

Proceso N° 12060

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

Aprobado acta N° 100

Bogotá D. C., diecisiete (17) de julio de dos mil uno (2001).

V I S T O S

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar, el 12 de marzo de 1996, en la que al revocar la del Comando Aéreo de Combate N° 1 de Puerto Salgar, Juez de primera instancia, fechada el 5 de junio de 1995, condenó al Cabo Primero JHON JAIRO RAMÍREZ MEDINA a las penas principales de 8 meses y 20 días de prisión, multa de \$ 450,00 e interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de 6 meses y a la accesoria de separación absoluta de las Fuerzas Militares, como autor de los delitos de peculado por apropiación y peculado culposo. Igualmente le negó el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

H E C H O S

Fueron sintetizados así por el juzgador de segunda instancia:

“Ocurrieron por la época del 20 de agosto de 1993, cuando el Comando Aéreo de Combate N° 1 encomendó al Cabo Primero RAMÍREZ llevar bajo su custodia al Comando

Aéreo de Mantenimiento un material de guerra, dentro de los que se encontraban 85 proveedores para fusil G-3, de los cuales sólo pudo entregar 50 al almacenista, suboficial SOLER, toda vez que al parecer se le extraviaron 35; y como quiera que no los pudo encontrar, acordaron con el almacenista, luego de que éste había informado al Comando Aéreo de Combate tal faltante, que éste le facilitaba al suboficial RAMÍREZ los 35 proveedores que le faltaban a cambio de un dinero que efectivamente le entregó por valor de \$80.000,00, a fin de que se cuadrara y evitara sanciones, habiéndose, incluso, presentado a dicho Comando de Combate. Sin embargo, con posterioridad, el referido faltante (de los 35 proveedores) fue encontrado escondido y, por lo mismo, reintegrado”.

ACTUACIÓN PROCESAL

Después de la indagación preliminar, dentro de la cual se recibieron unas declaraciones y se practicaron unas inspecciones judiciales, el Juzgado 46 de Instrucción Penal Militar de la Base Aérea “Germán Olano” de Puerto Salgar (Cundinamarca), mediante auto del 15 de abril de 1993, declaró la apertura de la investigación.

Allegados otros medios de convicción, fue escuchado en indagatoria el Cabo Primero Jhon Jairo Ramírez Medina, quien designó como defensor al Mayor Edilberto Noguera Osorio, “oficial orgánico del CACOM-1”, resolviéndosele la situación jurídica, el 28 de junio de 1993, con medida de aseguramiento de conminación, por el delito de peculado culposo, decisión que fue notificada personalmente tanto al procesado como a su defensor.

Ampliada la indagatoria del Cabo Primero Ramírez Medina, quien estuvo asistido por el citado defensor, incorporados otros medios de prueba y escuchado en diligencia de indagatoria el Sargento Mayor Luis Antonio Soler Rodríguez, a quien también se le resolvió la situación jurídica, el juzgado instructor, al considerar cumplida la labor

investigativa, el 1° de diciembre de 1993 dispuso enviar el diligenciamiento al juez de primera instancia, esto es, al Comandante de la Base Aérea “Germán Olano” de Puerto Salgar, funcionario que al observar que se presentaba “una concurrencia de comandantes”, esto es, de jueces competentes, en razón a que los dos procesados estaban adscritos a diferentes unidades militares, lo que hacía necesario el nombramiento de “un fallador especial”, ordenó la remisión del expediente al Comandante General de las Fuerzas Militares, quien mediante Resolución N° 404 del 27 de diciembre de 1993, designó como Juez Único de Primera Instancia al Ayudante General del Comando de la Fuerza Aérea.

El 11 de febrero de 1994, el Ayudante General del Comando de la Fuerza Aérea cerró la investigación y el 18 de febrero siguiente convocó a los procesados, Sargento Mayor Luis Antonio Soler Rodríguez y Cabo Primero Jhon Jairo Ramírez Medina, a consejo de guerra sin intervención de vocales, por el delito de peculado por apropiación.

Tramitada la etapa del juicio, dentro de la cual el sindicado Ramírez Medina le otorgó poder a un abogado titulado (5 de marzo de 1994), el citado juez de primera instancia dictó sentencia, el 20 de junio siguiente, en la que condenó al Sargento Mayor Soler Rodríguez y al Cabo Primero Ramírez Medina a la pena principal de 10 y 4 meses de prisión, respectivamente, y a las penas accesorias de separación absoluta de las Fuerzas Militares e interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de la pena privativa de la libertad, como autor y coautor del mencionado delito.

Apelado el fallo por los procesados y sus defensores, el Tribunal Superior Militar, el 25 de octubre de 1994, decretó la “NULIDAD PARCIAL del presente juzgamiento, en relación con el cargo formulado al procesado Cabo Primero RAMÍREZ, a partir de la Resolución de convocatoria, inclusive y en adelante, a fin de que el a quo (de donde es

orgánico), proceda de conformidad...”, pues consideró que no sólo era el delito de peculado por apropiación el que debía imputársele, sino también el de peculado culposo. En lo demás, con algunas modificaciones, lo confirmó.

Se estimó que se tipificaba el delito de peculado culposo (art.195 del Decreto 2550 de 1988), en cuanto el procesado con su descuido dio lugar a que se le extraviaran los 35 proveedores que estaban bajo su custodia, y como para llenar ese faltante compró otros 35 proveedores, también de propiedad del Ejército, que le ofreció el Sargento Soler, con lo que dispusieron de bienes del Estado en provecho propio, se consideró que se configuraba el delito de peculado por apropiación (art.189, ibidem).

Una vez remitido el diligenciamiento al juez de primera instancia, esto es, el Comandante del Comando Aéreo de Combate N° 1 de Puerto Salgar, de donde era orgánico el Cabo Primero Ramírez Medina, el 31 de marzo de 1995, nuevamente convocó al citado procesado a consejo de guerra sin intervención de vocales, por los delitos de peculado por apropiación y peculado culposo. Igualmente, dispuso que “el Ministerio Público estará representado por el señor Mayor EDILBERTO NOGUERA OSORIO como Fiscal Militar”. Esta decisión cobró ejecutoria el 23 de abril siguiente.

Agotada la causa, el juzgador de primer grado, el 5 de junio del mencionado año, dictó sentencia en la que absolvió al Cabo Primero Jhon Jairo Ramírez Medina de los cargos imputados en la convocatoria a juicio.

En razón al grado jurisdiccional de la consulta, el Tribunal Superior Militar, mediante sentencia del 12 de marzo de 1996, la revocó y, en su lugar, condenó al acusado a las penas principales de 8 meses y 20 días de prisión, multa de \$ 450,00 e interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de 6 meses y a la accesoria de separación absoluta de las Fuerzas Militares, como autor de los delitos imputados.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor al amparo de la causal tercera de casación que contemplaba el artículo 442 del Código Penal Militar, presenta cuatro cargos contra la sentencia. Sus argumentos se sintetizan de la siguiente manera:

Primer cargo

Acusa al juzgador de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad.

Sostiene que en el segundo consejo de guerra sin intervención de vocales realizado dentro del presente asunto, intervino como Ministerio Público el Mayor Edilberto Noguera Osorio, según designación que se le hizo mediante resolución 003 del 31 de marzo de 1995, por la cual se convocó a juicio al procesado.

Ahora bien, asevera que el citado Mayor Noguera Osorio, en su condición de oficial de la Fuerza Aérea y por designación que le hiciera el Cabo Primero Ramírez Medina, sirvió como su defensor de confianza, cargo que, una vez aceptó, empezó a ejercer a partir de la indagatoria del sindicado y prosiguió durante parte de la investigación, ya que solicitó copias del diligenciamiento, se notificó de la providencia que resolvió la situación jurídica de su representado y lo asistió en la ampliación de indagatoria.

Así, entonces, dice que se encuentra demostrado que el Mayor Noguera Osorio “fue primero defensor de RAMÍREZ MEDINA y que luego en el juicio fue Fiscal Militar. Lo anterior en el mismo proceso seguido en contra del Suboficial hoy condenado”.

En el subtítulo que denominó “Del debido proceso”, luego de transcribir un aparte del artículo 29 de la [Constitución Política](#), afirma que el ataque a la sentencia se encamina a demostrar que el juicio se surtió sin la observancia de la plenitud de las formalidades propias del juicio “con respecto al Ministerio Público”, por las siguientes

razones:

Que es un hecho indiscutible que el Mayor Noguera Osorio tuvo, en este proceso, la doble condición de defensor y fiscal, omitiéndose dar cumplimiento a “las normas que conforman el Capítulo II, impedimentos y recusaciones, del Título V del Código de Justicia Penal Militar”, lo que estructura, en su criterio, la nulidad prevista en el artículo 464.2, ibidem.

Acota que los artículos 473 y 474 de la obra citada, señalan de manera taxativa las causales de impedimento y de recusación, las que se hacen extensivas al Ministerio Público, buscándose con ellas la separación definitiva del conocimiento del proceso por parte del funcionario incurso en alguna de ellas y, consecuentemente, garantizar la imparcialidad tanto en la instrucción como en el juicio. Agrega que no declararse impedido teniendo conocimiento de la existencia del impedimento, es un acto irregular contrario a la ley que afecta el debido proceso.

Por lo tanto, a su juicio, se configuró, en este asunto, la causal de impedimento prevista en el numeral 4° del citado artículo 473, la que, por mandato del artículo 474, cobija al Ministerio Público, ya que la “ley se refiere al simple hecho de haber sido defensor y puede pensarse que es suficiente ese hecho y tal calidad que hubiere ocurrido antes de la actuación en otro proceso como suficiente para que la ley no quiera la actuación en el proceso subexamine de tal funcionario. Con mayor razón como en el caso que nos ocupa que esa doble calidad se presente en el mismo proceso”.

Añade que pudo haber ocurrido que el Fiscal Militar, por no ser abogado, desconociera tal impedimento y, por lo mismo, actuara de buena fe. Sin embargo, era obligación tanto del juez de derecho como del auditor de guerra hacer ver la existencia de la citada causal de impedimento.

Así, entonces, al ser evidente el quebranto del debido proceso, solicita a la Corte casar la

sentencia impugnada y, en su lugar, declarar la nulidad de todo lo actuado a partir, inclusive, de la resolución de convocatoria a consejo de guerra.

Segundo cargo

Otra nulidad que, en su criterio, afectó en este caso el debido proceso, hace relación al hecho de que haya sido otro juez, distinto al señalado por la ley, el que hubiese procedido a cerrar la investigación para dar inicio al juicio, violándose así el principio universal del juez natural.

Agrega:

“La Sala de Decisión del H. Tribunal Superior Militar que anuló parcialmente la decisión del primer Consejo de Guerra que condenó tanto al Sargento Mayor SOLER RODRÍGUEZ como al Cabo Primero RAMÍREZ MEDINA, lo hizo tomando en consideración la petición del suscrito relacionada con la ilegalidad en la designación del Juez Único con fundamento en lo dispuesto por el Decreto Reglamentario del Código de Justicia Penal Militar que la H. Corte Suprema de Justicia al aplicar la excepción de inconstitucionalidad en otro caso diferente, reconoció que tal creación del juez único por parte del decreto reglamentario desbordaba las facultades otorgadas al Ejecutivo para reglamentar el Código.

“La anterior fue pues la razón para dejar en firme la condena al Sargento Mayor, pues quien lo condenó en primera instancia fue el Inspector General de la Fuerza Aérea, su juez natural. En el caso de RAMÍREZ MEDINA por ser orgánico de la Base Aérea Germán Olano, su juez lo era y sin duda lo es el Comandante de dicha Unidad Militar, por ello se anuló el juzgamiento al cual fue sometido mi poderdante”.

Por lo tanto, estima que con la providencia del 25 de octubre de 1994, el Tribunal Superior Militar erró al declarar la nulidad parcial sólo a partir de la resolución de

convocatoria a consejo de guerra, pues el auto de cierre de la investigación, fechado el 11 de febrero del citado año, proferido por el Ayudante General de la Fuerza Aérea, juez de primera instancia, quedó vigente, funcionario que posteriormente, dando cumplimiento a lo ordenado por el ad quem, remitió el diligenciamiento al Comando Aéreo de Combate N° 1, con el fin de que prosiguiera la actuación en contra del procesado Ramírez Medina, despacho que, el 31 de marzo de 1995, emitió la resolución de convocatoria a consejo de guerra.

Asevera que, de conformidad con los artículos 653 y 684 del Código Penal Militar, en los consejos de guerra sin intervención de vocales es obligatorio proferir auto de cierre de la investigación, siendo claro que el competente para ese acto es el juez de primera instancia. “O sea, que quien debe proferir dicho auto es el juez competente, no otro funcionario, y por exigir la ley que sea el juez competente quien profiera dicha providencia, no puede ser otro porque en la justicia castrense solo hay un juez competente atendiendo al factor subjetivo de la competencia que es el predominante en esta jurisdicción, como lo dispone el artículo 346 del Código de Justicia Penal Militar, pues está demostrado que el Cabo Primero RAMÍREZ MORENO es orgánico del Comando Aéreo de Combate N° 1 y, por ende, que su juez natural es aquél, no el Ayudante General de la Fuerza Aérea, razón por la cual tuvo que ser anulado el primer juicio al cual se sometió mi poderdante”.

En su criterio, el Tribunal Superior Militar “hizo errar al juez natural” en la continuación del proceso, ya que al anular sólo desde la convocatoria a consejo de guerra verbal, dejó en firme el auto mediante el cual se dispuso el cierre de la investigación, proferido por un funcionario incompetente, y, además, porque al cumplir el Comando Aéreo de Combate N° 1 la decisión del ad quem, se limitó a proferir la Resolución 003, equivalente al llamamiento a juicio, sin haber cerrado previamente la investigación, como era su deber.

Estima que dada la decisión del Tribunal, convergen dos motivos de nulidad, como son: que el auto de cierre de la investigación fue proferido por un juez incompetente, configurándose así la primera causal prevista en el artículo 464 del Código Penal Militar, y que el juez competente en este asunto, es decir, el Comandante del Comando Aéreo N° 1, no profirió auto clausurando la averiguación previamente a dictar la Resolución N° 003, mediante la cual convocó a consejo de guerra, con lo cual no se dio cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del artículo 653, ibidem, originándose así una irregularidad que afectó el debido proceso.

En consecuencia, reitera que la sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad, ya que el Comandante del Comando Aéreo de Combate N° 1, juez de primera instancia, no declaró cerrada la investigación, paso ineludible para proferir resolución de convocatoria a consejo de guerra, originándose una irregularidad que atentó contra el debido proceso.

Concluye diciendo que las irregularidades referidas son violatorias de los artículos 29 de la Carta y 346, 653 y 684 del Código Penal Militar, razón por la cual solicita a la Corte que case la sentencia impugnada y, en consecuencia, decrete la nulidad desde el auto que dispuso el cierre de la investigación.

Tercer cargo

Acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, toda vez que su defendido careció de abogado defensor durante el sumario, lo que afecta “tanto al debido proceso como al derecho de defensa”, originándose con ello otra nulidad insubsanable.

Dice que a los folios 127, 143, 175 y 177 del cuaderno N° 1 aparecen el nombramiento y la actuación del Mayor Noguera Osorio como defensor del Cabo Primero Ramírez Medina, oficial aquél que no es abogado.

Manifiesta que si bien es cierto que para la época en que el Mayor Noguera Osorio se desempeñó como defensor del procesado no se había cuestionado la “legalidad” del artículo 374 del Código Penal Militar, pues la misma fue declarada inexecutable mediante sentencia C-592 de 1993, la que cobró ejecutoria el 27 de enero de 1994, fecha en que el proceso se encontraba en etapa sumaria, de todos modos los funcionarios que conocieron de la investigación y del juzgamiento hubiesen podido, de haber querido respetar el fallo de la Corte Constitucional, “reponer la actuación para evitar así la nulidad sobreviniente y garantizar entonces y principalmente el que los procesados tuvieran la defensa técnica a que tenían derecho en respeto del debido proceso y con acatamiento al mandato constitucional contenido en el artículo 20 de la Constitución Nacional”.

Afirma que es cierto que el acusado contó con abogado titulado en el primer consejo de guerra, el que posteriormente fue declarado nulo. No obstante, estima que tal evento, por ser nulo, “no tiene validez para decir, con fundamento en él, que RAMIREZ MORENO sí tuvo como defensor a un abogado como lo ordena la Carta”, como también es claro que lo asistió en el segundo consejo de guerra, pero lo evidente es que su defendido, en la etapa sumaria careció de defensa técnica desde la indagatoria.

Agrega que el agravio al derecho de defensa se inició desde la actuación previa, “cuando con documentos provenientes de los futuros procesados, donde a sus superiores cada quien cuenta los hechos según su personal conveniencia, así como de otras pruebas podía inferirse contra SOLER RODRÍGUEZ y RAMÍREZ MEDINA responsabilidad, se los oye en declaración jurada, no en versión libre; luego en el sumario son sometidos a indagatoria por el mismo funcionario que los oyó en declaración bajo juramento y se les pone como defensores a oficiales de la Fuerza Aérea y se persevera con ellos cuando ya y durante el proceso la norma que permitía el que los militares en servicio activo sin ser abogados defendieran en los procesos penales militares había sido excluida del ordenamiento procesal militar...”.

Arguye que no puede decirse que la sentencia de inexecuibilidad del artículo 374 del C. P. Militar no se aplica a este asunto porque no es retroactiva, ya que durante la ejecutoria del fallo el proceso se encontraba en etapa sumaria, luego sería inadmisibles afirmar que sólo presta efectos hacia el futuro.

En consecuencia, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y, por ende, declarar la nulidad a partir, inclusive, de la diligencia de indagatoria de su representado.

Cuarto cargo

Luego de recordar cuáles fueron los delitos por los que fue condenado su defendido, las penas principales y accesoria a él impuestas y el contenido del artículo 13 de la [Constitución Política](#), refiere que el artículo 38.2 del Código Penal Militar contempla como pena accesoria la separación absoluta de las Fuerzas Militares. Igualmente, sostiene que los artículos 48 y 62.3, ibidem, establecen que dicha sanción concurre con la pena de prisión y excluye el beneficio de la condena de ejecución condicional.

A su vez, asevera que el artículo 42.2 del Código Penal contempla como pena accesoria la pérdida del empleo público u oficial, pero dejando al juez en libertad de imponerla o no, toda vez que, contrario a lo consagrado en el C. Penal Militar (art. 48), en el ordenamiento general no se dice que la pena de prisión implica la imposición de la pena de separación absoluta (art. 52 del C. Penal).

Del mismo modo, añade que comparando el artículo 62 del C. Penal Militar, el que regula la condena de ejecución condicional, con el artículo 68 del C. Penal, se encuentra que aquella prohíbe expresamente su reconocimiento cuando se trata de delito de peculado, mientras que ésta no.

Por lo anterior, concluye que la situación jurídica de un procesado militar frente a la de cualquier otro ciudadano es más onerosa por su calidad militar, ya que el juez de

derecho tiene la obligación de imponer como pena accesoria la separación absoluta cuando se trata del delito de peculado y debe negar la concesión del citado subrogado penal, mientras que el juez ordinario cuenta con la discrecionalidad para tal efecto, aspecto que, en su criterio, transgrede abiertamente el principio de igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta.

Agrega:

“En este punto, no puede decirse con fundamento jurídico que es que el Código de Justicia Penal Militar es norma especial y que por lo tanto debe aplicarse indefectiblemente frente a la norma general, precisamente por la especialidad de la materia que regula para negar mi pretensión porque ante la Carta y por disposición del artículo 13 de la misma no puede hacerse ahora diferencia entre sujetos pasivos frente a los mismos hechos punibles y sus consecuencias.

“Es más, el Libro Primero del Código Penal contiene sin lugar a dudas toda la filosofía penal y las directrices para su aplicación y es norma preferente y de obligatoria aplicabilidad frente a otras disposiciones que regulan materias similares. La prevalencia de este Libro, como en varias oportunidades lo ha reconocido la H. Corte Suprema de Justicia, autoriza su aplicación frente a otras normas desfavorables que regulen las mismas materias”.

Así, entonces, al considerar que se debe tener en cuenta lo previsto en el artículo 4° de la [Constitución Política](#), ya que las normas del C. Penal Militar son restrictivas frente a las contempladas en el Código Penal, dice que la nulidad solicitada radica en que “igualmente pudiendo el Tribunal Superior Militar aplicar la excepción de inconstitucionalidad de que trata el artículo 4° de la Carta no lo hizo y aplicó con detrimento del artículo 13, ibidem, los artículos 38.2 y 48 del Código de Justicia Penal Militar”, proceder que igualmente conllevó a la no concesión de la condena de

ejecución condicional y, por lo mismo, se generó la “causal 4ª de nulidad del artículo 464 al no aplicar la ley permisiva o favorable”.

Por lo tanto, solicita a la Corte que, aplicando la excepción de inconstitucionalidad, la declare respecto de los artículos 38.2, 46 y 62.3 del C. Penal Militar y, por ende, case la sentencia de segundo grado y ordene al Tribunal la reposición de la actuación, aplicando a favor del procesado la ley más favorable.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO

DELEGADO EN LO PENAL

Primer cargo

Luego de transcribir los artículos 473 y 474 del Código Penal Militar, afirma que en el presente asunto se tiene que en la indagatoria que se recibió al Cabo Primero Ramírez Medina, éste designó como su defensor al Mayor Edilberto Noguera Osorio, quien lo asistió en dicha diligencia, en la ampliación de la misma, solicitó copias de la actuación y se notificó de la providencia que le resolvió la situación jurídica. Igualmente, sostiene que es claro que posteriormente al citado Mayor Noguera, mediante resolución 003 de marzo de 1995, se le designó como Fiscal Militar para el proceso, en el que actuó y se le notificó la sentencia.

Por lo tanto, asevera que es evidente que dentro de este proceso la misma persona actuó como defensor y como agente del Ministerio Público. Sin embargo, dice que dicho aspecto, por sí solo, no se constituye en una irregularidad sustancial que afecte el debido proceso.

En efecto, anota que de la lectura del expediente y del acta del consejo de guerra, se deduce que la actuación del Fiscal Militar no se produjo en detrimento del procesado, pues

su intervención fue defensiva de la conducta del acusado, es decir, “si existió alguna sospecha de imparcialidad, ésta no conculcó ninguna de las garantías fundamentales consagradas a favor del sindicado. En consecuencia, no se ve la necesidad de declarar una nulidad, porque como se indicó, no se configuró una irregularidad sustancial que afectara el debido proceso”.

Además, agrega que el artículo 474 del C. Penal Militar consagra la posibilidad de recusación del funcionario incurso en una de las causales de impedimento, razón por la cual, si el casacionista consideraba que concurría una de ellas y, de esa manera, se afectaba la legalidad del proceso, tenía la facultad de recusar al Ministerio Público durante el transcurso de la actuación, cosa que no hizo pese a ser su defensor en la causa.

Por lo tanto, concluye que como en manera alguna se transgredieron los derechos del procesado ni se violentó el debido proceso, pues la actuación del Fiscal Militar lejos de perjudicarlo, lo favoreció, lo que no se constituye en una irregularidad sustancial, estima que el cargo debe desestimarse.

Segundo cargo

Afirma que el reproche hace referencia al derecho que tiene el procesado a que su juez natural cierre la investigación para dar paso al juzgamiento, encontrándose, el fundamento principal, según el actor, en la providencia del Tribunal Militar que declaró la nulidad parcial del proceso, luego de haberse dictado sentencia en contra de los procesados, pronunciamiento que no consideró el tema de la incompetencia por la designación de un único juez de primera instancia, a pesar de la concurrencia de jueces naturales, sino que la nulidad se concretó a que al Cabo Ramírez no se le imputaron los cargos por los que debería responder, ya que no solo era responsable del delito de peculado por apropiación, sino también del de peculado culposo, punible que no fue incluido en la

convocatoria a consejo de guerra ni, por lo tanto, en la sentencia de primer grado.

Ahora bien, dice que independientemente de lo anterior, lo que acusa el libelista es que el auto de cierre de investigación no fue dictado por el juez natural del procesado. Sin embargo, advierte que el Tribunal fue claro en declarar la nulidad a partir de la resolución de convocatoria a consejo de guerra, para que se procediera a la nueva formulación de cargos, considerando, además, que toda la actuación anterior tenía validez, razón por la cual el juez de primera instancia a donde se envió el proceso, cumpliendo lo ordenado por su superior jerárquico, continuó con el correspondiente trámite, es decir, profirió la nueva convocatoria a juicio, incluyendo el delito de peculado culposo.

Después de recordar que el auto de cierre de investigación es de sustanciación y de precisar qué papel juega en la tramitación del proceso, agrega que, “como lo indica el mismo casacionista, el Tribunal dejó en firme el auto de cierre de investigación, pues no consideró que hubiese sido irregularmente proferido, no fue ese el motivo de la declaratoria de nulidad, no podía el juez de primera instancia a quien se envió el expediente, contravenir las indicaciones hechas por el Tribunal Militar. De lo anterior, no se observa irregularidad que indique la configuración de la causal de nulidad solicitada”.

Por lo tanto, conceptúa que el cargo no está llamado a prosperar.

Tercer cargo

Afirma que si bien es cierto la nulidad se funda en el hecho de que el procesado no contó con abogado defensor en la primera fase del proceso, a pesar de la indicación de que la actuación se encontraba en la etapa investigativa cuando fue declarado inexecutable el artículo 374 del C. Penal Militar, también lo es que para el momento en que se escuchó en indagatoria al Cabo Ramírez “la norma era perfectamente aplicable y se cumplió el procedimiento de acuerdo a lo señalado por la ley”.

Además, sostiene que al procesado no se le vulneró el derecho de defensa con la designación de dicho oficial, pues examinado el diligenciamiento se observa que el mayor Noguera Osorio actuó en la indagatoria y en la ampliación de la misma, solicitó copias, se notificó de la providencia que resolvió la situación jurídica, estuvo atento al desarrollo del proceso y, finalmente, en la etapa posterior de la actuación el sindicado contó con la asistencia de un abogado titulado.

Asevera que la sentencia C-592 de 1993, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable el multicitado artículo 374 rige hacia el futuro, “así pretenda el casacionista que se desconozca este principio”, siendo claro que para ese entonces ya se había recibido la diligencia de indagatoria, el proceso se encontraba pendiente para la designación del juez de primera instancia y en marzo de 1994 el sindicado designó un abogado titulado de confianza, acto este último que cumplió con lo dispuesto por la Corte Constitucional.

Por lo tanto, conceptúa el Procurador Delegado que al no existir vulneración alguna del derecho de defensa, la censura no puede tener éxito.

Cuarto cargo

En cuanto a la no aplicación de la ley permisiva o favorable y la posible vulneración del artículo 13 de la Constitución Política, estima que deben considerarse varios aspectos.

Manifiesta que el principio de favorabilidad debe necesariamente referirse a normas de la legislación penal militar, ya que las mismas guardan unas características especiales según sus destinatarios, por lo que “debe revisarse el conjunto de normas de la legislación penal militar y determinar de acuerdo a esa revisión cuál norma favorable dejó de aplicarse”.

Dice que no le asiste razón al casacionista cuando hace referencia a la favorabilidad frente a la legislación penal ordinaria, pues las normas del Código Penal se aplican a la justicia penal militar en aquello en que no exista regulación expresa en su propia codificación, lo que aquí no sucede, ya que el Código Penal Militar consagra de manera tácita lo atinente a la imposición de las distintas penas accesorias, según el delito por el que se procede, y, al mismo tiempo, regula lo concerniente a la prohibición de la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional, teniendo en cuenta las calidades que deben exigirse a los miembros de las Fuerzas Militares y el especial comportamiento que de ellos se exige y se espera.

De otro lado, asegura que el artículo 13 de la Carta consagra el principio de igualdad, “pero bajo unos supuestos determinados y es el tratamiento igual bajo supuestos de hecho iguales y se trata en forma desigual a los supuestos de hecho desiguales, en el caso concreto el criterio de comparación utilizado por el casacionista es equivocado, pues está partiendo de supuestos de hecho desiguales, a los cuales se les puede dar un tratamiento diferencial”.

Agrega que equivocadamente ha pretendido el libelista comparar a un ciudadano que ostenta una calidad especial, como el de ser miembro de las Fuerzas Militares, con una persona que no posee esas condiciones, olvidando que el legislador estableció un régimen especial para los primeros, dadas sus particulares características, por lo que no es posible la pretendida comparación.

Después de copiar unos apartes de la jurisprudencia y de la doctrina constitucional en torno al principio de igualdad, afirma que en este asunto el actor ha planteado una situación de hecho distinta, por lo que no existe la alegada vulneración de dicho principio, además de que “la Justicia Penal Militar tiene expresa consagración constitucional en el artículo 221, modificado por el Acto Legislativo 02 de 1995; tienen los miembros de la fuerza pública su régimen especial, estricto como se dijo, pues entre las

funciones que se le atribuyen se encuentra la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional y no se entiende cómo si cometen un delito, o vulneran una disposición legal pueda permitírseles continuar formando parte de las Fuerzas Militares; no otorgan garantías para cumplir los fines constitucionales conferidos”.

Por lo anterior, conceptúa que el cargo no debe prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como quiera que son cuatro los cargos por nulidad que formula el censor, es preciso observar que no se respetó su prioridad, de acuerdo con el alcance invalidatorio de cada uno de ellas, a lo cual procederá la Sala, al responder cada uno de los reproches.

Tercer cargo

1. Afirma el censor que en la etapa de la instrucción, su defendido careció de defensa técnica, toda vez que el oficial que lo representó no tenía el título de abogado, lo que condujo a que la sentencia se dictara en un juicio viciado de nulidad, máxime cuando el artículo 374 del Código Penal Militar, vigente para la época, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-592 del 9 de diciembre de 1993, doctrina que debió ser aplicada al presente asunto, así esta decisión hubiera sido adoptada cuando finalizaba la fase de la investigación, por lo que pide se declare la nulidad a partir de la indagatoria.

2. Sobre este punto es bueno resaltar que el citado artículo 374 estatúa:

“Quien puede ser defensor. En los procesos militares el cargo de defensor puede ser desempeñado por un abogado en ejercicio o por un oficial de las Fuerzas Militares o de la

Policía Nacional en servicio activo. Los oficiales sólo podrán actuar en los recursos de casación y revisión cuando sean abogados en ejercicio”.

En consecuencia, cuando el Mayor Edilberto Noguera Osorio asistió al procesado en la diligencia de indagatoria y en su ampliación, solicitó copias de la actuación y se notificó de la resolución que resolvió la situación jurídica, estaba habilitado por la ley, en ese entonces vigente, para ejercer la defensa técnica de aquél, por lo que en ninguna irregularidad se incurrió, además de que en el trámite procesal subsiguiente estuvo asistido por un profesional del derecho, tal como lo reconoce el propio defensor.

Ahora bien, no resulta atinado afirmar que el fallo de constitucionalidad de dicho artículo 374 deba producir efectos retroactivos, pues, como lo ha sostenido la Sala, las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad tienen efecto hacia el futuro, a menos que la Corte Constitucional resuelva lo contrario, al tenor de lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), situación que aquí no aconteció.

Por las razones expuestas, el cargo no prospera.

Segundo cargo

1. Acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, por violación al principio del juez natural y del debido proceso, toda vez que la declaratoria de nulidad parcial, por parte del Tribunal Militar, no cobijó el auto de cierre de investigación, el que fue dictado por el Ayudante General del Comando de la Fuerza Aérea y no por el funcionario competente para juzgar a Ramírez, esto es, el Comandante del Comando Aéreo de Combate N° 1 de Puerto Salgar, por lo que considera que el proceso es nulo a partir de dicho auto.

1. Ante todo debe precisar la Corte que no se ajusta a la evidencia procesal la afirmación del actor, según la cual, uno de los motivos que originó la declaratoria de nulidad parcial por parte del Tribunal Superior Militar, fue la incompetencia del funcionario de primera instancia, ya que la misma tuvo su génesis en que la resolución de convocatoria a consejo de guerra fue incompleta respecto del sindicado Ramírez Medina, en razón a que se consideró que no sólo debía responder en juicio por el delito de peculado por apropiación, sino también por el de peculado culposo, procediendo, por lo mismo, a declarar la nulidad parcial de la actuación, a partir, inclusive, del respectivo pliego acusatorio y, por lo mismo, a romper la unidad procesal.

Así mismo, se debe tener en cuenta que inicialmente fueron investigados y juzgados en el mismo proceso, por el punible de peculado por apropiación, tanto el Sargento Mayor Luis Antonio Soler Rodríguez como el Cabo Primero Jhon Jairo Ramírez, pertenecientes a distintas unidades militares y, por lo mismo, correspondiendo su juzgamiento a diferentes jueces, motivo por el cual, y debiéndose conservar la unidad procesal, el Comandante General de las Fuerzas Militares, mediante Resolución N° 404 del 27 de diciembre de 1993, designó como juez único de primera instancia al Ayudante General del Comando de la Fuerza Aérea quien procedió a clausurar la investigación y convocar el Consejo de Guerra contra los dos procesados por del delito de peculado por apropiación, habiéndolos condenado, trámite que al ser conocido por el Tribunal Militar fue declarado parcialmente nulo, en cuanto sólo cobijó lo actuado con relación al Cabo Ramírez, a partir de la Resolución de Convocatoria al Consejo de Guerra. Obviamente, al romperse la unidad procesal, recobró la competencia el Comandante del Comando Aéreo de Combate N° 1 de Puerto Salgar.

En consecuencia, si la clausura de la investigación fue ordenada por quien en ese momento tenía competencia para hacerlo, a saber, el Ayudante General del Comando de la Fuerza Aérea, y si la nulidad no lo cobijó, no se entiende el reclamo de incompetencia del casacionista, ni la razón por la cual tenía que volver a dictarse.

Por lo tanto, al no existir la irregularidad denunciada, el cargo no está llamado a prosperar.

Primer cargo

1. Acusa al juzgador de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, toda vez que en el segundo consejo de guerra fue designado como agente del Ministerio Público el Mayor Edilberto Noguera Osorio, Oficial de la Fuerza Aérea, quien se había desempeñado como defensor del procesado en la etapa de investigación, lapso en el cual lo acompañó en la diligencia de indagatoria, en la ampliación de la misma, solicitó copias del diligenciamiento y se notificó de la providencia que resolvió la situación jurídica, irregularidad que transgredió lo reglado en el Título V, Capítulo II del Código Penal Militar, vigente para la época de los hechos, en lo concerniente con los impedimentos y las recusaciones, al haber ostentado, al interior del proceso, la doble condición de defensor y de Fiscal Militar.

2.- No le asiste interés al casacionista para formular esta censura, como quiera que ningún perjuicio se le causó con la actuación que reprocha. Además, porque el cargo lo fundamenta en que no se acudió a la institución de los impedimentos y recusaciones, cuando él precisamente estaba facultado para recusar al Fiscal Militar y no lo hizo, con lo que no sólo alega a su favor su propia culpa, sino que al no utilizar el medio previsto para subsanar la irregularidad convalidó la actuación.

Ante la falta de interés la Corte se encuentra inhibida para estudiar el cargo, por lo que se desestima.

Finalmente, la Sala respetuosamente considera que no hay razón para discutir la posición del Magistrado que salva el voto, como quiera que so pretexto de revisar la validez de la actuación no se puede cuestionar la legitimidad del sistema penal.

Cuarto cargo

1. Acusa al fallador de segunda instancia de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, por desconocimiento del principio de favorabilidad, al haber aplicado las normas del Código Penal Militar y no las del Código Penal común, en lo relacionado con la pena accesoria de pérdida del empleo y con el subrogado de la condena de ejecución condicional, lo que, a su vez, implicó que se vulnerara el principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

Por lo mismo, considera que la Corte debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad de los artículos 38.2, 46 y 62 del Código Penal Militar.

1. El cargo carece de técnica y de razón, por lo cual no puede tener éxito. En efecto:

1. Como lo ha dicho la Sala, no todas las garantías constitucionales son de naturaleza sustancial, sino que hay algunas como la de legalidad de los delitos y las penas, la de la favorabilidad y la prohibición de la reforma en perjuicio que amparan al procesado en la declaración o aplicación del derecho sustancial, es decir, en el ejercicio de la actividad in iudicando, por lo cual la vía adecuada para denunciar su vulneración no es la causal tercera, como equivocadamente lo entendió el casacionista, sino la primera.

1. La infracción al principio de favorabilidad no puede plantearse entre normas coetáneamente vigentes, como lo pretende el censor, sino que presupone la existencia de un conflicto de leyes en el tiempo, es decir, de sucesión de normas que regulan una misma hipótesis fáctica de modo diferente, o le señalan consecuencias jurídicas distintas, resultando una de ellas menos gravosa para los intereses del procesado, que no es el

caso presente, ya que lo que postula el demandante es un conflicto entre normas del Código Penal Militar y el Código Penal común, todas vigentes, para entonces, aunque consagradas en diferentes estatutos, siendo, por lo tanto, inaplicable el principio de favor rei.

1. En lo concerniente a la violación de la garantía de la igualdad, y sin desconocer, como lo ha sostenido la Sala, que el derecho penal militar no es un compartimiento separado de la legislación ordinaria y que ambos “pertenecen al gran conjunto que conforma el sistema penal”¹, es obvio que, de todos modos, quienes pertenecen a la Fuerza Pública están en una condición especial que da lugar a un tratamiento jurídico particular que, por lo mismo, no implica quebrantamiento del derecho a la igualdad, el que sólo se produce cuando se da un tratamiento diferente a quienes están en iguales condiciones, sin que medie una justificación objetiva y razonable.

Por las razones expuestas, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 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 y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS
ARGOTE

CARLOS AUGUSTO GALVEZ

JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGÓ

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

No hay firma

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

NILSON PINILLA PINILLA

Salvamento de voto

TERESA RUÍZ NUÑEZ

Secretaria

1 Casación 13813, 15 de abril de 1999. M. P. Dr. Edgar Lombana Trujillo.