

## JUSTICIA PENAL MILITAR-En casación/ NULIDAD/ DEBIDO PROCESO/ DERECHO DE DEFENSA

4 No por el solo hecho de que el demandante haya invocado la causal tercera de casación del artículo 442 del Código Penal Militar y no la del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal puede afirmarse que la demanda impida un pronunciamiento de fondo, pues si bien es cierto que a juicio de la Sala debió invocarse la última disposición por contenerse en un ordenamiento posterior y que regula íntegramente el recurso extraordinario, lo cierto es que se trata de una causal que por igual opera en la jurisdicción castrense y la ordinaria, y ello le resta trascendencia a la informalidad, con mayor fundamento si por mandato constitucional es el derecho sustancial el que merece prioridad sobre las simples informalidades.

Por principio los vicios atañedores con la debida vinculación del imputado conciernen a la causal tercera de nulidad por desconocimiento del derecho de defensa, pues a pesar de que en su fuente puedan derivar de defectos formales, por vía de ejemplo, en el trámite de la citación, la indagatoria, el emplazamiento o la designación del defensor, lo que en realidad aquí se enerva no es la estructura vertebral del proceso sino las prerrogativas de quien en él interviene como sujeto pasivo de la acción penal, y a quien la Constitución y la Ley confieren una serie de instrumentos y garantías para hacer frente al desigual poder punitivo del Estado, medios entre los que pesan particularmente el derecho a conocer oportunamente la imputación, a comparecer y ser oído, a controvertir la prueba que lo incrimine y proponer los medios que le favorezcan, a que se le investigue al lado de lo adverso, lo favorable, a interponer recursos y acceder a una doble instancia, y, en fin, a habilitar su posibilidad de intervenir y usar con oportunidad de todos los mecanismos de favor que se le reconocen.

No empece, y por el destacado motivo de derivar frecuentemente el desconocimiento de esas prerrogativas defensivas de la pretermisión de relevantes formalidades procesales,

resulta válido que el actor censure esta clase de vicios bajo cualquiera de los dos motivos. Solo que por corresponder el debido proceso y el derecho de defensa a dos causales legales de nulidad distintas, independientes y autónomas tanto en el texto del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal como en el 464 del Código Penal Militar, esa dispar naturaleza conduce a la disimilitud de las razones del ataque y de la técnica en la formulación que en cada caso se requiere, conllevando a la operancia de su alegación y motivación por separado, como certeramente lo intenta la demanda, obligando la autonomía en su respuesta.

PROCESO No. 13665

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente, Dr.

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

Aprobado por Acta No.136 (nov.5/97).

Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

V I S T O S:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación excepcional interpuesto por el Procurador Judicial II No. 317 ante el Tribunal Superior Militar y oportunamente concedido por esta Colegiatura contra la sentencia de 27 de enero último, mediante la cual esa Corporación confirmó la condena impuesta por el Comando del Batallón de Ingenieros No.2 "VERGARA Y VELASCO" al acusado soldado TOBIAS VIDAL

VARGAS por el delito de deserción, imponiéndole la pena principal de 6 meses de arresto.

#### A N T E C E D E N T E S:

1.- El 22 de marzo de 1.996, en el municipio de Malambo, el jefe de Personal del Batallón de Ingenieros Nro. 2 "VERGARA Y VELASCO", informó al respectivo Comandante que el soldado TOBIAS VIDAL VARGAS se encontraba desertado desde el 1º de diciembre de 1.995, y que el Comando de la Unidad Fundamental no había tomado acción alguna al respecto (fl.2).

El referido Comandante comisionó al Juzgado 116 Penal Militar a fin de que dentro del término legal iniciara, perfeccione y culminara la correspondiente investigación (fl. 3), por lo que el delegado abrió investigación (fl. 4), practicó algunas pruebas, y en auto de julio 4 de 1.996 (fl.10) decidió que como la "Sijín" no había dado respuesta sobre la captura del soldado VIDAL VARGAS, se oficiara "al Comando del Batallón VERGARA Y VELASCO con el fin de que se sirva ordenar a efectivos de su Unidad la captura del citado soldado..." (fl. 10); librando efectivamente, como aparece al folio 13, el oficio 261 de julio 9 de ese año, la respectiva orden de captura.

Por auto de septiembre 13 siguiente (fl. 19) se ordenó emplazar al imputado de conformidad con el artículo 694 del Código Penal Militar, teniendo en cuenta que aquél "aún no se ha presentado ni ha sido posible obtener su captura para ser escuchado en indagatoria".

Para el efecto se fijó edicto emplazatorio (fl. 21), y mediante providencia del día 19 del mismo mes se declaró persona ausente a TOBIAS VIDAL, designándosele un apoderado para que lo representara (fl. 22), quien tomó oportuna posesión del cargo (fl. 24), dando lugar a la definición de la situación provisional del desertado (con detención provisional (fl. 29), lo que no obstó para que el 30 de septiembre se insistiera en la captura (fl. 33).

2.- Remitida la actuación por el Juzgado de Instrucción al Comando del Batallón “VERGARA Y VELASCO”, éste, mediante auto del 18 de octubre de 1996 declaró la iniciación del juicio designándole nuevo defensor al procesado, y una vez vencido el término de traslado acogió la solicitud del Procurador en lo Judicial Penal, condenando, contra lo solicitado por su defensor al acusado, en los términos ya indicados al inicio de esta providencia (folio 43 y siguientes).

Sometido el referido fallo a consulta, el señor Procurador ahora recurrente solicitó la nulidad de lo actuado para que se enterara al procesado sobre la existencia del proceso seguido en su contra, garantizándole el derecho a su defensa (fl. 56), pero el Tribunal inacogió sus planteamientos, y en su lugar profirió la sentencia ahora recurrida extraordinariamente, por la vía discrecional prevista en el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, según impugnación admitida por esta Sala de la Corte

mediante auto de mayo 29 último (fl. 4 cdno. Nro. 2 Corte).

#### L A D E M A N D A:

Dos cargos hace el señor Procurador ante el Tribunal Superior Militar, al amparo de la causal de nulidad del artículo 220-3 del Código de Procedimiento Penal:

En el primero, propuesto por violación al debido proceso, según previsión “del numeral 3 del artículo 442 del C.P. Militar, en concordancia con el numeral 2 del artículo 464 ibídem” (fl. 79), el casacionista aduce que no obstante considerar el Tribunal que el investigador se atuvo al artículo 694 ibídem, lo cierto es que dicho funcionario no adelantó esfuerzo alguno para citar al procesado y enterarlo de que en su contra se seguía el proceso penal, ante el cual debía presentarse, rindiendo sus descargos y colocándose a derecho, con lo que le afectó gravemente sus derechos

fundamentales.

En derecho se refiere el censor al artículo 694 de dicho Código, y dice que en él se sobreentiende “que la búsqueda del procesado es necesaria como condición previa para declararlo en contumacia, como se deduce de la necesidad de oírlo en indagatoria y de la expresión ‘... si no fuere posible recibir indagatoria’ ... (destaco)” (fl. cit. infra).

Pero al referirse a la situación de hecho encuentra que al precepto se le dio una simple interpretación literal que desnaturaliza su sentido, pues pese a conocerse desde el folio 1o, la dirección del soldado y de sus padres, ni a uno ni a otros se les comunicó para enterarlos de los hechos ni conocer sobre las posibles causas que motivaron el comportamiento del uniformado, de modo que no se observaron “la plenitud de las formas como lo exige el art. 285 del C.P.M.”, (fl. 81 supra), agregando que el procesado “no podía comparecer a rendir sus descargos” porque no fue noticiado al respecto, siendo así declarado ausente “con detrimento del debido proceso” y presumiendo su culpabilidad, desconociendo su derecho a la presunción de inocencia (art. 288 C.P.M.) y transgrediendo el artículo 5❖ ibídem en cuanto proscribe toda forma de culpabilidad objetiva, ello sin mencionar el derecho de defensa del que se ocupa en el segundo cargo.

Pide por consiguiente que la Corte “siente jurisprudencia” con respecto al referido artículo 694, case la sentencia y decrete la nulidad del juicio, del auto que ordena el emplazamiento y del que decreta la medida de aseguramiento, “ordenando restablecer los derechos fundamentales vulnerados” (fl. 82 supra).

En el segundo cargo el censor aduce la violación al derecho de defensa consagrado en el artículo 286 del Código Penal Militar, desarrollo del artículo 29 de la Carta Política.

Para ello critica la sentencia cuando afirma que la instrucción dada a los soldados hace presumir que se les procesará cuando “abandonen sus deberes” (fl. 83), contraargumentando que “si esta afirmación fuera cierta, no sería necesario citar a ningún abogado cuando se les procesa por cualquier delito, ya que se presumiría mayor conocimiento al respecto” (fl. cit.).

Añade que también le fueron violados al procesado el derecho de contradicción y el de una investigación integral, ya que en el proceso no se investigó sino lo que desfavorecía al acusado, desoyendo lo que al respecto prevé el artículo 566 del precitado Código, términos en los cuales reitera la casación del fallo recurrido.

#### C O N C E P T O D E L A P R O C U R A D U R I A:

Dice el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal que aún cuando la demanda plantea dos cargos contra la sentencia de segunda instancia, ellos en realidad persiguen una misma finalidad y se fundan en argumentos interrelacionados, de manera que su conjunción constituye un solo ataque con miras a obtener la anulación del fallo por dictarse en un juicio viciado de nulidad, como consecuencia de una inadecuada búsqueda del procesado, todo lo cual traduce en un quebranto del derecho de defensa (fl. 9 cdno. Corte).

Anota que en el proceso se pretendió encontrar al procesado para enterarlo de la existencia de este asunto seguido en su contra, pero preservándose apenas formalmente sus garantías constitucionales (fl. 11, subrayas del original), porque

“Los funcionarios instructor y fallador se atuvieron a las circunstancias procesales y desarrollaron las previsiones legales; la ausencia del procesado fue, en apariencia, consecuencia de la imposibilidad de lograr su aprehensión, no de conductas de los funcionarios encaminadas a impedir su comparecencia” (negritas de la Delegada, fl. cit.).

Considera que en tratándose del delito de desertión, donde su aspecto objetivo consiste en ausentarse sin permiso por más de cinco días, hace que la localización del desertor no sea fácil, cuando precisamente es su voluntad la de evadir el servicio en el lugar en donde se encontraba, pero que

“ello no implica sin embargo, que con el cumplimiento de las formalidades y dada la naturaleza del hecho investigado, se asegure el derecho a la defensa del implicado, pues se ha debido acudir a la dirección registrada por él -personalmente o a través de comunicación escrita- a fin de garantizar que efectivamente había adquirido el conocimiento de la existencia del proceso, independientemente de que posteriormente hubiera comparecido a ejercer su defensa técnica y material” (fl. 12).

Destaca que en el proceso no aparece telegrama, oficio o presencia de un funcionario a la última dirección registrada en la hoja de vida, que indique la información sobre el procesamiento (fl. cit), además de que la orden de captura supuestamente expedida a la Dijín después de abierta la investigación, no obra en el proceso; al paso que la librada al Comandante del Batallón a que pertenecía el soldado, tampoco especificó la ciudad de su residencia, dificultando o imposibilitando su localización.

Por lo anterior reitera que si los resultados de dicha aprehensión eran negativos, han debido agregarse al expediente, “pues el derecho constitucional de defensa no se garantiza con simples formalismos, sino que ha de asegurarse efectiva y materialmente” (fl. 13).

Recuerda que frente a un delito de desertión procede primeramente la citación para indagatoria (art. 611 C.P.M.), lo que en este proceso fue omitido, ya que se ordenó de una vez la aprehensión, siendo una medida supletoria (fl. 14), y a lo anterior

agrega que:

“El nombramiento del defensor de oficio, necesario a fin de garantizar el derecho a la defensa material, no alcanza a purgar la irregularidad detectada, pues si bien esta designación no es violatoria de la defensa, sino protección de ella, solamente desarrolla una parte de la garantía constitucional y por tanto, no puede ser criticada aisladamente. Un defensor oficioso no siempre es manifestación de ausencia de quebranto del derecho a la defensa ni puede convalidar los quebrantos consumados antes de su intervención” (fl. 14).

Pide entonces la Delegada que se case el fallo y se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto que ordenó emplazar al procesado y que lleva fecha 13 de septiembre de 1.996.

#### C O N S I D E R A C I O N E S D E L A C O R T E:

1.- Dado que en este proceso el recurso extraordinario de casación se otorgó discrecionalmente por parte de la Corte, conviene precisar para comenzar que el impugnante no traiciona en su escrito de demanda los condicionamientos que se hicieran al concederle su interposición, y que apuntaban a la necesidad de que la Sala hiciera un pronunciamiento jurisprudencial relacionado con el procedimiento seguido frente al delito militar de desertión, en la medida en que a juicio del Procurador recurrente, la interpretación otorgada en las instancias viene constituyéndose en motivo de violación para las garantías fundamentales de los procesados, y más concretamente para su derecho de defensa.

Como fácil puede verse, los términos del libelo mantienen los motivos y desarrollan al interior de la causal tercera de casación, las inquietudes que movieron a la Sala para otorgar excepcionalmente el recurso extraordinario, y ello se constituye en supuesto para un pronunciamiento de mérito.



2.- Ahora bien, no por el solo hecho de que el demandante haya invocado la causal tercera de casación del artículo 442 del Código Penal Militar y no la del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal puede afirmarse que la demanda impida un pronunciamiento de fondo, pues si bien es cierto que a juicio de la Sala debió invocarse la última disposición por contenerse en un ordenamiento posterior y que regula íntegramente el recurso extraordinario, lo cierto es que se trata de una causal que por igual opera en la jurisdicción castrense y la ordinaria, y ello le resta trascendencia a la informalidad, con mayor fundamento si por mandato constitucional es el derecho sustancial el que merece prioridad sobre las simples informalidades.

Y en cuanto atañe a la crítica del Procurador, quien considera que los dos cargos de la demanda merecen una sola respuesta por mencionarse en ambos defectos de vinculación del procesado que obstruyen sus posibilidades defensivas, se ha de aclarar que la formulación que hace el actor no autoriza la crítica del Delegado, ni a avocar su estudio unificado.

Sobre el particular es pertinente aclarar que

por principio los vicios atañedores con la debida vinculación del imputado conciernen a la causal tercera de nulidad por desconocimiento del derecho de defensa, pues a pesar de que en su fuente puedan derivar de defectos formales, por vía de ejemplo, en el trámite de la citación, la indagatoria, el emplazamiento o la designación del defensor, lo que en realidad aquí se enerva no es la estructura vertebral del proceso sino las prerrogativas de quien en él interviene como sujeto pasivo de la acción penal, y a quien la Constitución y la Ley confieren una serie de instrumentos y garantías para hacer frente al desigual poder punitivo del Estado, medios entre los que pesan particularmente el derecho a conocer oportunamente la imputación, a comparecer y ser oído, a controvertir la prueba que lo incrimine y proponer

los medios que le favorezcan, a que se le investigue al lado de lo adverso, lo favorable, a interponer recursos y acceder a una doble instancia, y, en fin, a habilitar su posibilidad de intervenir y usar con oportunidad de todos los mecanismos de favor que se le reconocen.

No empee, y por el destacado motivo de derivar frecuentemente el desconocimiento de esas prerrogativas defensivas de la pretermisión de relevantes formalidades procesales, resulta válido que el actor censure esta clase de vicios bajo cualquiera de los dos motivos. Solo que por corresponder el debido proceso y el derecho de defensa a dos causales legales de nulidad distintas, independientes y autónomas tanto en el texto del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal como en el 464 del Código Penal Militar, esa dispar naturaleza conduce a la disimilitud de las razones del ataque y de la técnica en la formulación que en cada caso se requiere, conllevando a la operancia de su alegación y motivación por separado, como certeramente lo intenta la demanda, obligando la autonomía en su respuesta.

3.- Remitiendo, por lo anterior, al cargo primero del libelo, el casacionista en síntesis objeta la ocurrencia de errores de actividad por el Juzgado 116 de Instrucción Penal Militar y que concreta en el desconocimiento de los requisitos previos a la citación para indagatoria, pues no se hizo esfuerzo por convocar a ella al procesado, ni para oír a su familia, desconociendo las previsiones del artículo 694 del Código Penal Militar, en cuanto impone el emplazamiento “si no fuere posible recibir la indagatoria”, lo que le lleva a colegir que para el Tribunal Militar no es necesaria la previa vinculación del procesado en delitos como la desertión, pues sobre ellos el militar recibe instrucción, lo que impone restituir el derecho del acusado y precisar doctrinalmente que aún en esta clase de infracciones es imperioso ceñir su vinculación a las expresas reglas del procedimiento penal militar.

En relación con tal censura es preciso observar que el casacionista yerra

al interpretar la realidad del expediente, como el fundamento de la segunda instancia, siendo lo más relevante su distanciamiento con los preceptos aplicables y la actuación cumplida por el instructor, según resulta de las observaciones que siguen:

3.1.- El trámite especial previsto para la instrucción y el juzgamiento del delito de desertión, común a los de

abandono del puesto y del servicio, la fuga y el uso indebido de insignias y uniformes militares, lo señala el artículo 694 del Código Penal Militar en el siguiente texto:

“El juez o funcionario de instrucción adelantará y perfeccionará la investigación en el término de quince (15) días. Se oirá en indagatoria al procesado y se le resolverá su situación jurídica dentro de los dos (2) días siguientes. Si no fuere posible recibir la indagatoria dentro del término de la instrucción señalado anteriormente, se le emplazará por dos (2) días, se le declarará persona ausente y se le designará defensor de oficio.

Perfeccionada la investigación, el juez de primera instancia por auto de sustanciación declarará la iniciación del juicio y dará traslado a las partes por dos (2) días para que soliciten las pruebas que estimen necesarias; si fueren conducentes las decretará. También podrá de oficio ordenar la práctica de pruebas.

Las pruebas se practicarán dentro de los cinco (5) días siguientes.

Vencido el término anterior, se dará traslado al fiscal para concepto por dos (2) días y al defensor por igual término para alegar. Se pronunciará fallo dentro de los tres (3) días siguientes.”

Y se ha transcrito la norma en su integridad, porque a pesar de consagrarse en ella un procedimiento breve y sumario, fácil se encuentra que éste no descuida la

atención por las garantías de defensa, así reduzca considerablemente el tiempo para la instrucción y el juzgamiento si se compara esta actuación con otras, pero no puede desatenderse que aquí se trata de muy particulares infracciones contrarias al servicio, a la seguridad y a la administración de justicia que dentro del régimen castrense afectarían notoriamente la disciplina de no ser investigadas y reprimidas con celeridad y efectividad, y de añadido caracterizadas por lo elemental de su descripción típica, y la facilidad que de ella se deriva para el perfeccionamiento de su investigación.

3.2.- Cotejada, además, la actividad cumplida por el instructor, se ha de advertir que no merece el reparo del demandante ni el de la Delegada:

Primeramente se ha de decir que no es cierto que se trate de un delito que exija la previa citación del imputado, antes de que se expida la orden de captura. A este tema parecerían referirse por igual los artículos 610 y 611 del Código Penal Militar, con una meramente aparente contradicción entre una y otra.

Así, por ejemplo, mientras que el artículo 611 dispone que habrá lugar a la previa citación para injurada respecto de los delitos que, como la desertión, conllevan penas de arresto, el artículo 610 ibídem autoriza al funcionario para que proceda facultativamente a disponer la captura para indagatoria, consultando en el inciso segundo la naturaleza de la infracción, ya que allí se advierte que la captura será facultativa

“...cuando se investiguen delitos que atenten contra el servicio, la disciplina, el honor ...”

y ya se ha dicho que el de desertión corresponde a esa primera categoría, pues hace parte del capítulo III del Título Primero de la Parte Especial del Código Penal Militar que así lo enuncia en el epígrafe.

Por ello procede concluir que si a la luz del artículo 611, todos los delitos sancionados con arresto dan lugar a la previa citación para indagatoria, dejando la captura como alternativa supletoria, de ellos había quedado exceptuada la desertión, que por tratarse de infracción contra el servicio, dejaba al funcionario la potestad o facultad de citar o de una vez expedir la orden de captura.

Este entendimiento se corrobora dentro de la sistemática del Código Penal Militar y la naturaleza de las infracciones a las cuales se refiere, particularmente la desertión, pues como esa infracción se concibe en el artículo 115 ibídem, es comprensible que si el infractor se ha reintegrado voluntariamente dentro del término de 8 días no será menester librarle orden de captura, bastando con citarle para oírle en descargos. Pero si su conducta renuente se prolonga exhibiendo una clara voluntad de eludir definitivamente el servicio o abandonarlo, lo improcedente sería extenderle una invitación a comparecer, siendo lo propio utilizar el medio de comparecencia coercitivo de la captura.

De este último hizo uso el funcionario en el presente asunto, luego de constatar que la ausencia del imputado se prolongaba varios meses, y ello nada tiene de reprochable en la actuación, cuando en tal sentido se autorizaba en el artículo 610 del Código Penal Militar.

3.3.- Que el instructor no expidió materialmente la orden de captura ordenada en auto previo, es otra afirmación no menos inexacta, porque así se haya de reconocer que no aparece en copia aquella que previó librar a la SIJIN mediante providencia del 4 de julio de 1996, sí obra en texto íntegro y con constancia de recibo la expedida al Comandante del Batallón “VERGARA Y VELASCO” el día 9 de ese mismo mes, sin que sea cierto como lo dice el actor con el apoyo de la Delegada, que en ella no se anota la ciudad de residencia del desertor, pues es muy claro el contenido del oficio cuando precisa que el soldado “reside en Codazzi (Cesar)”, de modo que no se ofrece duda ninguna que es de

allí la dirección que a continuación se anota : "Calle 14 No.13A-74". Valga decir, exactamente la misma que aparecía como la de TOBIAS VIDAL en el informe del primer folio del proceso, datos tomados de su hoja de servicios.

Y es más: ni siquiera corrió entre esta orden y la de emplazamiento el limitado lapso de dos (2) días que señalaba el artículo 694 del Código Penal Militar, porque el edicto vino a imponerse mediante auto de septiembre 13, constando en él su fijación por el término de ley, y evidenciándose conforme al expediente, que la incomparecencia del evadido había hecho imposible oírle en injurada.

Después de desfijado el edicto se le nombró y posesionó un defensor al procesado, y luego derivó la medida de aseguramiento, en la que se insistió en el cumplimiento de la captura, obrando en copia el oficio dirigido para el efecto a la SIJIN (folio 33).

Luego hasta aquí se pone en evidencia, que el instructor sí respetó las pautas que para la vinculación del procesado le había impuesto al funcionario el Código Penal Militar, lo que ninguna informalidad ostenta, como ninguna vulneración demuestra que haya modificado el rito o ignorado las garantías del procesado para comparecer y ponerse en ese asunto a derecho.

4.- En el cargo segundo de la demanda, por la causal tercera de nulidad (artículo 464 C.P.M.), el casacionista invoca la violación del derecho de defensa garantizado en el artículo 29 de la Carta Política, y para esta clase de procesos reafirmado en el artículo 286 del Código Penal Militar.

La fundamentación, no obstante, se queda restringida a la sola afirmación de que el instructor no activó en su integridad "ningún medio para procurar la comparecencia del procesado", sumando a ello una referencia crítica a las razones del Tribunal Superior Militar al denegar la nulidad pedida bajo la misma censura, y

añadiendo que la deducción de la responsabilidad penal del procesado fue meramente objetiva, con violación del artículo 5o. del Código Penal Militar, la que se le dedujo del hecho de haber sido juzgado en contumacia, por lo que se reclama la protección para el soldado TOBIAS VIDAL VARGAS, por no habersele dado la ocasión de intervenir en el proceso.

A tan exigua fundamentación apenas resta responder, como se ha visto, que no es exacta la afirmación primera, pues previo el emplazamiento el instructor sí libró la orden de captura, dejando transcurrir con amplitud el tiempo concedido para esperar resultados positivos. Solo ante la incomparecencia del soldado, se procedió a emplazarle, y aún después se insistió en su aprehensión, involucrando otras autoridades, sin que los resultados cambiaran de algún modo.

Desde este punto de vista la previsión legal se realizó tal como se hallaba descrita, y si lo que el censor reprocha, como así parece, es que se hubiese procedido con el emplazamiento sin esperar respuesta de las autoridades encargadas del aprehendimiento, bueno es recordar que tal requisito no lo ha previsto la ley en modo alguno, por cuanto el texto de la disposición 592 del Código Penal Militar es terminante:

“Si la comparecencia para rendir indagatoria se intenta mediante orden de captura, vencidos diez (10) días, contados a partir de la fecha en que la orden haya sido recibida por las autoridades que deban ejecutar la aprehensión sin obtener respuesta, se procederá conforme al inciso anterior”.

Para el caso presente bastaba entonces con esperar dos (2) días, superados con amplitud en tiempo, desde el recibo formal de la orden de captura, de cuya real entrega hay constancia en el plenario, sin que se impusiese esperar ni requerir respuesta, como erradamente lo entiende el impugnante, de donde no deriva aquel

defecto que quiere atribuirle al funcionario.

Tiene razón sí el demandante cuando afirma que la instrucción militar que reciben los soldados, y por la que se advierten sobre las consecuencias penales derivadas de las distintas conductas tipificadas en el Código Militar como delito, jamás podría suplir ni reemplazar los ritos que en el proceso imponen su previa y formal vinculación como sindicados, pues una cosa será su falta al servicio, y otra muy diferente la responsabilidad penal que por esa conducta corresponda.

Mas, lo que aquí ocurre es que a diferencia de esa confusión que el censor pretende, se ha demostrado que en el proceso penal jamás se identificó ni se pretendió suplir con la instrucción militar el trámite de vinculación formal del procesado, pues como ya se vio, el instructor obedeció los ritos que precedían al emplazamiento, y luego de cumplir con éste, aún prosiguió respetando los intereses del soldado VIDAL VARGAS.

Cosa distinta es que aquella información militar recibida por el uniformado contribuya para inferir que quien deserta, por hallarse debidamente ilustrado sobre las consecuencias de su acto, lo hace en principio a sabiendas y voluntariamente, hecho que en el caso juzgado lo reiteraron los compañeros de batallón del acusado señores Luis Basilio Peñaloza y Belisario Cantillo Lozano, aspecto que en igual sentido fue asumido en las instancias, y que concuerda con la regulación que entrañan los artículos 115 y siguientes del C. P. M., la cual otorga ventajas para el desertor que regresa voluntariamente a presentarse en un término no superior a ocho (8) días.

Solo que el tema de la culpabilidad que introduce ahora la demanda, no compagina dentro del cargo de nulidad que había formulado el casacionista, por referirse no a un error de actividad del juez sino a un error in iudicando propio de la



causal primera, en cuyo caso la solución supone una validez de la actuación que con la nulidad se niega.

Los cargos, por lo anotado, no prosperan.

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

R E S U E L V E:

NO CASAR la sentencia recurrida

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE CORDOBA POVEDA

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO PAEZ VELANDIA

No firmo

MARIO MANTILLA NOUGUES

JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria

