que la aplicación objetiva de la norma en sí, no deja margen de maniobrabilidad jurídica al juez penal militar, al momento de evaluar la calificación de la conducta para apartarse en post de los antecedentes que dan origen al delito o la protección del bien jurídico tutelado que es el servicio militar, en los soldados regulares, que es el tema que interesa en el presente estudio, sin embargo no podemos olvidar que la interpretación de la norma no puede ser aplicada de manera aislada por quien tiene la responsabilidad constitucional de impartir justicia, lo que en últimas llevaría a una ponderación de principios. Es allí donde la hermenéutica pasa a ser una herramienta fundamental en la estructura de la justicia penal militar para el cumplimiento de los cometidos que el Estado le ha dado.

### **2.3.2. Principios procesales constitucionales de imparcialidad e independencia por parte de quienes ejercen la Justicia Militar colombiana**

Con base en la vigencia de la Ley 1407 de 2010, el Tribunal Superior Militar ha aplicado diversas figuras jurídicas sobre el amparo del principio de favorabilidad, como la decisión acogida en julio de 2012 por la Sala Cuarta de Decisión, donde se emitió nuevamente el tema, al expresar su concepto sobre la condena del delito de deserción por parte de un soldado regular.

Aquí se corrobora la posición, donde el principio de favorabilidad, se ha aplicado a diversos institutos traídos por la Ley 1407 de 2010 que repercuten de manera beneficiosa a los intereses del sentenciado, en este sentido, se confirma la rebaja de hasta la mitad de la pena a imputar por admisión de cargos que había sido concedida por el Juez de Conocimiento en primera instancia, donde la decisión estuvo apoyada bajo la manifestación de que “la rebaja establecida en el artículo 493 de la Ley 1407 de 2010, que resulta más favorable al condenado, no resquebraja el sistema procesal definido por la Ley 1058 de 2006 para la investigación y juzgamiento del delito de deserción” (Gómez, 2012, P. 23).

Atendiendo que los principios son parte integral en la interpretación de toda norma judicial y de la cual, por obvia razones no puede escapar al análisis por parte del juez penal militar al momento del estudio de las conductas en los delitos de deserción de los soldados regulares que hacen parte del Batallón de Caballería Mecanizado No. 10 “Santa Bárbara” de Buenavista y batallón de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” con sede en Riohacha (ambos en La Guajira), se hace importante conocer de manera más profunda el estudio que diferentes tratadistas has realizado en el tema.

### **2.3.3. EL DELITO**

El delito es un acto u omisión voluntaria, quedan descartadas las conductas que no son producidas por la voluntad, como las que se realizan por fuerza irresistible, acto reflejo o situaciones ajenas a lo patológico (sueño, sonambulismo, hipnotismo). Supuestos en lo que no existe conducta, por tanto, no hay delito. El delito es un

acto típico, todo acto humano para considerarse como delito debe adecuarse al tipo penal. Si no hay adecuación no hay delito, o peor aún, si no hay tipo, la conducta no es delito, por eso, todo lo que no está prohibido u ordenado, está permitido (Peña & Almanza, 2010).

Es de destacar que entre las conductas tipificadas en el artículo 602.34, se encuentra el delito de deserción, que consiste en el abandono de las funciones militares por parte del servidor. Si esta deserción se produce en tiempo de conflicto armado se aplica una pena privativa de la libertad, pena que se impone igualmente a los superiores o jefes de unidades que no den aviso de la deserción de sus subordinados.

Desde los inicios de la historia de la humanidad, la estirpe castrense ha jugado un importante papel en el desarrollo de la sociedad, razón por la cual que se ha legislado de una manera especial y se ha establecido un fuero especial para la vida militar, la cual posee unas características particulares que no son de fácil comprensión para la generalidad de las personas. En el tema materia del presente trabajo de investigación relacionado con el delito de deserción, se tiene que ha sido tema de regulación desde el Derecho Romano.

Se puede señalar que, la Legislación Romana en sus orígenes, cuando el Ejército estaba integrado únicamente por ciudadanos, no era una conducta de tipo frecuente. No obstante, una vez se permitió el ingreso de extranjeros, se motivó que las deserciones se generalizaran, situación que originó una serie de medidas en principio de tipo disciplinario.

En el Digesto Libro XLIX, Título XVI efectúa una relación de los delitos de ausencia, contemplando tres figuras la *transfugium*, la *emansio*, y la *desertio*, haciendo referencia la primera figura al militar que abandonaba las filas y se pasaba a las del enemigo, conducta ésta considerada como más grave, llegando incluso a catalogarse a quien la cometiera en enemigo y no soldado, imponiéndose

castigos como degradación, tortura y pena de muerte. Revestía para el Derecho Romano de tanta importancia la conducta de transfugium que se castigó en grado de tentativa, así mismo se consideraba que incurría en la misma conducta quien estando cautivo en las filas enemigas no regresara en cuanto le fuera posible. Otras figuras de del Derecho Romano, emansor sería considerado el ausente que se presentara voluntariamente y desertor el que fuera aprehendido.

El delito fue siempre una valoración de la conducta humana condicionada por el criterio ético dominante en la sociedad. Los conceptos de delito han sido formulados en definiciones que se desarrollan en los siglos XVIII, XIX y XX, y pueden ser agrupadas en diversas concepciones:

### **2.3.3.1 Origen histórico del delito de deserción**

En España se inició el pensamiento jurídico-militar, es de la militarización del Cuerpo Jurídico Militar, cuyas aportaciones lograron una trascendencia fundamental en el periodo codificador y en sus tres fases o etapas consolidadas. Al respecto, se plantea lo siguiente:

La primera fase se inició con los antecedentes y estudios preliminares al Código Penal Militar del Ejército de 1884 y el de la Marina de Guerra de 1888, se desarrolló con la entrada en vigor y publicación de los mismos y finalizó con el Código de Justicia Militar de 1890. La segunda fase se caracterizó por el protagonismo en exclusiva del Código de Justicia Militar de 1945. Por último, la tercera fase, con el marco del proceso de constitucionalización de las Fuerzas Armadas, se inició, propiamente dicho, por el Código Penal Militar de 1985 y se desarrolló con la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar de 15 de julio de 1987 y con la Ley Orgánica Procesal Militar, de 13 de abril de 1989 (Martín, 2007).

Cabe decir, en cuanto al origen histórico del delito de deserción, que se inició en el Derecho Romano, sin perjuicio de las aportaciones históricas de los fenicios, cartagineses y los griegos. Al respecto, se establece que, en el Derecho Romano, específicamente en el período republicano, el ejército se organizó con la base de una milicia ciudadana, donde existía el reclutamiento forzoso, en el año 107 a.C.

Durante la reforma del Emperador Mario, estos formaron parte de una milicia profesional, “mientras que paralelamente se iba creando otro grupo militar formado por los socios itálicos y soldados que eran reclutados en las provincias romanas, los cuales cumplían un verdadero servicio militar” (Martín, 2007).

En el período republicano, el seguimiento del delito contra el Estado se encomendaba a los *duoviri perduellionis*, quienes castigaban con la pena de muerte por crucifixión a quienes cometían el delito de deserción, entrega al enemigo de una plaza o campamento romano o prestaban auxilio al enemigo. En este sentido, la deserción en el ordenamiento no romano no distaba mucho de la concepción actualmente manejada en las leyes penales.

Por un lado, existe la deserción en cuanto abandono de las banderas implicando un incumplimiento de los deberes militares que eran propios del militar como sujeto activo del delito, el cual se cometía con la concurrencia de un dolo específico cual era la intención de no volver a reintegrarse al servicio que había abandonado. Por otro, el abandono temporal con las mismas exigencias básicas en cuanto al tipo delictivo de la deserción pero con un elemento esencialmente diferenciador: la voluntad de reincorporarse. El primero de los supuestos encontraría su parecido con el artículo 120 del CPM, el segundo lo haría con el artículo 119. Así, una vez fijado el concepto histórico de ambos delitos en el ordenamiento romano, comenzaré analizar el alcance y desarrollo de los mismos desde el constitucionalismo del siglo XIX (Martín, 2007).

Ante lo anteriormente expuesto, el delito de deserción se tipifica por primera vez en Colombia, a través de la Ley 84 de 1931, en posteriores normas se delimitó en tipo penal.

### **2.3.3.2 La justicia penal militar en Colombia**

La definición de derecho penal, involucra la existencia de una justicia militar. En la actualidad Colombia se estructura bajo las medidas del artículo 221 de la Constitución de 1991, que fue modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo N° 2 que plantea lo siguiente:

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. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro (Ledezma & Aguilar, 2014).

Dentro de este contexto, es preciso citar, el soporte legal de la Justicia Penal Militar colombiana, contenido en la Ley 1407 de 2010, el cual acopia en una sola norma la parte sustantiva y la procesal, donde se implantan los principios y normas rectoras primordiales, equivalentes a los que están en las normas del código penal ordinario, y precisa claramente los presupuestos procesales para adoptar decisiones en cada una de las etapas: investigación, calificación y juzgamiento, con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, y con la integridad de las garantías que configuran el debido proceso. (Ledezma & Aguilar, 2014)

### **2.3.3.3 Evolución histórica de la justicia penal militar y fuero penal militar**

La justicia castrense es de estirpe española y nace del Fuero Militar, institución muy antigua que se remonta a las legiones romanas. Carlos III, gran reformador de las instituciones militares, promulgó un decreto real el 9 de febrero de 1793, estableciendo el Fuero Militar en los ejércitos de España y ultramar, consistente en el juzgamiento de los delitos cometidos por militares en tribunales castrenses. Al producirse la independencia de las colonias americanas, en la Nueva Granada el Fuero Militar pasó a la República junto con la esencia del Derecho español.

En efecto, la Justicia Penal Militar comenzó a cobrar vida propia bajo el mandato del general Francisco de Paula Santander, El Hombre de las Leyes, primero como vicepresidente de Colombia en ausencia del Libertador-Presidente, luego en su segunda administración (1833-1837) y por último cuando recibió del secretario de guerra General Pedro Alcántara Herrán el encargo de redactar un Código Militar que, infortunadamente, quedó inconcluso por la muerte del autor en 1841 (Valencia, 2002).

Cabe destacar que, en el año 1836, con el Decreto del 26 de mayo, se suprime las Cortes Superiores Marciales y se establecen algunas disposiciones referentes al Consejo de Guerra, en el cual el 4 de agosto de 1853, se expide un decreto relativo a la redacción de un Código Militar. Luego, con el Decreto del 21 de abril de 1854, se establece el Fuero Militar.

En este sentido, la primera aplicación conocida de la Justicia Militar, ocurrió durante la Primera República y se sujetó al Derecho español. Cuando Antonio Nariño, investido del mando del Ejército Unido de la Nueva Granada adelantaba la campaña del Sur, tres militares europeos, Manuel Roergaz de Serviez, Cortés de Campomanes y el barón de Schanbourg incurrieron en conductas que hicieron pensar al Comandante en una insubordinación con perfides de conjura contra él. De inmediato ordenó abrir un expediente, ordenó separarlos del Ejército y los remitió a Santafé para que fueran juzgados, todo dentro de la normatividad del Derecho español (Valencia, 2002).

Restablecida la República con la victoria de Boyacá, la Justicia y el Fuero Militar, recobraron plena vigencia y así continuaron durante el siglo XIX, con reformas menores, pero con reconocimiento constitucional en todas las Cartas promulgadas a lo largo de esa centuria turbulenta ( 1830, 1832, 1843,1853, 1858, 1863 y 1886).

Cabe decir, que mediante las decisivas reformas civilistas, características de los anteriores periodos, se cristalizan en el lapso de 1934 al 1937, a partir de las cuales evidentemente el fuero saldría reformado sustancialmente.

Sobre la base de lo anterior, se plantea que todas las reformas civilistas sobresalientes, se concentraron en reedificar el edificio de la justicia: Ley Orgánica de Tribunales de 1834 (y la adicional a la Ley Orgánica de Tribunales de 1836), Ley de Procedimiento Civil de 1834 (y la adicional de 1836), el Código Penal de 1837 y el proyecto de Código Penal Militar de 1837, redactado por el General Santander (RUEDA, 2010), en referencia de lo cual la organización de la corporación militar logró desde el año 1831 en adelante consolidarse bajo un cuerpo formal coherente, y definitivo que guiar la acción y la decisión práctica del estamento militar homogéneamente en todos sus aspectos.

En efecto, el Código Constitucional en 1811, promulgado bajo la presidencia de Jorge Tadeo Lozano, marca la adopción de la jurisprudencia militar española en los albores de la emancipación, al establecerse en el Título Octavo, De la fuerza pública: artículo 1º que el fuero militar se conservará como hasta aquí. Se sentó así la piedra sillar del concepto que predominó a lo largo de todo el proceso constitucional colombiano. Para entonces, no se hablaba aún de Justicia Penal Militar. El Fuero era la única diferencia con la justicia ordinaria (Valencia, 2002).

Finalmente, en Colombia el Constituyente de 1991 delimitó el fuero militar en el artículo 221, bajo el entendido que, de los delitos cometidos por los miembros de la



Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, solamente conocen las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales deben integrarse por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro. Dentro del concepto de Fuerza Pública y, por ende, de aplicación del fuero militar, se cobija a los miembros de la Policía Nacional, siempre que los delitos sean cometidos en servicio activo, y en relación con dicho servicio (Ledezma & Aguilar, 2014).

#### **2.3.3.4 El Fuero Penal Militar para la Defensa Nacional del Estado colombiano**

El Fuero Penal Militar conforma el derecho de todo militar a ser juzgado por la jurisdicción castrense en las infracciones características de su estado cuya comprensión a la postre, permite entender una de las más importantes justificaciones de la existencia del propio Estado, en relación con una de sus funciones esenciales, bajo el concepto Defensa Nacional y que no pueden ser dejadas en manos del sector privado, razón mayor que justifica el denominado Fuero Penal Militar (Guio, 2016).

En efecto, el Fuero Penal Militar garantiza la protección externa del Estado en perspectiva de la Teoría de la Seguridad Nacional, que está vinculada con los conceptos de Independencia y la Soberanía Nacional; de igual forma, desde el punto de vista de la Teoría de la Defensa Nacional, el Fuero Penal Militar se justifica por razones de protección interna del Estado en lógica de la Integridad del Territorio y el Orden Constitucional (Guio, 2016). En este sentido, es significativo el Fuero Penal Militar para la Defensa Nacional, que exige reflexionar desde la dogmática jurídica sobre dicho instituto, contemplado en nuestra Carta Política de 1811 y presente hoy en el Acto Legislativo N° 01 de 2015 mediante el cual se reformó el artículo 221 de la Constitución Política, en materia de Fuero Penal Militar.

En Colombia, el Fuero Penal Militar, es constante desde la época de la Independencia en 1811 hasta la Constitución Política de 1991, luego se trata de una Garantía Institucional que opera como un componente esencial de la Estructura Organizativa del Estado Colombiano y que implica un criterio de justificación material desde el punto de vista de la Teoría de la Defensa Nacional, cuestión que se puede corroborar bajo una mirada del Derecho Constitucional Comparado. La Función Pública de la Defensa Nacional se proyecta esencialmente sobre las funciones constitucionales de la Integridad del Territorio Nacional y la Integridad del Orden Constitucional, que como tareas especializadas, implican arriesgar la integridad física y la propia vida del personal militar que interviene en tales tareas y el desempeño de tan complejas y especializadas funciones, exige la aplicación del Fuero Penal Militar, sin el cual, se pone en riesgo la mencionada función de la Defensa Nacional.

## **2.4. MARCO NORMATIVO**

### **2.4.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

El fundamento constitucional es base para el ordenamiento jurídico colombiano, por lo cual es inevitable, remitirse al mismo, para determinar la importancia que desde la Constitución de 1991, se ha dado al tema de investigación:

**Artículo 216.** La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.

**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.

**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. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

Los anteriores artículos hacen referencia a las principales normas constitucionales referentes a las Fuerzas Militares, constituidas por el Ejército, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea Colombiana, las cuales tienen como función principal la defensa de la soberanía, independencia e integridad del territorio nacional. Asimismo, se refiere a los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio, y entre ellos el abandono del servicio, lo cual tiene relación con el caso de los soldados del Batallón de Artillería de Campaña No. 10 Santa Bárbara de Buenavista y Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” con sede en Riohacha (ambos en La Guajira), durante la prestación del servicio militar obligatorio incurren en el delito de la desertión, norma que constituye la columna vertebral de la tipificación del delito, sin embargo no lo blindará a la interoperación que criterios auxiliares puedan aportar al tema y que constituyan herramienta con igual peso para el examen minucioso de la conducta.

#### **2.4.2. LEYES Y CÓDIGOS**

De acuerdo con la ley 48 de 1993, entrega uno de los principales fundamentos jurídicos sobre el Servicio de Reclutamiento y Movilización; asimismo a los infractores,

como funcionarios del Servicio o soldado no da cumplimiento a las normas de la presente Ley.

**Artículo 3.** Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones públicas, con las prerrogativas y las exenciones que establece la presente ley. La organización está a cargo del Servicio de Reclutamiento y Movilización, que debe “planear, organizar, dirigir y controlar la definición de la situación militar de los colombianos e integrar a la sociedad en su conjunto en la defensa de la soberanía nacional, así como ejecutar los planes de movilización del potencial humano, que emita el Gobierno Nacional.

**Artículo 10.** Obligación de definir la situación militar. Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller. La obligación militar de los colombianos termina el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad.

**Artículo 41.** Infractores. Son infractores los siguientes:

- a) Los funcionarios del Servicio de Reclutamiento sea militar, civil o soldado que por acción y omisión no diere cumplimiento a las normas de la presente Ley.
- b) 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. Los remisos podrán ser compelidos por la Fuerza Pública, en orden al cumplimiento de sus obligaciones militares, previa orden impartida por las autoridades del Servicio de Reclutamiento; Declarado EXEQUIBLE de manera condicionada en los términos fijados en el punto 7 de las consideraciones de la parte motiva. (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 879 de 2011, M.P: Humberto Antonio Sierra Porto; Noviembre 22 de 2011).

En efecto, los anteriores artículos tratan sobre el Servicio de Reclutamiento y Movilización, donde se establecen las normas y penalidades, lo cual es preciso para el tema de los soldados regulares que se analiza en el presente caso, causales por las cuales los soldados del Batallón de Artillería de Campaña No. 10 Santa Bárbara de Buenavista y Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” con sede en Riohacha (ambos en La Guajira), durante la prestación del servicio militar obligatorio incurren en el delito de la deserción.

Es la norma que dentro de la actividad militar regular todo lo concerniente al proceso de reclutamiento e incorporación que adelantan los distintos distritos militares ubicados en los departamentos del país y son normas de suma importancia por cuanto pueden constituir el soporte de análisis de la valoración de la conducta en un momento determinado por parte de los jueces penales militares.

Las pautas establecidas en esta norma no son de cumplimiento exclusivo de la Dirección de Reclutamiento de la Fuerzas Militares, sino que por el contrario son una herramienta sumamente importante a tener en cuenta en la evaluación de la conducta tipificada en el Artículo 109 de la ley 1407 de 2010.

### **Ley 1407 de 2010**

**Artículo 108. Abandono del servicio de soldados voluntarios o profesionales.** El soldado voluntario o profesional que abandone los deberes propios del servicio en campaña, operaciones militares, por cualquier tiempo, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. La pena será de uno (1) a dos (2) años de prisión, cuando el soldado voluntario o profesional en cumplimiento de actividades propias del servicio se ausente de la unidad sin permiso por más de cinco (5) días, o cuando 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.

**Artículo 109. Deserción.** Incurrirá en prisión de ocho (8) meses a dos (2) años, quien estando incorporado al servicio militar realice alguna de las siguientes conductas:

1. Se ausente sin permiso por más de cinco (5) días consecutivos del lugar donde preste su servicio.
2. 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.
3. Traspase sin autorización los límites señalados al campamento por el jefe de las tropas en operaciones militares.
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.
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.

Los condenados por este delito, una vez cumplida la pena, continuarán cumpliendo el servicio militar por el tiempo que les falte.

**Artículo 110. Agravación punitiva.** La pena prevista en el artículo anterior se aumentará hasta en la mitad cuando la conducta se cometa en tiempo de guerra

o conmoción interior, o ante la proximidad de rebeldes o sediciosos, y hasta el doble en tiempo de guerra exterior.

**Artículo 111. Atenuación Punitiva.** Las penas de que traten los artículos anteriores se reducirán hasta en la mitad cuando el responsable se presentare voluntariamente dentro de los ocho (8) días siguientes a la consumación de la conducta.

Los anteriores artículos hacen hincapié en el abandono del servicio de soldados regulares, voluntarios o profesionales, causales por las cuales los soldados del Batallón de Artillería de Campaña No. 10 Santa Bárbara de Buenavista y Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” (ambos en La Guajira), durante la prestación del servicio militar obligatorio incurrían en el delito de la desertión, y como podemos observar la única diferenciación que establece la norma es el monto de la pena.

No es para nada equitativo el tratamiento que se adopta a quienes ejercen sus funciones de forma profesional con un alto grado de entrenamiento y formación, devengando además una prestación conforme a una vinculación de forma voluntaria, como con aquellos que se ven obligados constitucionalmente a asumir la responsabilidad muchas veces sin vocación y bajo un corto proceso de instrucción, lo que sin lugar a dudas son lagunas que debería ser evaluadas por quien tiene el deber legal de impartir justicia, pese a que la norma no lo plantea taxativamente.

### **Código de Justicia Militar (CJM) artículos 286 a 290**

Se establece que la desertión se tipifica en los artículos 286 a 290 del CJM, contenidos dentro del Capítulo VI, del Título VIII y, por tanto, basados en los delitos contra los fines y medios de acción del Ejército, pero divididos en tres secciones: la primera, respecto a la desertión simple, que comprende los artículos 286 y 287;

la segunda, que regula la deserción al extranjero, incluyendo únicamente el artículo 288 y, la tercera, que bajo las prescripciones de los artículos 289 y 290 regulaba la deserción con circunstancias calificativas.

La Deserción al estar tipificada, en estos preceptos encuadrados dentro del Capítulo señalado en párrafo anterior y, por tanto, bajo la misma rúbrica Delitos contra los fines y medios de acción del Ejército, pero divididos en tres fracciones, que proporcionan la caracterización que identifican cada uno de ellos..

### **3. DESARROLLO TEMÁTICO**

#### **3.1. Normas jurídicas internas relacionadas con la naturaleza, estructura y funcionamiento de la Justicia Militar colombiana sobre la deserción militar.**

En Colombia, la justicia penal militar conforma una herencia procedente de España, a través de reales ordenanzas; fue en el año 1825 donde se estableció la orden de que se debía analizar y seguir la normativa legal en los diversos tribunales de la república, incluyendo la normativa militar (antecedente de la Ley 153 de 1887). Al tomar en consideración este referente es como se establece la justicia penal militar, donde se amplía su radio de acción en 1828 por decreto. Posteriormente en 1838 se realiza el proyecto de Código Penal Militar, el cual fue presentado ante el Congreso de la Nueva Granada en 1840.

Posteriormente, el siguiente estadio en la historia de la justicia penal militar, lo representan las normas de la Confederación Granadina, las cuales estuvieron vigentes hasta el año 1859, lo que integró el corpus iuris del código penal de los Estados Unidos de Colombia. Luego, en 1881 y mediante la Ley 35, se remitió un nuevo Código Militar, cuya vigencia fue por 63 años (Castro & Bermeo, 2014).

Por otra parte, la Constitución de Colombia prevé como imperioso, para todo colombiano, tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para



defender la independencia nacional y las instituciones públicas; así mismo, determina que la ley reglamentará las condiciones que eximen la prestación del servicio militar y sus prerrogativas (art. 216), en virtud de lo cual se expidió la Ley 48 de 1993, que determina cómo debe hacerse el reclutamiento, movilización y definición de la situación militar, entre otros aspectos, para los colombianos mayores de edad hombres o mujeres (Pachón, 2016).

Así mismo, en lo presentado por Lara y Molano (2006), se hace referencia que el delito de deserción fue plasmado por primera vez, en Colombia mediante el Código Penal Militar en la ley 84 de 1931. En posteriores normas, se definió el tipo penal y el sujeto activo de la conducta de deserción, que se fueron ampliando mediante normas como el Decreto 2180 de 1944, (art. 217), donde se implanta:

“El soldado que abandone el servicio por más de diez días, o que dentro del mismo término no se presente al superior respectivo, vencida la licencia que se le ha otorgado, incurre en recargo al servicio en el tiempo de servicio de un mes a dos años” (Lara y Molano, 2006 p. 37).

Posteriormente, con el Decreto 1125 de 1950, se incluyen como sujetos activos de la conducta de deserción al personal de la marina. Asimismo, se implanta tres eximentes de responsabilidad penal, basados en primer lugar en el personal que no haya recibido la instrucción en cuanto al delito de deserción; seguidamente se presentan los menores de 18 años, y por último, el personal que exceda el límite de edad, para estar dentro de las filas militares; en 1958 con el Decreto 250 (art. 74), aparece un cuarto eximente de responsabilidad, los reos ilegalmente incorporados al servicio de las fuerzas armadas.

Por otra parte, durante los años 60, se contempla pena de seis meses a dos años de prisión y una vez cumplida la pena deberán culminar su servicio militar por el tiempo que les falte (Ley 141 de 1961). Entre las circunstancias que precisaron la

indicada medida se encuentra el personal que incurre en el delito, basado en lo siguiente:

Quien 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, que no se presente al lugar en que preste su servicio cualquier día o noche de alarma o de vigilancia de que se le hubiere advertido y tras pase sin autorización los límites señalados al campamento por el jefe de las tropas en campaña (Ley 141 de 1961) (Lara y Molano, 2006).

Ya cerca al final de siglo XX la Ley 599 de 1999, adicionó como delito de deserción al personal que no se presente a sus superiores dentro de los cinco días siguientes después de un permiso, una licencia, un turno de salida, una incapacidad. En la actualidad el delito de deserción se encuentra tipificado en el artículo 109 de la Ley 1407 de 2010.

Es de destacar que la penalidad de las conductas delictivas se presentaba en el artículo 290, el cual reservaba, para el supuesto de deserción cometida forzando puertas y ventanas, una pena de dos años de prisión militar correccional cuando el delito era cometido en tiempo de paz, mientras que la pena aumentaba hasta cuatro años en tiempo de guerra. En ambos casos, la pena correspondía a la llamada primera deserción, ya que en lo que atañe a la segunda deserción, las penas eran, respectivamente, de seis años y un día y de diez años.

Asimismo, para la circunstancia segunda, la primera deserción se castigaba con las penas de cuatro y ocho años, según fuese cometida en tiempo de paz o de guerra; la segunda deserción, en cambio, se penaba con diez años y doce años, respectivamente para las mismas circunstancias. La concurrencia de la circunstancia agravatoria tercera, implicaba que la primera deserción sería castigada con la pena de doce años, para tiempo de paz, y dieciséis, para tiempo

de guerra. En la segunda, las penas aumentaban hasta los veinte años de reclusión militar y con la reclusión militar perpetua, según se cometiese en tiempo de paz o de guerra. Este precepto constitucional fue desarrollado en la Ley 48 de 1993, por medio de la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización”, en la cual se fijaron los límites y condiciones para la prestación del servicio militar. Esta Ley establece:

**Artículo 10º. Obligación de definir la situación militar.** “Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller. La obligación militar de los colombianos termina el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad”.

Es así como el artículo 13 de la referida ley, establece las modalidades de prestación del servicio militar obligatorio, así:

- Como soldado regular.
- Como soldado bachiller
- Como auxiliar de la policía bachiller
- Como soldado campesino.

En este sentido, existe una diferencia entre el joven que se encuentra en incorporación, al cual se le denomina conscripto y el joven que después de pasar por la fase de reclutamiento pasa a desempeñarse como soldado cuando está prestando el servicio militar obligatorio. Los conscriptos son aquellos jóvenes inscritos que se encuentran en la etapa o fase de reclutamiento, pero que no han sido incorporados a prestar el servicio militar, por lo tanto no han recibido instrucción

militar<sup>3</sup>. En la fase de reclutamiento se determina la capacidad sicofísica y la aptitud para el servicio militar.

Una vez pasado el primer o el segundo examen en caso de requerirse, y encontrándose hábil para prestar el servicio militar dejan de ser conscriptos y son incorporados en calidad de soldados, iniciando la etapa de instrucción, lo cual se encuentra establecido en la Ley 48 de 1993, así:

#### Fase de selección

**Artículo 15º. Exámenes de aptitud sicofísica.** El personal inscrito se someterá a tres exámenes médicos.

**Artículo 16º. Primer examen.** El primer examen de aptitud sicofísica será practicado por Oficiales de sanidad o profesionales especialistas al servicio de las Fuerzas Militares en el lugar y hora fijados por las autoridades de Reclutamiento. Este examen determinará la aptitud para el servicio militar, de acuerdo con el reglamento expedido por el Ministerio de Defensa Nacional para tal fin.

**Artículo 17º. Segundo examen.** Se cumplirá un segundo examen médico opcional, por determinación de las autoridades de Reclutamiento o a solicitud del inscrito, el cual decidirá en última instancia la aptitud sicofísica para la definición de la situación militar.

**Artículo 18º. Tercer examen.** Entre los 45 y 90 días posteriores a la incorporación de un contingente, se practicará un tercer examen de aptitud Psicofísica, para

---

<sup>3</sup> La aptitud de los conscriptos condiciona el ingreso al servicio militar y, por lo tanto, no hay lugar a la incorporación a filas cuando los inscritos sean eximidos de esa prestación, cosa que acontece debido a la inhabilidad del sujeto y también como consecuencia de haberse configurado una causal de exención o de la falta de cupo. (C-621/07)

verificar que los soldados no presenten inhabilidades incompatibles con la prestación del servicio militar.

Por otra parte, en cuanto el delito militar de deserción, la Ley 1407 de 2010, Código Penal Militar vigente, dentro del Título II, Delitos contra el Servicio, Capítulo III, De la deserción, establece lo siguiente:

Incurrirá en prisión de ocho (8) meses a dos (2) años, quien estando incorporado al servicio militar realice alguna de las siguientes conductas: 1. Se ausente sin permiso por más de cinco (5) días consecutivos del lugar donde preste su servicio; 2. 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; 3. Traspase sin autorización los límites señalados al campamento por el Jefe de las tropas en las operaciones militares; 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, 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 (Código Penal Militar, 2010).

Al respecto, la conducta de deserción igualmente fue objeto de regulación por parte de la Compilación de Leyes Penales Bizantinas, en las cuales se contemplaban diferentes figuras relacionadas con la ausencia del personal militar a sus deberes. La figura de la Deserción al enemigo, la cual se castigaba con pena capital, sino regresaba a las filas, en los eventos de presentación voluntaria se les perdonaba la vida; incluso se castigaban conductas como la intención de desertar al enemigo, la cual tenía como pena trabajos forzados, no solo para quien incurría en la conducta, sino también para quienes tuvieron conocimiento de ella y no denunciaron.

En efecto, la Constitución de 1991 ha introducido cambios en los elementos constitutivos de las normas jurídicas y el sujeto activo de los derechos pasó a ser el individuo, la persona humana, para cuyo bienestar debe trabajar el Estado, cumpliendo con los fines que le han sido impuestos de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. (Constitución Política, 1991, art. 2).

Siguiendo en este mismo concepto, se reseña que para su investigación y Juzgamiento, “la Ley 1058 del 26 de julio de 2006 ha regulado un procedimiento especial, donde el Artículo 578 del C.P.M, establece los delitos que se juzgan por este procedimiento; entre los cuales se encuentra la Deserción” (Gil, 2011). En este sentido, la etapa de instrucción se debe perfeccionar en un término máximo de treinta días y una vez concluida, el Juez Instructor pasa la actuación al Fiscal Penal Militar y si encuentra mérito para acusar, formulará dentro de los cinco (5) días siguientes la respectiva resolución, que contendrá una exposición fáctica y descripción jurídica de los cargos, de la cual entregará copia a los sujetos procesales y solicitará al juez de conocimiento que fije la fecha para la celebración de la audiencia de acusación y aceptación de cargos.

En este sentido, el Juez de Primera Instancia, convocará a la audiencia y la celebrará dentro de los ocho (8) días siguientes, término dentro del cual deberán reunirse el Fiscal y el procesado, acompañado por su defensor, con el propósito de acordar si hay posibilidad de aceptar o no los cargos y las consecuencias que de ello se deriven. Llegado el día, el Juez de conocimiento instalará la audiencia de corte marcial, advirtiendo al sindicado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no auto incriminarse y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si ha llegado a un acuerdo con el

Fiscal y en qué consiste este, o si se declara inocente o culpable. En caso de declararse culpable, el Juez procederá a anunciar el sentido del fallo y dictará sentencia para los cargos aceptados dentro de los dos (2) días siguientes. La declaración podrá ser mixta, o sea de culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para los otros, evento en el cual se diferirá el pronunciamiento sobre los cargos aceptados al momento de emitir sentencia (Gil, 2011).

Es de destacar que la declaratoria de culpabilidad otorgará derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados. Si se declara inocente, o se ha abstenido de expresarlo o de comparecer, una vez agotados los medios para lograr su presencia en la diligencia, primará la presunción de inocencia, eventos en los cuales se surtirán los trámites propios de la audiencia de corte marcial con la presencia de un profesional del derecho, previamente designado por el ausente, o nombrado de oficio por el funcionario de conocimiento.

Al respecto, el Juez concederá el uso de la palabra por una sola vez a las partes en el orden señalado en el artículo 572. Agotadas las intervenciones, el Juez declarará que el debate ha terminado, anunciará el sentido del fallo, adoptará las previsiones derivadas de su decisión en cuanto a la afectación y preservación de derechos fundamentales y proferirá la sentencia dentro de los dos (2) días siguientes, levantándose el acta respectiva. De la actuación se recogerá registro electromagnético que pueda ser utilizado por las partes o el Juez de segunda instancia. Las decisiones proferidas en este procedimiento especial no serán susceptibles del grado jurisdiccional de consulta (Gil, 2011).

Así mismo, se presenta lo planteado por Lara y Molano (2006), quienes indican que la configuración del delito de deserción es uno de los atentados contra el deber de presencia, cuyo aspecto es inherente a la misión del personal que se encuentra en las filas y se considera un delito de peligro abstracto el cual lo presume la ley, aspecto que marca en algunas sentencias donde se argumenta:

El delito de Deserción por el cual se adelanta la investigación contra el auxiliar bachiller, no protege como bien jurídico el servicio policial en sí, como lo pretende hacer ver el togado sino el servicio militar obligatorio, estando claro que este delito requiere de un sujeto activo calificado que no es otro que aquel que se encuentre incorporado al servicio militar, sin que importe el hecho o la circunstancia de que esté desarrollando alguna actividad propia del servicio militar o policial, pues es un reato de ausencia que se puede dar incluso cuando el Soldado, Infante de Marina o Auxiliar Bachiller no se presenta dentro de los cinco días consecutivos siguientes a la finalización de un permiso, licencia o comisiones. (Rad. 155537, 2009 Sala Cuarta de Decisión T.S.M.).

Por otra parte, la Ley 522 de 1999, postula en el artículo 86 que una vez interrumpida la prescripción, esta principiará a correr por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 de la citada ley, disposición que establece que para el delito de deserción la prescripción es de dos (2) años, de lo cual se infiere que el nuevo término lo es por un lapso de la mitad, es decir, de un (1) año. Se observa cómo el honorable magistrado indica desde ya que se debe tener en cuenta el término de 2 años para delimitar la prescripción en este delito, y es que cobra absoluto sentido, ya que si bien es cierto, la Ley 1407 de 2010 se encuentra vigente, también lo es que la Ley 522 de 1999, es la norma con la cual se rige actualmente el sistema procesal penal, ya que al verificar estas instituciones procesales, corresponden a procedimientos que distan siquiera de ser parecidos. Por un lado, se tiene el sistema inquisitivo y por el otro, uno que se caracteriza por ser oral y acusatorio, este último determinado por la celeridad e inmediatez, y fue justamente por ello que el espíritu del legislador fue en consecuencia aplicar el término de un año para el delito de deserción, habida consideración del tiempo que tardaría cada funcionario en este sistema penal oral acusatorio conociendo y evacuando su competencia, por sus mismas características procesales.

Al mismo tenor, la Corte Suprema de Justicia también indicó con relación a este delito, que:



Respecto del delito de deserción, afloran de acuerdo con ese conjunto dispositivo, los siguientes rasgos: goza de un régimen de prescripción privilegiado y está sometido a un procedimiento especial, según los artículos 578 y 128 del Código Penal Militar. Estas dos características arrojan como consecuencia que después de la ejecutoria formal del auto que declara la iniciación del juicio, el término de prescripción de la acción penal se reanuda para el delito de deserción, pero con la precipitud de un lapso en extremo breve, pues corre de nuevo por la mitad del término de dos años que de ordinario le corresponda, es decir, por un año (Neiza, 2016).

Es de resaltar que extremo breve, pues corre de nuevo por la mitad del término de dos años que de ordinario le corresponda, es decir, por un año (Neiza,2016).

Como se puede observar, el delito de deserción es un tema intensamente tratado casi desde principios de siglo XV, sin embargo siempre enfocado en cuanto sus orígenes y tipificación de la pena, mas no hacia objetivos que permitan eliminar definitivamente su no realización. Por otra parte la evaluación del ingreso a la actividad militar es otro de los aspectos que siempre ha estado en el tintero, pese a no tener la importancia jurídica que requiere al momento de la evaluación de la conducta.

### **3.2. Cumplimiento de los Principios Procesales Constitucionales de Autonomía e Imparcialidad, por parte de quienes ejercen la Justicia Militar Colombiana**

La Constitución de 1991 manifiesta que la Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares que tendrán como fin primordial defender la soberanía, la independencia, la integridad del territorio y el orden constitucional” (Constitución Política, 1991, Art. 217), y que todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas (Constitución Política, 1991, art. 216).

Aquí, la población asociada ha solicitado los preceptos del artículo 18 constitucional, que garantiza la libertad de conciencia, por la que nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias, ni compelido a revelarlas, ni obligado a actuar contra su conciencia (Constitución Política, 1991, Art. 18), mediante diferentes recursos para la modificación de las reglas de juego, con positivas respuestas de la rama judicial del poder, que mediante sentencias ha aceptado, por ejemplo, la no prestación del servicio militar por los indígenas (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-058 de 1994, M.P: Alejandro Martínez Caballero, febrero 17 de 1994) y más recientemente, la objeción por razones de conciencia, culto o religión para la prestación del servicio militar (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-728 de 2009, M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Octubre 14 de 2009), en reacción contra la aparente decisión del Estado de considerar que la única manera de defenderse es con las armas.

Así mismo, la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-542 de 1993(M.P: Jorge Arango Mejía; Noviembre 24 de 1993), declara en sus sentencias que “Los derechos a la vida y a la libertad no pueden sacrificarse por la persona en aras del interés general, salvo cuando la propia persona acepta el sacrificio voluntaria y libremente”, posición que ratifica expresando “pues no era lícito exigir de un ser humano el sacrificio de la vida y de la libertad, propias o ajenas, aduciendo la primacía del interés general sobre el individual” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 251 de 2002; M.P: Eduardo Montealegre Lynett y Dra. Clara Inés Vargas Hernández; Abril 11 de 2002), precepto que por similitud modifica la noción de disciplina militar, que obliga a las tropas consideradas en cualquier nivel de la jerarquía, a cumplir con su deber aun a costa de su propia vida.

Al respecto, la protección del interés general de la población, mediante la exigencia del mantenimiento de la disciplina a los miembros de las Fuerzas Militares, es incompatible con la protección de los derechos individuales de estos, pues la prestación del servicio no tiene una condición igualitaria en el país, siendo

exigible solamente para quienes carecen de los medios económicos, para evitar la incorporación a filas y con esa calidad de desprotegidos adquieren también la de prescindibles para el Estado.

En el mismo sentido, en tercer término, se dirá que la Corte Constitucional mediante sentencias, ha manifestado que el Estado tiene la obligación de asumir la responsabilidad de proteger a los asociados, de eximir de la prestación del servicio militar a los indígenas, de prohibir el empleo de soldados bachilleres en operaciones de combate, de aceptar la objeción de conciencia y, finalmente, de prohibir la incorporación de tropas mediante el método de redadas, acordando que el ciudadano debe acudir libremente a definir su situación militar. Ha hecho una categórica exigencia al Estado para que el servicio militar sea voluntario y no obligatorio.

Se debe dar por entendido que, el Código de Justicia Penal Militar contiene normas para la defensa de los bienes jurídicos servicio y disciplina. Los referidos al servicio están relacionados con el cumplimiento de los deberes constitucionales atribuidos al personal militar, específicamente, a sus miembros activos, mientras los que referencian la disciplina se relacionan con la obediencia y el respeto y pueden ser atribuibles tanto a los militares en servicio activo como en retiro o reserva (Corte Suprema de Justicia. Sentencia 12878 de 2001; M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallo; Mayo 23 de 2001).

Por otra parte, ya se reconoce por parte de los altos tribunales que existe una excepción frente a los términos de prescripción y es que no le asiste al análisis constituir vigencias en las normas que establecen el código penal militar, ya que no existe discusión en el hecho de que la ley 1407 está vigente desde su fecha de promulgación (17 de agosto de 2010) conforme las reglas que estableció la Corte Constitucional (2011) y por los delitos cometidos a partir de esta anualidad. Si bien es cierto, esta norma se encuentra vigente y es la que establece un sistema penal oral acusatorio en la jurisdicción castrense, también

es cierto que su implementación no se ha operacionalizado, en tanto actualmente no existe el aparato judicial ni administrativo que permita su utilidad y aplicación, como consecuencia de la asignación de presupuesto por parte del ejecutivo, la designación de funcionarios que conocerán de este nuevo esquema, el Cuerpo Técnico de Investigación, la Fiscalía General Penal Militar, entre otras circunstancias logísticas y presupuestales (Neiza, 2016).

Lo anterior por lo que se debe observar que las etapas procesales contenidas en la Ley 1407 de 2010 son inaplicables, no se han implementado, y en consecuencia presta plena vigencia la aplicación de lo preceptuado en la Ley 522 de 1999 y en síntesis, el término prescriptivo que se erige del contenido del artículo 83 de esta codificación es el que debe regir en la actualidad, es decir, dos años contados a partir de la fecha en que se consumó el delito de deserción (Neiza, 2016).

En este sentido, es notoria la existencia de un sentido de pertenencia de los funcionarios a la justicia penal militar, los cuales piensan que el fuero no debe perderse, y se exige que se fortifique la Dirección Ejecutiva, con la finalidad de que se garantice cabalmente el cumplimiento de sus funciones como órgano autónomo.

Los principios constitucionales de independencia, autonomía e imparcialidad siguen latentes en el campo de la justicia penal militar, sin embargo tienen que ser objeto de un estudio a través de la hermenéutica jurídica, que le permita evolucionar de acuerdo a las exigencias del Estado actual lo cual se lleva a cabo en la medida en que se concientice a la justicia penal militar de su responsabilidad plena de administrar justicia.

### **3.3.Herramientas que permitan la disminución del castigo por cometer el delito de deserción**

Basados en experiencias obtenidas, se encuentra una gran diversidad de motivos por los cuales los auxiliares bachilleres de policía desertan del servicio militar obligatorio, una de ellas, las condiciones de inferioridad y afectación en las que se ven sus familias, una vez su hijo se alista en las filas policiales, situaciones de carácter económico y socio familiar que conllevan a que el delito de desertión se haya incrementado (Hurtado, 2015).

En este sentido, las políticas y filtros en los procesos de incorporación de auxiliares bachilleres están fallando, pues no es posible que dentro de la fuerza pública ingrese personal con diferentes problemáticas de carácter familiar, social y de comportamiento, los cuales pueden ser detectados por el personal que realiza la incorporación. También, es posible que el hecho de que en Colombia en algunos casos no exista diferencia entre fuerzas militares y policías, conllevan a que los auxiliares de policía asignados a zonas de conflictos, se deserten por encontrarse realizando operaciones de carácter guerrillero, las cuales requieren entrenamiento y armamento especializado.

De otra parte, éste es uno de los delitos de mayor ocurrencia a nivel del personal de soldados y de investigación por parte de la justicia penal militar, de acuerdo a las estadísticas anuales presentadas por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar (2013).

Así las cosas, se evidencia una serie de inconvenientes que deben ser subsanados como es el alto índice de realización de conducta ilícitas, el despliegue de la administración de justicia en pro de investigar estos delitos y de la administración pública, en aras de cumplir las penas. El punto de partida, es determinar cómo una persona, que ha adquirido la condición de militar en servicio activo por estar prestando el servicio militar obligatorio y ha sido capacitada en temas jurídicos y militares referentes al fuero, reacciona de manera desfavorable o favorable frente a un instrumento del control social como lo es la conducta denominada desertión (Pachón, 2016).

Como consecuencia de lo anterior y para obtener una actitud favorable de los soldados que prestan el servicio militar obligatorio, debe efectuarse una labor psicológica que permita un plan de desarrollo personal, donde se afiancen valores, virtudes y principios en cada soldado a nivel preventivo y como tratamiento para los condenados, por cuanto los amigos y los medios de comunicación que circundan a la población fueron determinantes en las tres esferas de la actitud. De igual manera, es necesario un esfuerzo a nivel de capacitación, entrenamiento y supervisión en el área jurídica para que se conozca e interioricen las conductas prohibidas por la ley, y las funciones o roles de los entes que administran (Pachón, 2016).

En este sentido, es determinante los exámenes psicofísicos y psicológicos, además los demás señalados en la Ley 48 de 1993 durante la etapa de selección de los soldados regulares que pretendan ingresar a las unidades militares en conjunto, con la capacitación jurídica y la eficiente función de los entes encargados de administrar la justicia penal militar, que no es más que el fortalecimiento de los principios de autonomía, imparcialidad e independencia de la justicia militar en cabeza de quienes tienen la responsabilidad de interpretar la norma.

### **3.4. Principios procesales de independencia e imparcialidad.**

Existe una diferenciación respecto al trato jurídico disciplinario de los miembros de las fuerzas militares y la Policía Nacional, que para el tema examinado se entrelaza con un criterio constitucional de condicionamientos de conducta y sancionatorios diferentes a los miembros del servicio militar obligatorio en la Policía y en las fuerzas militares, que según referencias de apartes anteriores, se comprende y acepta la distinción disciplinaria dentro de los regímenes explicados.

De otro lado y en desacuerdo de criterio, se entra con mayor soporte a la explicación de la desproporción jurídica de penalizar; de igual forma, a los miembros tratados

con los de carrera militar o policial, que para mayor amplitud y según lo expuesto en este numeral se ve que el miembro del servicio militar obligatorio tiene trato diferente disciplinariamente entre miembros de las fuerzas militares y trato igual, pero con una excepción sancionatoria que es la multa respecto a los miembros de la Policía Nacional, empero, los mismos tienen un trato igual de penalización y exigencia en el sistema penal militar, lo que en últimas crea una desproporción lógica jurídica (Viasús & Gentil De Fex, 2011).

Ante el problema planteado, que es la carencia equitativa en la penalización entre un funcionario en carrera y otro como auxiliar de la fuerza pública, efectivamente se verifica en principio una palmaria desproporcionalidad, lo que indubitablemente debe impeler a los actores correspondientes a generar los cambios necesarios para reajustar pertinentemente la actual práctica jurídica en lo relacionado a estos sujetos procesales con una calidad especial.

Por otra parte, al observar imparcialmente los códigos penales militares vigentes, estos ordenamientos regulan lo concerniente a la prescripción de la acción penal, pero esta concepción se hace de forma diferente dadas las marcadas diferencias de estos sistemas procesales, de manera que el período prescriptivo de un año para la deserción contenido en la Ley 1407 de 2010, es consecuencia del sistema penal acusatorio, el cual no encaja, ni es compatible con los términos y etapas en que se desarrolla la Ley 522 de 1999.

A pesar de que la Ley 1407 en mención se encuentra vigente a partir de 2010, no se aplica el sistema penal oral acusatorio por falta de implementación, en consecuencia, los procesos penales que actualmente se adelantan en la Justicia Penal Militar se desarrollan conforme los presupuestos procesales configurados en la Ley 522 de 1999, así los hechos objeto de investigación o juicio hayan ocurrido con posterioridad al 07 de agosto de 2010. (Neiza, 2016)

Es por lo anterior que los términos prescriptivos para el delito de deserción que se deben aplicar no son más que de dos años y no de uno como lo contempla la Ley 1407 de 2010, así los hechos hayan ocurrido con fecha posterior a la vigencia de esta, es decir, el proceso se adelantará conforme los rituales de la Ley 522 de 1999 (Neiza, 2016).

Estas penas normalmente se cumplen en establecimientos carcelarios especiales, conforme a la Ley 65 de 1993, modificada por la Ley 1709 de 2014; es decir, el régimen penitenciario y carcelario; pero más allá de esto, la Ley Penal Militar prevé que una vez cumplida la pena, la persona debe completar el tiempo que le reste de servicio militar, lapso durante el cual puede nuevamente ser reincidente en este tipo de conductas y así sucesivamente hasta que finiquite su obligación constitucional, de tal manera, que un lapso de doce o dieciocho meses puede convertirse en una cantidad de años dentro de la institución militar, sea como condenado o como militar activo, si se tiene en cuenta que la pena prevista para este delito es de ocho meses a dos años y los soldados deben prestar su servicio militar completo una vez cumplan con la condena impuesta, la cual no se tiene como tiempo cumplido para el servicio militar (Pachón, 2016).

De igual modo, es de destacar que según estadísticas aplicadas, un 57% del total de los delitos son de deserción, índice muy alto, en comparación a los demás delitos, lo cual ocasiona una congestión a nivel de la justicia penal militar muy significativa, que puede resolverse mediante la implementación de un sistema especial para este delito, ya que el tiempo que se demoran los procesos llevados por deserción, la gran mayoría, van desde los 9 meses hasta los 12 meses, lo que conforma un período muy prolongado, si se toma en cuenta la clase de delito que se trata y que en todos los casos son cometidos por soldados regulares que prestan el servicio militar (Lara & Molano, 2006).

El artículo 152 de la Constitución, establece que el Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que establezca la ley,



también lo es, que de acuerdo con los artículos 46 párrafo 1º y 59 inciso 16) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Corte será la competente para determinar la forma en que los tribunales creados por el legislador, cumplirán las funciones que les han sido encomendadas, teniendo la potestad de refundirlos, dividirlos, trasladarlos de sede y fijarles la respectiva competencia, todo conforme a los criterios de eficacia, eficiencia y mejor servicio público, potestad que en última instancia se deriva del principio de división de poderes y su correlativo, el de independencia, previsto en los artículos 9 y 154 de la Constitución, y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, norma que no puede ser ajena a la justicia penal militar, en el sentido que el mandato constitucional también administrará justicia aunque de una forma restringida.

La independencia del juez es una garantía que deber ser asumida tanto en lo externo como lo interno, y no simplemente en la aplicación de la norma sino en la evaluación plena de la conducta, en el sentido de que se protege de las influencias de otras ramas del poder público que puedan incidir en uno u otro sentido en la decisión de un caso concreto sometido a su conocimiento, para evitar el debilitamiento del sistema; en otros términos, se protege al juez para que ni las partes que intervienen en el proceso, terceros, jueces superiores en grado, miembros "influyentes" de los Poderes del Estado, aún el Judicial, puedan, influir en su decisión.

En este sentido, los principios procesales de independencia e imparcialidad deben tener los principios básicos del proceso penal, como lo es la función acusatoria, función defensiva y función de juzgamiento. Al respecto, los principios procesales deben conformar una herramienta valiosa dentro del sistema penal acusatorio en Colombia.

En el caso de los soldados, el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, en apego a las jurisprudencias proferidas por su superior jerárquico, ha emitido conceptos relacionados con los soldados vinculados a prestar su servicio

militar obligatorio cuando en efecto ha existido una mala incorporación, y la posición acogida a través de sus fallos ha tenido en cuenta las siguientes consideraciones:

(....) Régimen aplicable por responsabilidad patrimonial de Estado derivada de los daños sufridos por quienes prestan el servicio militar obligatorio.

Dentro de este marco, cabe examinar como precedente de la Sala viene dando tratamiento a la responsabilidad patrimonial por daños sufridos por quienes prestan el servicio militar obligatorio, o por aquellos que lo prestan voluntaria o profesionalmente

En cuanto al régimen aplicable por daños sufridos por quienes prestan el servicio militar obligatorio, se ha venido encuadrando en un título de imputación objetivo, bien sea el daño especial o el riesgo excepcional. La premisa de la que se parte, es, de que se produce ruptura del principio de igualdad en asunción a las cargas públicas, teniendo en cuenta que el ingreso a la fuerza pública, ocurre con razón del acatamiento del mandato constitucional previsto en el artículo 216 de carta política (Consejo de Estado. Sentencia 00352 – 01 de 1998; M.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Octubre 20 de 2014).

Lo anterior viene evidenciando que la jurisdicción ordinaria a través de los jueces, y magistrados de la área contencioso administrativa, vienen tomando partida en el análisis de la incorporación soldado de regulares con un planteamiento totalmente firme que afecta sin lugar a dudas las finanzas del Estado en temas que bien podrán ser del resorte de la justicia penal militar, porque en casos como el mencionado anteriormente que en principio es una cuestión que debe ser del análisis del juez penal militar y que sin duda, va más allá de una falla del sistema propio de la fuerzas militares, y para ellos es preciso aterrizar en el concepto de principios para tener una idea más clara de lo que la justicia penal militar debe evaluar al momento de la aplicación de la norma:

Independencia, que su decisión no obedezca a nada distinto a los intereses de la comunidad misma. Que sus valoraciones estén inspiradas en postulados y garantías constitucionales e imparcialidad, que las circunstancias exógenas del proceso tales como el interés, el afecto, la animadversión, y el amor propio, no debe incidir en su ánimo interno de tal manera que lo encadene ello.

Imparcialidad. El establecimiento de la verdad que consulte más cabalmente la realidad, es la única guía que puede tener el juez en el decreto, practica y valoración de los medios probatorio (Amparo, Pinto & Ingrid, 2011).

De otro lado con relación al principio de imparcialidad, Briceño (1993), señala:

La imparcialidad puede atribuirse, a la resolución a la conducta realizada para alcanzarla o la condición de la persona.

La conducta imparcial se percibe en una secuencia de actos y aun de abstenciones que muestran el desinterés del tercero por el resultado a que se llegue.

La condición de la persona es concebible, a través de datos exteriores, de manera que la imparcialidad provendrá de la ausencia de vínculos con los intereses de la contienda.

La resolución imparcial es aquella que se justifica por razones, objetivamente validas, lógicamente comprensibles (Briceño, 1993, p.28).

### **3.5. Cumplimiento de la institución militar y sus fines**

Para el cumplimiento de la institución militar hacia los fines para la cual fue creada, sobre los soldados en las filas del Batallón de Artillería de Campaña No. 10

Santa Bárbara Buenavista y Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” con sede en Riohacha (ambos en la Guajira), que han desertado.

Es pertinente saber que en el departamento de la Guajira existen 2 juzgados Penales Militares: El Juzgado 20 de instrucción Penal Militar con sede en el Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” con sede Riohacha y el Juzgado 98 de Instrucción Penal Militar con sede en el Batallón de Caballería Mecanizado No. 2 “Juan José Rondón” con sede en Buenavista, (ambos en La Guajira).

Los procesos adelantados por estos juzgados:

Juzgado 20 y 98 de instrucción Penal Militar años 2014 – 2016 Evidenciadas las estadísticas que se tomaron de las sentencias proferidas por delitos de deserción de soldados regulares del Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” con sede en Riohacha, y de Caballería Mecanizado No. 2 “Juan José Rondón”, (ambos en la Guajira), y de la información suministrada por la relatoría del Tribunal Superior de Justicia Penal Militar, durante el periodo comprendido entre los años 2014 a 2016, se pudo constatar los siguientes casos:

- a) Año 2014 Tres, casos, de los cuales dos de ellos se produjeron al no recibir un permiso correspondiente y otro por no querer seguir en la actividad militar.
- b) Año 2015 Siete casos, de los que llama poderosamente la atención que cinco de ellos miembro de etnia wayuu, quienes al parecer no se lograron adaptar a la vida militar y decidieron desertar de la unidad militar y dos por razones de supuesto mal trato en la unidad.
- c) Año 2016 Tres casos en los que se desconocen las causas, sin embargo, todos son miembros de la etnia wayuu quienes tenían poca comunicación con

sus compañeros, al no entender el idioma castellano, pues solo se comunicaba a través de su lenguaje indígena.

En el juzgado 98 de instrucción penal militar se evidenciaron los siguientes casos:

- a) Año 2014 Dos casos Los cuales fueron propiciados según los soldados por el maltrato a que se vieron avocados en la etapa de instrucción.
- b) Año 2015: Ningún caso presentado.
- c) Año 2016: Un caso, de la misma forma miembro de la etnia wayuu y las razones están por establecer.

Del análisis de las sentencias proferidas por la Justicia penal militar, dentro de los procesos anteriores se destaca como común denominador el argumento de defensa de la indebida incorporación y del estado de necesidad, del cual se resaltan las siguientes para proceder a condenar a los soldados regulares por el tan mencionado delito de deserción:

### **De la ilegalidad en la incorporación:**

#### ***Sentencia Deserción I.***

#### ***Hechos:***

Se desprende del material de prueba aportado al expediente, que el día 23 de septiembre de 2015 a eso de las 17:00 horas aproximadamente, el SLR. (...), abandonó el primer pelotón de la compañía "Fénix" descociéndose hasta este momento procesal su paradero pese a las diferentes actividades realizadas tendientes a su localización.

**Argumentos del fallo:**

(...).en lo que tiene que ver con la mala incorporación, (...), se debe indicar que su argumento no tiene vocación de éxito, toda vez que no es la jurisdicción penal militar la llamada a resolver el tema de la incorporación de los soldados, pues su única competencia es decidir sobre los asuntos penales militares, luego, mientras no se produzca un acto administrativo, bien ordenando desacuartelamiento o revocando la incorporación , el acto que la dispuso conserva su vigencia, por tanto, persiste la condición de militar incorporado para prestar el servicio militar y en esa medida, la calidad de sujeto activo del delito de deserción (...) (Sala Primera de Decisión. Sentencia 158814; M.P: Marco Aurelio Rodríguez Suarez; Febrero 23 de 2018).

**Sentencia Deserción II****Hechos:**

Se denunció ante la Justicia Penal Militar el abandono del servicio militar obligatorio por parte del SLR. (...) quien no retornó a la unidad militar el 29 de abril de 2016 fecha que culminaba un permiso que le había sido otorgado, ni dentro de los cinco días siguientes.

**Argumentos del fallo:**

(...) La Corte Suprema de Justicia, ha establecido que el acto administrativo que incorpora al servicio militar goza de presunción de legalidad hasta que sea revocado por la autoridad administrativa que lo profirió o por la autoridad administrativa judicial correspondiente. En otras palabra, la resolución, orden administrativa de personal o la orden del día que establece la incorporación al servicio militar obligatorio según sea el caso, le otorgan al militar todos los

derechos y deberes para con la institución, así mismo lo hace objeto de la ley disciplinaria y penal militar hasta tanto se profiera una decisión judicial que invalide el acto administrativo de incorporación, puesto que goza de la presunción de legalidad.

Bajo ese entendido, no corresponde la jurisdicción penal militar dilucidar la legalidad de un determinado acto administrativo, la competencia para declarar su validez o nulidad radica en la jurisdicción contenciosa administrativa, posición que esta corporación en diferentes pronunciamientos ha reiterado (..) Sala Segunda de decisión. Sentencia 158716; (M.P.; T.C. Wilson Figueroa Gómez; Julio 05 de 2017).

### ***Sentencia Deserción III***

#### ***Hechos:***

Los informes iniciales dan cuenta que el SLR. (...), el día 16 de octubre de 2014 se evadió de las instalaciones militar, sin que retornara a la unidad a continuar con el servicio militar.

#### ***Argumentos del fallo:***

(...) La condición mental, en ninguna manera determina por sí sola, una decisión absolutoria en favor del encausado, puesto que, verificada su tipicidad y antijuridicidad, su imputabilidad no desemboca en la absolución, sino en una sentencia de orden distinto, en la que se declara responsable y se somete a un tratamiento denominado “medidas de seguridad” cuya vocación no es sancionatoria sino de protección, curación, tutela y rehabilitación. Por tanto, no resulta acertado, como lo reclama el apelante señalar que la conducta no es típica, antijurídica y o culpable, por la sola afectación mental que padece el prohijado, puesto que desconoce que la norma penal, tanto ordinaria como

militar, estableció dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal, uno para los imputables y otros para los inimputable (..) Sala Segunda de Decisión. Sentencia 158576; M.P: T.C. Wilson Figueroa Gómez; Febrero 17 de 2017).

#### ***Sentencia IV – Estado de necesidad***

##### ***Hechos:***

Datan del 17 de marzo de 2015 fecha en la que el SLR. (...), debía presentarse en las instalaciones del Batallón, sin embargo no hizo presencia, permaneciendo ausente por más de cinco días, razón por la cual se le adelanta investigación como presunto autor del delito de deserción.

##### ***Argumentos del fallo:***

(...)En otras palabras el estado de necesidad justificante exige unos requisitos para su configuración, esto es, el peligro actual o inminente, la inevitabilidad del daño, y la proporcionalidad entre el bien que se precave y el que se ocasiona, entre otros.

Expuesto el marco teórico que gobierna el estado de necesidad como ausencia de responsabilidad, se analizará como la defensa construye su argumento presentado como conclusión la existencia de un riesgo o un peligro, sin demostrar los argumentos de ese peligro como una especie de argumento de círculo vicioso o racionamiento circulante vicioso, pues se invoca la existencia de un peligro, esto es, lo que la doctrina ha conocido como falacia, de argumento de petición de principio. En conclusión no se determina cual es el bien jurídico tutelado por el legislador que se encuentre en peligro y que sea la razón para vulnerar el otro bien jurídico que el caso sub judice es el servicio (...) Sala Segunda de Decisión. Sentencia 158509; M.P: Cr. Fabio Enrique Araque; Noviembre 30 de 2016).



Queda claro que la justicia penal militar impone a la aplicación de sus normas la prevalencia del honor, la disciplina, la lealtad y la honra frente a los avances a las condiciones sociales de la época, con el fin de preservar la supremacía de la institución sobre las personas.

Es una justicia sumamente legalista basada en la formación militar de quienes la administran, y en el respeto de los procesos propios de las otras áreas de su jurisdicción.

## CONCLUSIONES

En relación al objetivo específico número 1, sobre los principales antecedentes referentes al delito de deserción, se instituye que el servicio militar en Colombia se encuentra consagrado en el artículo 216 de nuestra Carta Política, donde se impone la obligación a todos los colombianos de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas, norma que a la vez tiene su fundamento adicional de acuerdo con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948), el Preámbulo constitucional, y de la consecuencia legal de la prevalencia del interés general sobre el particular, todo encaminado a garantizar la capacidad operativa de nuestra Fuerza Pública, enfocada a la defensa nacional, con ello, es significativo e ineludible la presencia de una justicia penal militar, y en esta vía, la del fuero penal militar fortalecido, por cuanto en algunos casos, cuando el miembro de la fuerza pública actúa en relación con él en servicio, puede infringir bienes jurídicos que por su naturaleza son del especial conocimiento de la jurisdicción especial.

En este caso, deben ser juzgados en condiciones específicas, sin embargo, al ser una garantía, debe cumplir con dos elementos importantes para poder ser aplicada: en relación con el servicio (elemento objetivo), y ser miembro de la fuerza pública en servicio activo (elemento subjetivo).

Es preciso resaltar que la manera como se ha venido manejando la obligatoriedad con criterios alejados al avance de los postulados del respeto a los derechos a la objeción de conciencia, libertad de culto, respeto de las comunidades étnicas y del análisis del estado de conscripción evaluados a través de sus fallos proferidos por la jurisdicción contencioso administrativa en el Estado Social de Derecho en el que nos encontramos, han permitido el aumento de casos ante la

justicia penal militar, por lo que se hace necesario replantear esta posición y tomar medidas acordes con las nuevas exigencias jurídicas del Estado moderno que nos llevaría a eliminar el servicio militar obligatorio más cuando la aplicación de las normas no diferencia la responsabilidad en relación con los grados, es decir no toma en cuenta que la vinculación de un soldado regular es de manera obligatoria y la de un soldado profesional, oficial u suboficial es de manera voluntaria, lo cual crea una desproporción con quienes sí asumen la responsabilidad de formar parte de la vida militar como una vocación, frente a aquellos que tienen una imposición del Estado.

En cuanto al objetivo específico número 2, sobre el análisis de las normas jurídicas internas relacionadas con la naturaleza, estructura y funcionamiento de la Justicia Militar Colombiana sobre la deserción militar, se presenta que el delito de deserción militar está contemplado en la Ley 1407 de 2010. El Código penal militar dispone en el Título II, Delitos contra el servicio, Capítulo III, De la deserción, art.109, que el servicio militar está reglamentada en la Ley 48 de 1993. Ley de reclutamiento y movilización, donde establece todos los procedimientos para la selección e incorporación que debe tener en cuenta la Dirección de Reclutamiento y Control de Reserva de cada fuerza a través de los distintos Distritos Militares, y que constituyen el referente de estudio principal por parte de la justicia penal militar.

Ahora, pese a que la vinculación de un soldado regular es totalmente distinta a un soldado profesional, voluntario u oficial, la norma no establece diferenciación alguna, pues solamente realiza como diferencia el monto de la pena, señalando en su capítulo de “Delitos contra el Servicio” una pena de prisión para el primero que oscila entre ocho (8) meses y dos años, y la otra de uno (1) a tres (3) años para los segundos, dejando de lado el análisis de quienes tienen una forma de ingreso de manera obligatoria, es decir a través de una imposición legal basada en principios de solidaridad y reciprocidad social para defender la independencia y las instituciones públicas, por tanto su tratamiento no debe ser igual a los que

tienen una manera de vinculación voluntaria con alto grado de entrenamiento y compromiso además de tomar la firme decisión de servir a la patria a cambio de una contraprestación, entendiendo de esta manera que ejercen sus funciones desde un rol militar y otro profesional bajo el marco del honor militar y una opción de vida.

En referencia al objetivo específico número 3, sobre el cumplimiento de los Principios Procesales Constitucionales de Autonomía e Imparcialidad, por parte de quienes ejercen la Justicia Militar colombiana, se presenta que estos principios se rigen por el derecho penal militar, que es la normativa especializada que se encarga de proteger bienes jurídicamente tutelados, en función del correcto funcionamiento de la disciplina militar y el juzgamiento de los militares o de quienes cumplan funciones inherentes a los mismos reglamentos y jerarquía, que implica la existencia de una justicia militar. Actualmente se estructura bajo los parámetros del artículo 221 de la Constitución de 1991, sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus reiteradas sentencias, ha sustentado la presunción que la Justicia Penal Militar en diversas legislaciones se establece para mantener la disciplina en las instituciones castrenses; esta misma reconoce que los jueces penales militares administran justicia, pues si bien la competencia ha sido restringida en varios casos de violaciones de Derechos Humanos, el juez natural para investigar y juzgar a los miembros de la fuerza pública que incurran en un delito encontrándose en actividad y sea con ocasión a su servicio es el Juez Penal Militar.

Al respecto, el Juez de Instrucción Penal Militar, debe investigar con igual esmero no solo los hechos y circunstancias que establezcan la responsabilidad del procesado, sino también las que lo eximan de ella o la atenúen y las que puedan dar lugar a la extinción o cesación de la acción. Debe existir un sentido de pertenencia por parte de los funcionarios a la Justicia Penal Militar, quienes consideran que no debe perderse el fuero, y por el contrario piden que se

fortalezca la Dirección Ejecutiva para garantizar el cumplimiento de sus funciones como órgano autónomo e independiente.

En este entendido los principios de imparcialidad e independencia juegan un papel importante en la consolidación de los derechos y el fortalecimiento de la justicia penal militar, en aras de la administración de justicia en los temas relacionados a su cargo, y donde indiscutiblemente deben ser protagonistas de la separación total de las otras ramas del poder público y de la misma administración de justicia, entendiendo la imparcialidad como la facultad del juez penal militar de actuar con objetivos claros y garantías suficientes a fin de no favorecer o desfavorecer a alguna de las partes (entidad – soldados), y entiendo la independencia como la facultad de analizar por sus propias normas y los antecedentes de la misma, acordes con el avance jurisprudencial del Estado moderno, para evitar los llamados golpes de estado judiciales que no es más que la intervención de otras ramas del poder en los temas a cargo de la jurisdicción penal militar.

Por otra parte, en cuanto al objetivo específico número 4 sobre las herramientas que permitan la evaluación y disminución del castigo por cometer el delito de desertión, los miembros de la Fuerza Pública deben ejercer simultáneamente las funciones de comando con las funciones de jurisdicción, toda vez que quien juzga siempre esté técnicamente habilitado para desarrollar esa función y poseer formación jurídica profesional para no depender de terceras personas para emitir sus fallos.

La justicia penal militar bajo la disposición constitucional, tiene la no fácil tarea de administrar justicia de conformidad con los casos relacionados a su cargo, con ellos la implícita obligación de adoptar los pasos de la hermenéutica jurídica que conlleven a hacer comprensible y entendido el verdadero significado de la norma. En el caso de soldados regulares debe aferrarse a los principios, a los pronunciamientos del juez de tutela y a las demás herramientas que le permitan

bajo un sentido social tomar una decisión acorde con las fuentes formales del derecho sin desconocer la forma de incorporación de los soldados, por consiguiente las herramientas de disminución del castigo no pueden basarse en las señaladas taxativamente en el capítulo de los delitos contra el servicio del código penal,(2010) y en las demás señaladas en la norma, si no a todas aquellas que se han venido analizando y que incluso forman parte del bloque constitucional.

En consecuencia, sobre el objetivo específico número 5, al evaluar el análisis de la conducta por parte de los jueces penales y la posible afectación o no de los principios procesales de Independencia e Imparcialidad, por parte de la Justicia Militar colombiana, se presenta que si la desertión conlleva a que la institución militar no puede cumplir con los fines para la cual fue creada, sobre los soldados en las filas del Batallón de Artillería de Campaña No. 10 Santa Bárbara Buenavista y de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” con sede en Riohacha (ambos en La Guajira, se han presentado 16 casos de desertión durante los años 2014 a 2016, atendidos por el Juzgado 20 de instrucción Penal Militar con sede en el Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” con sede Riohacha, y el Juzgado 98 de Instrucción Penal Militar con sede en el Batallón de Caballería Mecanizado No. 2 “Juan José Rondón” con sede en Buenavista (ambos en La Guajira).

En este sentido, el mayor número de casos que se investigan por el delito de desertión en esta jurisdicción, se presentan por fallas en el proceso de incorporación, por lo que se requiere la implementación de procesos más estrictos.

Tomando en cuenta lo anterior, la institución militar, no puede cumplir con los fines para la cual fue creada, porque sobre los soldados en las filas del Batallón de Artillería de Campaña No. 10 Santa Bárbara Buenavista y Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 “Cartagena” con sede en Riohacha (ambos en La Guajira), deben tener algún grado de vocación para la vida castrense, lo que permitirá el

proceso de adaptación y posiblemente opten por continuar una carrera en la fuerza pública, para lo cual es necesario elevar los patrones de exigencia en los exámenes médicos y psicológicos, para evitar la incorporación de personas con problemas de salud; asimismo, optimizar el sistema de incorporación, para que antes de incorporar al aspirante, se tenga plenamente establecido que no existe causal de exención para la prestación del servicio militar, y si esto sucede, iniciar de inmediato el proceso de des-acuartelamiento.

Por lo tanto, en concordancia con lo establecido por Meza (2007), el Fuero Penal Militar ha estado unido íntimamente a la problemática sobre la violación de los Derechos Humanos en Colombia, por cuanto a partir de equivocadas interpretaciones de los servidores públicos encargados de solucionar estos conflictos administrativos de competencias entre la Jurisdicción Penal Ordinaria y la Justicia Penal Militar, se entregaba a esta última, para que a través de las cortes marciales y sus jueces de instrucción penal militar, conocieran de procesos penales en contra de miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, que se encontraban vinculados, por acción u omisión a conductas atentatorias en contra de los derechos fundamentales de los asociados (MEZA, 2007).

Por todo lo anterior, es necesaria la existencia de una justicia penal militar, y en esta vía, la del fuero penal militar fortalecido, puesto que en algunos casos cuando el miembro de la fuerza pública actúa en relación con él en servicio, puede infringir bienes jurídicos que por su naturaleza lo más justo es que sean juzgados en condiciones especiales. La Justicia penal militar es entonces, una jurisdicción que administra justicia, pero de forma excepcional por los asuntos de los cuales conoce y por las personas llamadas a juzgar, pero hay que dejar claro que dichos jueces, como todos los demás, deben ejercer sus funciones, guiados por los criterios de objetividad, imparcialidad, efectividad y celeridad entre otros.

Pese a tener todos elementos a la mano para evaluar de manera integral la conducta, el negarse a evolucionar acorde con la jurisprudencia moderna, sobre todo en un

país donde la paz es un derecho y una obligación de todo ciudadano, pone en riesgo los principios constitucionales de independencia e imparcialidad, de la justicia penal militar, en el sentido que si bien la norma que señala el delito de deserción de soldados regulares (Ley 1407 de 2010) no menciona la forma de vinculación para la evaluación de la pena, lo cual se realiza a través de un acto administrativo propio de la actividad militar, por lo que podría considerarse en principio como un error del sistema mas no del juez de conocimiento, no podemos pasar por alto que, como se ha venido señalando, es al juez militar a quien le corresponde administrar justicia con relación a los asuntos a su cargo, y por ende no desliga del control del examen de la forma de vinculación de estos soldados, por cuanto negarse a ello sería ceder espacios para que una jurisdicción ajena a su control (ordinaria) corrija sus errores, espacios que conllevan al debilitamiento de la justicia y por ende al de los principios como son la independencia e imparcialidad.

No tener en cuenta los errores del sistema en casos específicos de soldados regulares, sin duda afecta los principios que la rige, por cuanto por el afán de mantener el mando y la disciplina militar se priva de la posibilidad de sentar doctrina sobre temas de su competencia y que hoy día son evaluados por la jurisdicción contenciosa sin la necesidad de cuestionar la nulidad de los actos expedidos por la administración.





## REFERENCIAS

Agudelo, O. (2016) *El delito de deserción*. Bogotá. Universidad Militar Nueva Granada. Especialización en Procedimiento Penal, Constitucional Y Justicia Penal Militar.

Cabanellas G. (2012) *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, T. III. Bogotá: Editorial Futuro.

Castro, G. & Bermeo, D. (2014) *Justicia Militar, Códigos Disciplinarios y Reglamentos Generales Internos*. Informe final. Red de Seguridad y Defensa de América Latina (RESDAL) Disponible en: <file:///C:/Users/Administrador/Downloads/PDF%20-%20DESERCION%2013.pdf>

CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR (1993). Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto. Texto Vigente. Última reforma publicada DOF 09-04-2012

CÓDIGO PENAL MILITAR (2010). Diario Oficial No. 47.804 Bogotá: imprenta nacional.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA (2009), 5ª ed. Bogotá: Editorial Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

CONTRERAS, H. (2011) *Una enfermedad vieja y sin remedio: la deserción en el real ejército de la frontera de Chile durante el siglo XVII*. Chile: Universidad Academia de Humanismo Cristiano.

CORTE CONSTITUCIONAL (2009) , Sentencia C - 728 M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (1948) Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia.

- DUARTE, H. (1978) *Procedimiento Penal Militar Colombiano*. Editorial Beta.
- GARCÍA, R. (1968) *Revista de las Fuerzas Armadas*, No. 49, Vol. XVII, Marzo y abril. Bogotá.
- GIL, J. (2011) *El delito de deserción en la justicia penal militar colombiana*. Trabajo de investigación para optar al título de Especialista en Derecho Penal y Criminología. Universidad Libre Seccional Pereira. Disponible de: <https://repositorio.unilibrepereira.edu.co:8080/pereira/bitstream/handle/123456789/527/EL%20DELITO%20DE%20DESERCI%C3%93N%20%20EN%20LA%20JUSTICIA%20PENAL.PDF?sequence=1>
- GÓMEZ, P. (2012) *Principio de favorabilidad frente a la coexistencia de códigos penales militares en Colombia*. Artículo. Disponible en: <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/9410/1/GomezMartinezPiedadCenaida2012.pdf>
- GUIO, A. (2016) *¿Por qué es importante el fuero penal militar para la defensa nacional del estado colombiano?* Trabajo de Especialización de Alta Gerencia y Seguridad. Universidad Militar Nueva Granada. Disponible en: [file:///C:/Users/Administrador/Downloads/PDF%20-%20DESERCIO%204%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/Administrador/Downloads/PDF%20-%20DESERCIO%204%20(4).pdf)
- HERNÁNDEZ R., FERNÁNDEZ C. Y BAPTISTA P. (2004). *Metodología de la Investigación*. México: McGraw - Hill. Disponible en: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/38911499/Sampieri.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1495269239&Signature=1wqs5e9oQYbh%2FABudu8UNG3tf5k%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DSampieri.pdf>

HURTADO, J. (2015) *Análisis de los factores que inciden en la comisión del delito de desertión en los policías bachilleres*. Especialización en Derecho Constitucional, Procesal Penal y Penal Militar. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

LARA, A., C. Y MOLANO, M. (2006). *Análisis del delito de desertión en la quinta brigada de Bucaramanga en el periodo comprendido del año 2000 a 2004*. Tesis para optar al título de abogado. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander.

LEDEZMA, J. & AGUILAR, J. (2014) *Análisis a las causas de desertión en la justicia penal militar en el Batallón de Infantería No. 12 Bg. Alfonso Mano Salva Flórez Sede Quibdó para el periodo comprendido 2011- 2013*. Trabajo de Especialización en Derecho Penal y Criminología. Pereira: Universidad Libre Seccional Pereira.

LEY 642 de 2001. Diario Oficial No 44.282, de 5 de enero de 2001.

LEY 1407 DE 2010. Declarada Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-252 de 2012

MARTÍN, J. (2007) *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 2007. Disponible en: [file:///C:/Users/Administrador/Downloads/DELITO%20\(1\).PDF](file:///C:/Users/Administrador/Downloads/DELITO%20(1).PDF)

MEZA, E. (2007). *Ensayo sobre el fuero penal militar y su relación con los derechos humanos*. Escuela Superior de Administración Pública. Bogotá. Disponible en: <http://cdim.esap.edu.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/fuero%20penal%20militar%20y%20su%20relaci%C3%B3n.pdf>

NEIZA, W. (2016) *Prescripción del delito de deserción y su estimación frente a la aplicación en la Ley 522 De 1999 y la Ley 1407 de 2010*. Trabajo de Especialización en Derecho Penal Constitucional y Penal Militar. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá. Disponible en: [file:///C:/Users/Administrador/Downloads/PDF%20-%20DESERCION%20%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Administrador/Downloads/PDF%20-%20DESERCION%20%20(1).pdf)

OLIVAR, L. (1977) *Derecho Procesal Penal Militar*. Ediciones Perlos.

OSTOS, L. & OBANDO, O. (2012) *El delito militar de deserción frente a la Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Corporación Universidad Libre. Maestría en Derecho Penal. Disponible en: <http://studylib.es/doc/6397752/el-delito-militar-de-desercion-frente-a-la>

PACHÓN, E. (2016) *Actitud frente a la deserción como instrumento de control social por parte del actor jurídico en la Fuerza Aérea Colombiana*. Universidad Santo Tomás. Bogotá. Disponible en : <https://bit.ly/2Hvfgrx>

PEÑA, O. & ALMANZA, F. (2010) *Teoría del delito*. Perú: Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación – APECC. Disponible en: [file:///C:/Users/Administrador/Downloads/DELITO%20%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Administrador/Downloads/DELITO%20%20(2).pdf)

PEÑA, E. (2001) *Comentarios al nuevo código penal Militar*. 1ª ed. Bogotá D.C.: Ediciones Librería el Profesional.

ROBAYO, M. (2012) *De Soldados indios: la “cuota de sangre” del Estado Soberano de Boyacá en el proceso de formación del Ejército Federal y del Ejército de la Unión Colombiana*. Revista de historia regional y local. Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

- ROCHA, P. Y SALGADO, A. (2011) *El Proceso Penal Militar aplicado en el delito de Deserción*. Managua, Universidad Centroamericana. Facultad de Ciencias Jurídicas.
- RODRÍGUEZ, F. (1984) *Estado de Derecho y Jurisdicción Penal Militar*. Bogotá: Compoarte Ediciones. P. 288.
- RUEDA, J. (2010). Reformas liberales al fuero militar en Colombia y Nueva Granada, 1820 – 1857. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander. Disponible en: <https://bit.ly/2qslDgC>
- SABINO, C. (1996). *El proceso de investigación*. Caracas: Editorial Panapo
- SAMPIERI, R. (2006). *Metodología de la Investigación*. Cuarta Edición. México: Editorial Mc Graw Hill.
- STAKE, R. (1998). *Investigación con estudio de casos*. Madrid: Ediciones Morata.
- TAMAYO Y TAMAYO, M. (2005). *El proceso de la investigación científica*, (4ta ed). México: Limusa
- UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES UNICEN, (2015) *Las Deserciones en el Ejército Auxiliar del Perú durante Las Guerras de Independencia En El Río De La Plata, 1810-1820*. Revista de Estudios Latinoamericanos, Nueva Época (Sevilla), Número Especial, p. 159-197, mayo 2015,
- VALENCIA, A. (2002) *Fuero Militar y Justicia Penal Militar*. Colección Instituciones y Símbolos de Colombia; Credencial Historia. Banco de la Republica Actividad Cultural. Disponible en: <https://bit.ly/2IRU2Mj>

VIASÚS, E. & GENTIL DE FEX, E. (2011) *Penalización paralela del prestador de servicio obligatorio con el miembro en carrera de la fuerza pública*. Universidad Militar Nueva Granada. Facultad de Derecho Especialización Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar. Bogotá. Disponible en: <https://bit.ly/2qsllGy>