

PROCESO No. 16060

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado ponente:

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No. 149

Santafé de Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Se pronuncia la Sala sobre la procedencia del recurso de casación discrecional interpuesto por el Procurador 316 Judicial en lo Penal contra la sentencia de abril 14 último, mediante la cual el Tribunal Superior Militar condenó al soldado LUIS FERNANDO ASPRILLA FLOREZ a 3 meses de arresto por el delito de desertión.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Como la sentencia impugnada fue proferida en segunda instancia por el delito de desertión que el Código Penal Militar en su artículo 115 sanciona con pena de arresto no superior a 2 años, el recurso de casación sólo procede cuando la Corte lo estime necesario, “para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, según el inciso 3º, artículo 218 del Código de Procedimiento Penal (aplicable aquí por integración, art.13 C.P.,M.), necesidad que, como lo viene sosteniendo esta Sala (auto de octubre 18 de 1.992, entre otros,), debe ser fundamentada al momento de impugnar, a fin de que la viabilidad de la pretensión pueda ser examinada”.

2.- Al recurrir el referido fallo del Tribunal, que confirmó el proferido por el Comando del Batallón de Infantería número 46 “Voltígeros” (fls.42 y 60), dice el Procurador recurrente que pretende a través de la casación “garantizarles a los soldados sus derechos fundamentales maltratados: el debido proceso, su derecho de defensa y la libertad y una vez restablecidos sirvan para desarrollar y unificar la jurisprudencia para que no se siga condenando a los soldados si no está demostrada su legal incorporación, porque ello hace atípico su actuar, es decir no se estructura el tipo penal militar llamado DESERCIÓN y en consecuencia debe absolverse, de acuerdo a los siguientes planteamientos” (fl.68).

Se refiere en seguida al servicio militar obligatorio, cita los artículos 216 de la Carta Política y 10º de la ley 48 de 1.993 y afirma que en el proceso no está demostrado que el soldado Asprilla Flórez “es apto sicofísicamente para prestar el servicio militar” y agrega que la prueba sobre el tercer examen médico exigido para la incorporación como soldado sólo se obtuvo en el trámite que en segunda instancia se sigue para la consulta del fallo y “con ello se sorprendió a los sujetos procesales, al no haberseles notificado; además de no ser un acto autorizado por la ley, es irregular y el mal uso del arbitro del operador judicial lo convierte en un acto arbitrario y contrario a la ley y conlleva a la privación ilegal de la libertad del procesado” (fl.69 infra.).

Agrega que tampoco “se satisfacen los requisitos para ser soldado, aunque esté prestando el servicio militar”, lo cual hace al respecto atípico el hecho y a la vez torna incompetente a la “justicia castrense para juzgarlo” (fl.70 supra.).

Señala como causal de casación la 3ª del artículo 442 del Código Penal Militar, por darse las nulidades previstas en los numerales 1,2 y 4 del artículo 464 del Código Penal Militar, y como “causal subsidiaria” aduce la primera del referido artículo 442 “al existir violación directa de la ley, porque no se dan todos los elementos integrantes del tipo investigado”.

3.- Con las afirmaciones del actor de que con el de verdad no corriente allegamiento del “examen médico para incorporación del soldado ASPRILLA FLOREZ LUIS FERNANDO” (fl.55) que se ordenó y obtuvo por parte del Tribunal Superior Militar en segunda instancia, y que así mismo se violó el debido proceso por la falta o insuficiencia de la referida “incorporación, (lo cual en sentir del censor trae como consecuencia la atipicidad del hecho y, por tanto, la falta de competencia de la Justicia Penal Militar) se plantean dos aspectos novedosos frente al delito de deserción materia de condena y que ameritan un desarrollo jurisprudencial por parte de esta Sala, de conformidad con el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal inicialmente citado se concederá la impugnación discrecional y el proceso regresará al referido Tribunal a fin de que se dé curso al traslado para la presentación de la demanda.

Sin perjuicio de lo anterior se advierte al recurrente que, según se desprende de la citada norma, la “violación directa” que como causal de casación subsidiaria aduce, se encuentra manifiestamente por fuera de los motivos de casación discrecional.

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

RESUELVE

1. CONCEDER el recurso de casación discrecional interpuesto por el Procurador 316 en lo Penal contra la sentencia de abril 14 último mediante la cual el Tribunal Superior Militar condenó al soldado LUIS FERNANDO ASPRILLA FLOREZ a 3 meses de arresto por el delito de deserción.

1. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen para que imprima el trámite previsto en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

JORGE ÁNIBAL GÓMEZ GALLEG0

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARIO MANTILLA NOUGUÉS

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

NILSON PINILLA PINILLA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria