

PROCESO No. 16040

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

DR.MARIO MANTILLA NOUGUÉS

Aprobado Acta No.141

Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Decide la Sala sobre la procedencia del recurso de casación que con fundamento en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P. aspira a interponer el Procurador Delegado ante el Tribunal Superior Militar contra la sentencia de esa Corporación proferida el 11 de mayo de 1999, que condena al soldado LUIS ANTONIO ÁVILA por el delito de deserción tipificado en el artículo 115 del C.P. M.

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

1.- Al soldado LUIS ANTONIO ÁVILA, que prestaba el servicio militar en la Compañía Arpón del Municipio de Silvania le fue concedido por sus superiores un permiso de cinco días que se cumplían el 25 de enero de 1998, sin regresar a filas por más de un año, razón por la cual, se le imputó el delito de deserción. Se le investigó en contumacia, definiéndose su situación jurídica con providencia del 27 de noviembre de 1998 (fl. 49 cd. ppl.).

2.- Condenado en primera instancia a la pena de siete (7) meses de arresto (fls.

76-78), el Tribunal Superior Militar en grado de consulta profirió la sentencia confirmatoria (fls. 91-95), desestimando la petición del agente del Ministerio Público incluida en su concepto, de reducir en un mes la duración de la pena, explicando la razón de su determinación.

Contra este fallo manifiesta el agente del Ministerio Público el propósito de recurrir en casación discrecional.

#### LA SOLICITUD.

Bajo la premisa de “garantizarle a los soldados sus derechos fundamentales maltratados: de la libertad y el debido proceso, y una vez restablecidos sirvan para desarrollar y unificar la jurisprudencia con respecto a la tasación de la pena por cualquier delito ...”, deprecia la concesión del recurso extraordinario, explicando que no existe uniformidad de criterio en el Tribunal Superior Militar en lo atinente a la graduación de la pena para el delito de desertión, porque tres de las cinco Salas que lo integran consideran que si el desertor mantiene su ausencia de filas por seis (6) meses o más tiempo, es acreedor a la agravante consistente en más nocivas las consecuencias del hecho punible prevista en el numeral 11 del artículo 60 del C. P. M., aunque no siempre dan aplicación a este criterio, como según dice, ocurrió en el proceso 139072 que fue fallado con sentencia cuya copia anexa en apoyo de su criterio, en el que el desertor alcanzó casi el año incurso en el delito y se le impuso solo el mínimo de la pena establecida para el delito.

Explica que la ley penal militar en su artículo 117 contempla la atenuación de la pena para el desertor que se presente antes de los ocho días de cometido el delito pero no establece límite “para su ausencia una vez configurado el tipo”, y considera que la dosificación punitiva queda caprichosamente sujeta al tiempo que se tome el operador judicial para emitir su fallo, pues entre más prolongado es ese término, más expuesto se

halla el procesado al aumento de pena: este se presenta si el funcionario se demora en decidir y “si no hay mora judicial se impone el mínimo”. Esta interpretación del tipo penal es incorrecta, pues “al realizarse

la deserción se agota el tipo y no produce otra consecuencia ...”.

Hablando de la “valoración de la agravante” advierte e insiste que ella, como cualquiera otra, requiere estar demostrada en el proceso para que pueda aplicarse en la dosificación punitiva, completando la exposición de este punto con comentarios sobre la en su opinión escasa connotación de la ausencia del militar por efecto del delito de deserción.

Cierra la exposición con la reiteración de los objetivos de la impugnación extraordinaria, explicando que la garantía del derecho fundamental de la libertad estriba en precisar que “no debe recortarse más de lo estrictamente indicado en las normas penales” y el debido proceso, en la adecuada motivación de las agravantes de la pena.

En cuanto a unificación de la jurisprudencia considera que ella debe darse en la Justicia Penal Militar y en torno a las garantías precedentemente indicadas.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El arbitrio de la Corte para conceder el recurso de casación establecido en el último inciso del artículo 218 del C. de P.P. tiene operancia cuando vislumbra la necesidad de desarrollo de la jurisprudencia con relación a temas contemplados en la sentencia a impugnar que no hayan sido interpretados por vía jurisprudencial, o respecto de los cuales la interpretación vigente fuere confusa o contradictoria, o/y de la garantía

de los derechos fundamentales transgredidos en el proceso.

En el caso de autos el peticionario hace depender la eventual necesidad de desarrollo jurisprudencial, del quebranto de los derechos fundamentales del debido proceso y la libertad, porque la carencia de motivación de la agravante aplicada involucra el atentado a la libertad.

Pues bien; encuentra la Corte que el Tribunal Superior Militar sí motivó la confirmación de la tasación de la pena realizada por el Juez de la primera instancia, y específicamente en lo referente a la imposición de un mes por encima de la mínima señalada para el delito de desertión, apoyado, según lo precisó, en los criterios para fijar la pena consagrados en el artículo 56 del C.P.M., que establece para el funcionario judicial militar la posibilidad de efectuar la tasación “dentro de los límites señalados por la ley”.

Fue así como, para confirmar la deducción de un mes de pena por encima del mínimo del delito de desertión en su sentencia, tuvo como circunstancia impeditiva para dejar en el mínimo la pena, el prolongado tiempo de su permanencia en el delito, bajo la consideración de que para la fecha de la sentencia, emitida ciertamente a más de un año de cometido el delito, aún no había regresado a su unidad militar.

En estos términos se expresó el Tribunal al replicar al planteamiento del Procurador Delegado:

“... en este evento y en lo que al grado de culpabilidad concierne, no puede omitirse la ponderación de la prolongada y continuada ausencia del autor del hecho, esto es su persistencia en la sustracción absoluta del cumplimiento del deber constitucional y legalmente impuesto, para lo cual fue incorporado al servicio militar” (fl. 95).

Habiendo hecho uso el fallador de la facultad legal de ponderar el factor determinante del incremento punitivo, dio cumplimiento al deber de motivar su decisión, esto es, no transgredió la garantía del debido proceso, y por consiguiente, tampoco atentó contra el derecho fundamental de la libertad del procesado, como equivocadamente lo interpreta el actor, esto es, no ha surgido la necesidad de garantizar los referidos derechos.

Tampoco halla la Corte establecida la necesidad de desarrollo jurisprudencial -que se patentiza independiente de los otros motivos de casación discrecional aducidos-, respecto del tema de la aplicación en la tasación de la pena por el delito de deserción de la agravante genérica del numeral 11 del artículo 60 del C.P. M.: hacer más nocivas las consecuencias del hecho punible, que el peticionario considera deducida en este caso y radica en la disparidad de criterios entre las distintas Salas que componen el Tribunal Superior Militar, algunas de las cuales, dice, aplican la citada agravante en razón del tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la sentencia mientras otras no lo interpretan así, frente a un delito que por su naturaleza, en criterio del funcionario no admite esa clase de agravante.

En torno a la imputación en el proceso penal de circunstancias agravantes de la pena, tanto genéricas como específicas, la jurisprudencia ha sido copiosa y uniforme en el ámbito casacional ordinario, y como el peticionario no indica que el criterio jurisprudencial imperante al respecto no pueda ser tenido en cuenta en el proceso penal militar, o deba ser modificado o abandonado, pues no establece puntos de referencia, tampoco se accederá a su pretensión.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en SALA DE CASACION PENAL,

**R E S U E L V E**

**NO CONCEDER** el recurso de casación solicitado contra la sentencia del Tribunal

Superior Militar que condena a LUIS ANTONIO ÁVILA por el delito de deserción, que con fundamento en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P. solicita el Ministerio Público por intermedio del Procurador 316 Delegado ante esa Corporación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEG0

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CORDOBA POVEDA

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

ALVARO O. PEREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria