

Proceso N° 16208

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

DR. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

Aprobado Acta No.040

Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil (2.000).

VISTOS:

Se pronuncia la Sala sobre la procedibilidad del recurso excepcional de casación interpuesto por el Procurador 316 Judicial II en lo Penal, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar el 21 de junio de 1.999, que confirmó la dictada por el Comandante del Batallón de Infantería No.5 "Córdova" en su condición de Juez de Primera Instancia el 30 de noviembre de 1.998, mediante la cual condenó al soldado del Ejército Nacional DANIS DANIEL HERNÁNDEZ JIMÉNEZ a la pena principal de 8 meses de prisión como responsable del delito de desertión.

HECHOS Y ANTECEDENTES:

1. Motivó el inicio de la presente investigación penal el informe fechado el 14 de agosto de 1.997, suscrito por el Comandante de Contraguerrilla Aguila CT. Jaime Vanegas Bermúdez, de conformidad con el cual sin justificación alguna el soldado DANIS DANIEL HERNÁNDEZ JIMÉNEZ habría abandonado el Batallón de Infantería Mecanizado No.5 "Córdova" desde el día 20 de julio de dicho año, estando por tanto probablemente incurso

en el delito de desertión.

2. El inicio de formal investigación por estos hechos fue ordenado el 27 de octubre posterior por el Juzgado 14 de Instrucción Penal Militar de Santa Marta, declarándose persona ausente a HERNÁNDEZ JIMÉNEZ el 15 de diciembre posterior, previo el emplazamiento de rigor Y siéndole designado consecuentemente defensor de oficio (fl. 30).

3. Fue recibido testimonio a la señora Sonia Hernández Jiménez, madre del procesado, quien manifestó tener más de 60 años de edad, de estado civil viuda, residente en un barrio de invasión y ser madre de 8 hijos entre lo cuales Daniel ocupa el último lugar; precisó además estar enterada de que éste se había desertado del Ejército, lo que hizo según le explicó para conseguir trabajo y ayudarle, pues apenas sobrevive con la venta de “pasteles y bollos de yuca” que ella misma prepara (fl.36).

4. Habiéndose voluntariamente presentado ante el instructor, el 18 de diciembre se escuchó en indagatoria a HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, quien manifestó haber abandonado el Batallón el 20 de julio en razón a los múltiples problemas que aquejaban a su progenitora, pues a pesar de tener otros hijos nadie ve por ella, colaborándole en levantar una casa de cartón en el Barrio de invasión “Si nos dejan”, para luego conseguir un trabajo y ayudarle a cubrir sus necesidades. Adujo saber que al desertar cometía delito, pero explicó que lo hizo en vista de que nunca le daban permisos y por las penurias por las que estaba pasando su mamá (fl.37). La situación jurídica le fue resuelta a través de auto fechado el 22 de diciembre, con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de desertión contemplado en el artículo 115 del Código Penal Militar.

5. Remitidas las diligencias ante el Comandante del Batallón “Córdova” como Juez de Primera Instancia y perfeccionada en lo posible la investigación, por auto del 17 de

noviembre de 1.998 se dispuso la apertura del juicio a pruebas. Tramitado este período sin que se solicitara ninguna ni se decretara su práctica de oficio, se dio traslado a los sujetos procesales para presentar los respectivos alegatos de conclusión, cumplido lo cual se profirieron las sentencias de primera y segunda instancias en los términos referidos en precedencia.

IMPUGNACIÓN:

Aduciendo el propósito de garantizarle a los soldados “sus derechos fundamentales maltratados: el debido proceso, su derecho de defensa y libertad y una vez restablecidos sirvan para desarrollar y unificar la jurisprudencia (sic) 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 absolversele”, el Procurador 316 Judicial II en lo Penal interpuso el recurso de casación discrecional contra el fallo del Tribunal Superior Militar, pues según su criterio, el procesado HERNÁNDEZ JIMÉNEZ “está exento de prestar el servicio militar por ser huérfano de padre y su madre tener más de sesenta (60) años de edad y pobre situación económica (sic)”, acorde con lo dispuesto en los literales d) y e) del artículo 28 de la Ley 48 de 1.993.

Reconoce el demandante que si bien en la sentencia el Tribunal se ocupó sobre este tema debido a que el mismo fue propuesto en concepto anterior por parte del Ministerio Público, negando la concurrencia de las referidas circunstancias en el entendido de que la madre del procesado no solamente tiene varios hijos más, sino que ella misma trabaja en la venta de algunos comestibles, no concurriendo por tanto el estado de pobreza que se adujera, expresa su absoluta discrepancia con estos argumentos, pues entiende que con la “confección de esos alimentos en un barrio de invasión no se logra librar el valor de los productos que ellos mismos consumen”, existiendo constancia en el proceso de su lamentable situación económica y las condiciones en que se encontraba la vivienda.

De ahí que para el demandante no concurren todos los elementos del tipo que describe el delito de deserción, pues HERNÁNDEZ JIMÉNEZ estaba exento de prestar el servicio militar, desconociéndose así el debido proceso, pues no podía la justicia castrense juzgarlo.

Entiende finalmente que de prosperar la petición, se logra “unificar la jurisprudencia...en el sentido de que todos los elementos estructurantes del tipo deben estar demostrados procesalmente”.

CONSIDERACIONES:

1. Interpuesta como fue la casación discrecional antes del 16 de enero del año en curso, fecha en que entró a regir la Ley 553 y conforme a lo dispuesto por el artículo 18 transitorio de la misma, el trámite a observar en este caso será aquél que corresponde a la regulación derogada, esto es, que de merecer positiva respuesta su admisión ameritaría el regreso del expediente al Tribunal de origen a efecto de que se presente la demanda, se surtan los traslados etc., a diferencia del procedimiento ahora vigente que en tal aspecto ha unificado la casación en su modalidad tradicional y excepcional, imponiéndose así la presentación de la demanda dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia y el estudio sobre su admisibilidad atendiendo a los requisitos que le son propios dado su exceptivo carácter y aquellos comunes previstos por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 8 de la referida Ley 553).

2. Precisado lo anterior se tiene que el Procurador 316 Judicial II Delegado ha interpuesto casación discrecional contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar, mediante la cual se condenó al soldado DANIS DANIEL HERNÁNDEZ JIMÉNEZ por el delito de deserción, decisión respecto de la cual ninguna discusión provoca en principio la formal procedencia del recurso impetrado como que se encamina contra un

fallo de segundo grado y en relación con un delito por el cual no es viable la impugnación extraordinaria tradicional.

3. Ahora, con miras a fundar teleológicamente su ejercicio, explica de manera confusa por lo contradictoria, inicialmente que tiene como fin “garantizarle a los soldados sus derechos fundamentales maltratados: debido proceso, derecho de defensa y la libertad”, acogiéndose de este modo al segundo de los motivos que hacen posible su postulación, en cuanto referido exactamente a salvaguardar esta categoría superior de prerrogativas inherentes al sujeto pasivo frente a la acción del Estado en la persecución del delito y al interior del procedimiento punitivo correspondiente; no obstante, en forma simultánea, asegura que el restablecimiento de tales derechos servirá para “desarrollar y unificar la jurisprudencia”, propósito este último que procura en adelante sustentar pero en el entendido de que la conducta imputada al procesado es atípica.

4. En efecto, enseguida el alegato realmente se orienta a destacar la atipicidad del delito de desertión por el cual se condenó a HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, pues en su criterio no se demostró que hubiera sido legalmente incorporado al servicio militar obligatorio, estando en cambio exento de su prestación acorde con lo dispuesto en los literales d) y e) del artículo 28 de la Ley 48 de 1.993, esto es en razón a que su progenitora (ya que es huérfano de padre), es persona mayor de 60 años y carece de medios de subsistencia.

5. La simultánea conjunción de argumentos que en principio obedecen a supuestos distintos, impide ciertamente tener claridad sobre las razones en que uno y otro se sustenta. Así, en tanto que la protección de derechos fundamentales exige concretamente precisar el origen de la violación y su incidencia en el fallo, tratándose del desarrollo de la jurisprudencia específicamente debe determinarse el tema respecto del cual se impone que la Sala fije un criterio interpretativo bien porque en desarrollo de su doctrina no lo ha abordado o existe la necesidad de retomarlo en razón a

modificaciones legislativas, o porque definitivamente existen posturas encontradas que no se logran conciliar.

6. En este caso, el representante del Ministerio Público simplemente afirma la vulneración del debido proceso, el derecho de defensa y la libertad, sin ofrecer correspondientemente ningún sustento a través del cual se pudiese constatar su real afectación en el trámite cumplido, pero mucho menos señala en qué consisten las irregularidades ni cómo se presentaron, cuál su trascendencia y tampoco las razones para que pudiesen en un momento determinado viciar el fallo impugnado.

La afirmación que finalmente hace sobre la falta de competencia de la justicia penal militar para juzgar a HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, que supondría la afectación del debido proceso, da por establecido, primero que el procesado efectivamente no tenía la obligación de prestar el servicio militar y al propio tiempo que este supuesto, de ser cierto, viciaría la intervención de los jueces castrenses, es decir, que se parte de una petición de principio sin demostración alguna sobre los fundamentos que le sirven de base.

7. Ahora, lo propio cabe afirmar sobre el motivo que se soporta en la necesidad de desarrollar la jurisprudencia, pues si bien desde luego el actor implícitamente asume que resultaría pertinente un pronunciamiento de la Corte, no es específico sobre las razones para ello. Parecería suponer que a partir de su discrepancia con el fallo en cuanto a la concurrencia de circunstancias que habrían exonerado al procesado HERNÁNDEZ JIMÉNEZ de prestar el servicio militar obligatorio, que el Tribunal expresamente desechó, se consolida la imposibilidad jurídica para imputársele el delito de deserción, esto es que, en consecuencia, según se puede inferir, no puede admitirse su estructura típica al estar amparado por una circunstancia excluyente de antijuridicidad.

8. Pues bien, esta manera de argumentar parecería encontrar fundamento en la teoría de los elementos negativos del tipo que, como se sabe, surgió en crítica a la

concepción de los tipos abiertos, de acuerdo con ella, la descripción legal debe abarcar además de las circunstancias “típicas” del delito, todas aquellas que afecten la antijuridicidad, o lo que es igual, que el tipo penal contiene además de la abstracta descripción de una conducta lesiva de bienes jurídicos, el concreto juicio de reproche sobre ella, de donde si se encuentra amparada por una circunstancia excluyente de desvalor, ella sería atípica.

9. No obstante, a ningún efecto práctico conduce la aparente propuesta del demandante, pues la discusión ciertamente no compromete una concepción teórica, simplemente tal enunciado sirve de pretexto para discrepar con el criterio valorativo de las pruebas del sentenciador según el cual en ningún momento con los elementos de convicción allegados al proceso puede afirmarse que HERNÁNDEZ JIMÉNEZ estuviera exceptuado de prestar el servicio militar, es decir que, consecuente con estas constataciones, surge el hecho de que la casación discrecional promovida no pretende ni la salvaguarda de los derechos fundamentales, pero tampoco el desarrollo jurisprudencial, toda vez que, finalmente, ninguna discusión amerita el hecho de que todos los elementos típicos deben concurrir para predicar la tipicidad de una conducta, sentido en el cual, se pretendía necesario que la Corte abordara el estudio de este proceso, razones por las cuales, la impugnación deberá ser inadmitida.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE:

INADMITIR el recurso de casación discrecional propuesto por el Procurador 316 Judicial II en lo Penal, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar el 21 de junio de 1.999.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEG0

MARIO MANTILLA NOUGUES CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUÍZ NÚÑEZ

Secretaria