

Proceso No 13598

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente:

Nilson Pinilla Pinilla

Aprobado Acta N° 026

Bogotá, D. C., febrero veintiocho (28) de dos mil dos (2002).

ASUNTO

Decide la Corte la casación interpuesta en defensa de los procesados GERMÁN GRIMALDO MOGOLLÓN y SANTIAGO PINTO LEÓN, contra el fallo del Tribunal Superior Militar que confirmó el proferido por la Ayudantía del Comando General de la Fuerza Aérea Colombiana, al culminar el Consejo de Guerra sin intervención de vocales, que los juzgó por el delito de peculado por apropiación.

HECHOS

En Bogotá, cerca de la media noche del 17 de febrero de 1994, el Capitán de la FAC Luis Alberto Durán Cáceres estaba buscando parte del material que acababa de ser traído de los Estados Unidos de América en un avión C-130, cuando advirtió que el Técnico Tercero de la misma Fuerza SANTIAGO PINTO LEÓN guardaba dos cajas en un Renault 4, que se hallaba parqueado al lado del Comando Aéreo de Transporte Militar (CATAM).

Al pedirle exhibir el contenido, le manifestó que no podía porque eran del Técnico Subjefe GERMÁN GRIMALDO MOGOLLÓN, quien tampoco quiso abrirlas, por lo cual el oficial procedió a hacerlo, hallando dos taladros y otros bienes de la Fuerza Aérea.

ACTUACIÓN PROCESAL

En el adelantamiento de la investigación correspondiente, fueron oídos en indagatoria los dos involucrados y el 10 de julio de 1994 le fue impuesta medida de aseguramiento de caución prendaria a SANTIAGO PINTO LEÓN, por hurto calificado, cesándose procedimiento a favor de GERMÁN GRIMALDO MOGOLLÓN (fs. 272 y Ss. cd. 1), decisión consultable que el Tribunal Superior Militar revocó el 17 de agosto de 1994 (fs. 313 y Ss. ib.). Variada la calificación a peculado por apropiación, el 20 de diciembre del mismo año fue ordenada la detención preventiva del primero, absteniéndose de imponerla al segundo (fs. 87 y Ss. cd. 2).

El Ayudante General del Comando de la Fuerza Aérea Colombiana, Juez de primera instancia, convocó mediante resolución 002 de septiembre 3 de 1996 un Consejo de Guerra, sin intervención de vocales, para juzgar la conducta de GERMÁN GRIMALDO MOGOLLÓN y SANTIAGO PINTO LEÓN, como presuntos autores responsables de peculado (fs. 319 y Ss. cd. 3).

Realizado el Consejo de Guerra, mediante sentencia de octubre 21 de 1996 (fs. 459 y Ss. ib.) el mencionado Juez de primera instancia y Presidente del Consejo de Guerra condenó a los dos acusados como autores de peculado por apropiación, imponiendo a cada uno 48 meses de prisión, multa de \$ 50.000 y la separación absoluta de las Fuerzas Militares, al igual que interdicción de derechos y funciones públicas y “suspensión de la patria potestad, si la tuviere”, por el mismo lapso que la prisión, negándoles la condena de ejecución condicional.

Al decidir la apelación elevada por los procesados y la defensora de PINTO LEÓN, el 10

de marzo de 1997 el Tribunal Superior Militar consideró que el delito no superó la fase de tentativa, por lo cual modificó la pena impuesta, fijándola en 26 meses de prisión y \$30.000 de multa, confirmando lo demás (fs. 549 y Ss. ib.). Contra este fallo interpusieron casación los apoderados de los sentenciados y el propio PINTO LEÓN.

LAS DEMANDAS

Las dos demandas, de sentido equiparable, lo cual permite que sean sintetizadas y resueltas conjuntamente, contienen un único cargo, formulado con apoyo en la causal tercera de casación, por haber dictado el Tribunal Penal Militar sentencia viciada de nulidad, por falta de competencia del Magistrado ponente Gustavo Duarte Castillo, civil, “que hace parte sustancial, por ser ponente de la Sala de Decisión que conoció”, contraviniendo el artículo 221 de la Constitución, que tiene prevista la integración de las cortes marciales o tribunales que juzgan a los militares, “por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”.

Para desarrollar el cargo, se remiten los casacionistas al texto de una comunicación del Ministro de Defensa Juan Carlos Esguerra Portocarrero al Comandante General de las Fuerzas Militares, de fecha 4 de marzo de 1996, sugiriéndole estudiar la posibilidad de llamar a curso de oficiales de reserva a los magistrados que no sean miembros de la Fuerza Pública, activos o en retiro, “con el objeto de subsanar el incidente creado por el tránsito de normatividad constitucional”.

Aducen los defensores que de esta orden ministerial se desconoce su cumplimiento y el precepto constitucional no se ha obedecido, resultando insalvable e insubsanable la situación alegada, por lo cual se debe declarar nula la actuación realizada en la providencia del 10 de marzo de 1997, en donde es “parte sustancial” el ponente doctor Gustavo Duarte Castillo, debiéndose ordenar la conformación de una “sala castrense” con magistrados que reúnan los requisitos constitucionales, conforme a lo normado en el

citado artículo 221.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Recuerda la Procuradora Primera Delegada para la Casación Penal que la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “en servicio activo o” del artículo 656 del Código Penal Militar, con el criterio de que su actuación no garantizaba “los principios de independencia, imparcialidad y objetividad, inherentes al debido proceso y al ejercicio de la función jurisdiccional” (sentencia C-141 de marzo 29 de 1995, M. P. Antonio Barrera Carbonell).

Sobrevino el Acto Legislativo 2 de 1995, que incorporó en el artículo 221 de la Constitución el aparte al que se hace alusión en las demandas, que en sentir de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado es de imperioso cumplimiento, aclarando que no son asimilables esos tribunales al concepto de corte marcial, propia de los consejos de guerra, cuyos fallos se basan en el veredicto de los vocales, mientras el de aquéllos es en derecho.

También recuerda que al declarar executable el artículo 323 del Código Penal Militar, la Corte Constitucional (C-473 de julio 7/99) consideró que no era violatorio de los artículos 25 y 53 de la Carta Política, puesto que no restringía la posibilidad de que el personal civil accediera a cargos de la jurisdicción militar, con excepción de los tribunales y las cortes marciales.

Sin embargo, ello no significa que sea fundada la censura, no existiendo duda de que el Tribunal Militar era el competente para conocer de la apelación interpuesta, por expresa disposición del artículo 320-2 del Decreto 2550 de 1988, siendo ajena al tema la calidad que se extraña, pues se trata de un asunto estrictamente administrativo, que no impide a ningún miembro del Tribunal proferir los actos propios de sus funciones.

Igualmente recuerda el Ministerio Público que la doctrina de la supralegalidad quedó superada, desde cuando el Decreto 050 de 1987 reguló el régimen de las nulidades, convirtiéndolas en legales y taxativas, sobre lo cual rememora un pronunciamiento de la Corte Suprema, en sentencia de diciembre 12 de 1994, con ponencia del Magistrado Jorge Enrique Valencia Martínez.

Concluye la Delegada que el cargo no debe prosperar, pero solicita que de forma oficiosa se case parcialmente la sentencia para dejar sin efectos la sanción accesoria de pérdida de la patria potestad, por cuanto no está motivada ni guarda relación alguna con el comportamiento que dio lugar a la condena, siendo su aplicación discrecional.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Desde el principio, ha de observarse que los casacionistas no tuvieron en cuenta que aducir la causal tercera no libera del deber, que entraña toda demanda de casación, de determinar con lógica, claridad y precisión las censuras formuladas. No basta con hacer escueta mención de la irregularidad advertida, que debe ser una de las contempladas expresamente en la ley (anteriormente, artículo 464 D. 2550 de 1988, ahora 388 L. 522 de 1999), siendo igualmente necesario demostrar el quebrantamiento de las bases estructurales del proceso, o grave violación insubsanable de garantías procesales, y su incidencia en la decisión final, de lo contrario el cargo no pasa de ser una apreciación intrascendente.

La censura planteada en las dos demandas falla en desarrollo y sustentación, pues no alcanza a demostrarse que la supuesta incompetencia indicada realmente cause nulidad. No tomaron en consideración los libelistas que la competencia está asignada al Tribunal y no en particular a las personas que lo integran, siendo notoria la inconsistencia de confundir las condiciones especiales para desempeñar un determinado servicio público,

como esa magistratura, con los factores que establecen la jurisdicción y la competencia de una corporación.

Resulta claro que una es la investidura que confiere el nominador a quien considera que reúne los requisitos exigidos por la Constitución y la ley para desempeñar el cargo, y otra bien distinta la competencia funcional, que ha sido fijada normativamente, haciendo abstracción de la persona que ha de ejercerla.

De la simple lectura de la norma constitucional invocada (artículo 221) se infiere el desacierto que definitivamente hace que el cargo no prospere, pues estando allí establecido el conocimiento de cortes marciales y tribunales militares sobre los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, en relación con éste, de allí derivan las razones para que pueda aducirse su quebrantamiento y en el presente caso no se discute el fuero, ni que a los procesados no se les hubiera sometido a Consejo de Guerra y fuese el Presidente de éste quien profirió la sentencia de primera instancia, o que la apelación no hubiere sido resuelta por el Tribunal Superior Militar.

Si ninguna de esas irregularidades se presentó, no tiene sentido proponer la nulidad de la sentencia impugnada, menos basándose en preceptos que precisamente atribuyen al Tribunal que la dictó, el conocimiento en segunda instancia de esta clase de procesos.

Distinto es que alguno de los integrantes de esa corporación no sea o haya sido miembro de la fuerza pública, como señala el aparte final de dicho artículo, luego de su modificación por el Acto Legislativo 2 de 1995, pues además de no aparecer acreditada la trayectoria del Magistrado ponente, señalado de tal falencia, que al hallarse en el cargo permite que se presuma que cumple las condiciones para desempeñarlo, su condición personal no es factor que determine la competencia corporativa, resultando inconducente pretender, de tal manera, socavar la validez de un fallo dictado por el

único Tribunal competente para proferirlo.

No es posible ventilar en sede de casación discrepancias ajenas al proceso penal en sí mismo, como son en este caso las relacionadas con la integración del Tribunal Superior Militar, pues esa clase de reparos debieron haber sido formulados, en su momento, ante el nominador o la jurisdicción pertinente, mas no ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, que no tiene injerencia en los asuntos administrativos de la jurisdicción militar y no puede entrar a discernir sobre la conformación de dicho Tribunal, debido además a que, de hacerlo, extralimitaría su función de administrar justicia.

Resulta así improcedente ampliar consideraciones sobre el requisito que se echa de menos en las demandas, sin que sea necesario rememorar su evolución por no estar relacionada con este proceso y, si fuera a manera de simple información, la representante del Ministerio Público ilustró el tema.

En consecuencia, el cargo no prospera.

2.- Casación oficiosa. De otra parte, le asiste razón al Ministerio Público en cuanto la imposición de la pena accesoria de privación de la patria potestad es irregular, siendo procedente suprimirla a través de la facultad oficiosa que tiene la Corte, por disposición del artículo 216 de la Ley 600 de 2000 (al cual remite el artículo 372 de la ley 522 de 1999), para preservar el debido proceso y las garantías fundamentales, cuya vulneración pasó desapercibida en segunda instancia.

Es de anotar que, según dispone el Código Penal Militar (art. 60 L. 522 de 1999), la pena de prisión implica la imposición de las accesorias de separación absoluta de la Fuerza Pública y la interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo que la principal, mientras “las demás penas accesorias serán impuestas discrecionalmente”.

Pero que la imposición de otras penas accesorias sea discrecional, no significa que el juez de primera instancia pudiera desentenderse de manifestaciones como la de SANTIAGO PINTO LEÓN, quien expresó en la indagatoria que es soltero y no tiene hijos (f. 255 cd. 1), en tanto GERMÁN GRIMALDO MOGOLLÓN refirió ser padre de dos menores (f. 248 ib.), ni omitir el deber del administrador de justicia de fundamentar apropiadamente sus decisiones, para el caso sustentando la procedencia de la sanción y exponiendo las razones por las que considera que esa pena accesoria es condigna al delito por el cual se condena.

Sea del caso recordar lo recientemente expuesto por la Corte sobre este tema (enero 17 de 2002, sentencia de casación, rad. 14.527, ponente quien ahora cumple igual labor), en análisis también atinente a la ley penal militar, acatando la norma rectora de la integración (arts. 18 y 19 L. 522/99), entre otras razones:

“Contrario a lo que sucede con la antes comentada pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, que es en todo caso conllevada por la pena principal de prisión (inciso 3° del artículo 52 de la ley 599 de 2000, igualmente artículo 52 de la codificación anterior), las otras sanciones accesorias sólo pueden imponerse con una motivación específica y sustentada, requiriéndose que resulten condignas a la conducta punible cometida.

Si bien la legislación punitiva precedente contemplaba que ‘las demás penas accesorias serán impuestas discrecionalmente por el juez, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 61’ (art. 52 D. 100 de 1980), la jurisprudencia traía establecido que debían respaldarse con apropiada fundamentación, teniendo en cuenta los fines y funciones de la punibilidad, considerando en cada caso concreto la relación, la procedencia y la pertinencia con el comportamiento imputado (véanse por ejemplo, acerca de la suspensión de la patria potestad, las sentencias de casación de octubre 7 de 1999, rad. 12.394, M. P. Yesid Ramírez Bastidas, y diciembre 16 de 1999, rad. 10.503, M.

P. Carlos Eduardo Mejía Escobar).

Ahora, la ley 599 de 2000 acogió normativamente esas directrices, en cuanto en el inciso 1° del artículo 52 estatuyó que las penas privativas de otros derechos 'las impondrá el juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena', mientras el artículo 59 obliga a fundamentar explícitamente la pena, tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo.

Es evidente que en el caso bajo estudio, los sentenciadores no consideraron de qué manera la patria potestad que ejerciese el acusado podía tener alguna relación o afectarse con las conductas punibles ejecutadas, ni se procuró consignar algún fundamento de tal medida punitiva accesoria."

Por ende, igual a lo entonces señalado, debe de oficio proceder la Corte a invalidar en forma parcial el fallo proferido, sólo en cuanto, sin fundamento, suspendió a los dos acusados la patria potestad.

3.- Como la modificación oficiosa, que da lugar a notificación, no representa sustitución de la sentencia contra la cual están dirigidas las dos demandas, esta providencia queda ejecutoriada el día que se suscribe (art. 187 L. 600 de 2000, anteriormente art. 197 D. 2700 de 1991) y no admite recurso alguno.

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,

RESUELVE:

1.- DESESTIMAR las demandas presentadas.

2.- CASAR PARCIALMENTE, de manera oficiosa, la sentencia impugnada, únicamente en el sentido de revocar la pena accesoria de suspensión de la patria potestad, que se había impuesto a los procesados GERMÁN GRIMALDO MOGOLLÓN y SANTIAGO PINTO LEÓN, quedando sin modificación todo lo demás.

3.- Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS

AUGUSTO

GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria