

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

Proceso No 19001

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Aprobado: Acta No. 116

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil dos (2002).

VISTOS

Mediante sentencia del 27 de abril de 2001, el Comandante del Batallón de Contraguerrilla número 41, “Héroes de Corea”, en su condición de Juez de Primera Instancia, declaró al Sargento Primero Carlos Alberto Tapia Herrera penalmente responsable, como autor, del delito de abandono del servicio y le impuso la sanción de 6 meses de prisión.

El fallo se sometió al grado jurisdiccional de la consulta y fue confirmado por el Tribunal Superior Militar, el 28 de septiembre siguiente, pero lo aclaró, en el sentido de que la pena era de arresto y no de prisión, y lo adicionó para no conceder la condena condicional.

En escrito del 15 de noviembre de 2001, el defensor manifestó: “demando en casación discrecional esa sentencia”.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 19 de septiembre de 1999, el Sargento Primero Carlos Alberto Tapia Herrera, orgánico del Batallón de Contraguerrilla número 41, “Héroes de Corea”, con sede en Valledupar (Cesar), salió con 12 días de permiso. Se debía presentar el 30 del mismo mes, sin que lo hiciera y, a pesar de que vía telefónica se le insistió para que compareciera, se negó a hacerlo, manifestando que la prioridad era su familia, que estaba aburrido y no le importaban las consecuencias.

Adelantada la respectiva investigación, el 19 de julio de 1999 se decretó la detención preventiva del sindicado, como autor del delito de abandono del servicio, previsto en el artículo 113 del Código Penal Militar (fl. 31). El 19 de junio de 2000, se clausuró al investigación y se abrió la etapa del juicio (fl.139).

Proferidas las sentencias de primera (fl. 171) y segunda (fl. 200) instancias, se recurrió a la casación (fl. 211). La Sala se pronuncia sobre el escrito.

LA PETICIÓN

El apoderado expresó que “demando en casación discrecional esa sentencia de segundo grado”, con la intención de que la “jurisprudencia desarrolle los temas relativos al derecho de defensa, al debido proceso y al juicio desvarolativo de la prueba”. La solicitud la sustentó así:

1º) No hubo una adecuada asesoría técnica porque la investigación, en su

mayoría, se adelantó en Valledupar y, por la distancia, aquella se hizo difícil. La abogada desconocía el trámite militar, pues en el alegato previo a la sentencia reclamó cesación de procedimiento, y no absolución. Si la profesional solicita y aporta pruebas, “posiblemente otra hubiera sido la determinación”, porque pudo demostrar que el suboficial acusado se vio en la necesidad de atender en Bogotá la enfermedad de su esposa e hija y que obtuvo permiso expreso del coronel Alfonso Zapata.

2º) Los fallos no tuvieron en cuenta los documentos que probaban la enfermedad de las familiares del sindicado y, por tanto, que era necesario que éste permaneciera a su lado hasta su recuperación. La decisión de primer grado dijo que esas constancias no acreditaban la justificación. Considera equivocado el razonamiento, porque los escritos no fueron tachados de falsos y se imponía reconocer la eximente. Se necesita que la jurisprudencia se pronuncie para que no se sigan cometiendo tan aberrantes injusticias.

3º) Se quebrantó la estructura básica del proceso, porque ni se permitió ni se ejerció la defensa técnica y se hizo una investigación a distancia del apoderado, a quien no se permitió conocer el expediente.

4º) La doctrina de la Corte no ha profundizado sobre el delito de abandono del servicio, en especial para determinar sus alcances y las causas de la dejación.

CONSIDERACIONES

1. El artículo 368 del Código de Procedimiento Penal Militar establece que “Habrà recurso de casación, contra las sentencias de segunda instancia, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años”.

El artículo 113 del Código Penal Militar de 1988, por el cual se dictó la sentencia de condena, tiene señalada una sanción de arresto de 6 meses a 2 años. El 126 de la Ley

522 de 1999, la establece de 1 a 3 años. Ninguno de los dos estatutos, en consecuencia, habilita su concesión por la vía común.

2. La única posibilidad de acudir a esa impugnación está dada por el inciso final de la norma procesal que afirma que “De manera excepcional, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente puede aceptar un recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, a solicitud ... del defensor, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales”. En forma expresa el apoderado del suboficial sindicado dijo que se acogía a esta especie de la casación.

3. Para que la Corte ejerza su facultad de otorgar este medio potestativo, es carga del sujeto procesal presentar los fundamentos que demuestren uno cualquiera de los dos únicos motivos, o ambos, que habilitan su concesión.

3.1. Si se considera necesario que la Sala amplíe su doctrina sobre determinado punto jurídico, el actor debe precisar que el mismo no ha sido tratado, o que si lo fue, existen posiciones encontradas sobre el particular que imponen la necesidad de la unificación, o que es necesario se actualice el criterio. Finalmente, debe probar que ese adelanto jurisprudencial es indispensable tanto para aunar los conceptos jurídicos, tarea que compete al tribunal de casación, como para resolver el asunto concreto.

3.2. En punto de la lesión a una garantía fundamental, se exige del demandante que demuestre en forma específica que ella se produjo en el trámite de las dos instancias procesales, que indique las normas constitucionales que la definen y que el fallo censurado se negó a reconocer el hecho.

4. El recurrente no cumplió ninguno de esos lineamientos.

La Corte ha sido repetitiva y pacífica sobre el derecho de defensa y no halla,

ahora, motivo para variar ni para ahondar. Sin embargo, insiste:

4.1. La afirmación de que el derecho de defensa técnica se afectó porque el proceso se adelantó en Valledupar y no en Bogotá, no la justifica. Tampoco explica las razones por las cuales esa garantía sufre lesión cuando el expediente lo adelanta el juez competente –que lo era el de aquella ciudad donde se cometió la conducta-, dado que esto es lo que manda el artículo 29 constitucional dentro de los derechos fundamentales que recoge bajo el concepto del debido proceso.

4.2. El impugnante deriva la ausencia de gestión profesional, exclusivamente de la misma circunstancia: la sede del juicio que, según él, no permitió que el abogado estuviera al tanto de la actuación. Pero no expone las actividades concretas que se pudieron llevar a cabo y que fue imposible postular.

La doctrina de esta Corporación ha sido reiterativa, sin que exista confusión alguna sobre el particular, respecto de que la inactividad del apoderado durante algunos periodos de la investigación no se puede tener, por sí sola y de manera aislada, como abandono de la asesoría técnica, toda vez que, conforme a cada caso particular y concreto, ella puede ser producto de una táctica que al amparo de la omisión busca beneficios que pueden surgir del paso del tiempo o de la ausencia de actividad probatoria judicial.

No es suficiente, además, que de manera abstracta se anuncie una inactividad del anterior abogado. Se debe probar una concreta omisión y su incidencia en detrimento del acusado, pues que “la ausencia de actos positivos de gestión en el ejercicio de la defensa técnica, no necesariamente implica menosprecio de la función encomendada, puesto que el silencio, dentro de los límites de racionalidad, es también una forma de estrategia defensiva, no menos efectiva que una entusiasta postura controversial” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, febrero 25 de 1999, radicado 9.998, M. P.

Fernando Arboleda Ripoll, posición reiterada el 2 de febrero de 2002, radicado 10.983, M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

Por otra parte, el defensor calla que la vinculación de su acudido fue como persona ausente y se le designó para su asistencia a un profesional de la ciudad donde se cometió el comportamiento, lo que deja sin base el argumento de que no pudiera viajar para estar al tanto de la investigación.

4.3. La Sala también ha sido clara en relación con que la subjetiva valoración del nuevo apoderado sobre lo que ha debido hacer quien lo precedió, no estructura lesión alguna, pues sólo existe cuando se demuestra una específica agresión, lo que no sucede cuando el censor se limita a “decir según su criterio qué hubiera hecho, pues es lógico que cada profesional, frente a un caso concreto, diagnostique y establezca su propia estrategia defensiva, de manera que no coincidir en ello no significa que se haya infringido la garantía constitucional” (radicados 13.315 y 12.534, sentencias de abril 29 y 1° de septiembre de 1999).

En ese contexto, entonces, nada tiene que ampliar o rectificar la jurisprudencia de la Corte.

4.4. La alusión a que la práctica de algunas diligencias pudo permitir probar la enfermedad de la esposa e hija del sindicado, se refuta con las mismas frases del reclamante que aclara que el asunto se acreditó con otros medios y fue valorado por el Tribunal que rechazó la causal de justificación que se esgrimió con ese soporte. La oposición personal respecto del proceso estimativo judicial no estructura ninguna de las dos hipótesis por las que procede la casación facultativa, pues sólo pretende que la Sala se convierta en una tercera instancia para, así, reabrir un debate ya superado.

5. En una glosa final, el recurrente dice que no se ha profundizado “en materia del delito militar de Abandono de Servicio”, a efectos de “determinar los

alcances del servicio, las causas o no del abandono”.

El actor no menciona ni demuestra providencias antinómicas ni antagónicas sobre el particular, ni aspectos de derecho sustancial que hayan ocasionado aplicaciones confusas o encontradas de la norma. Parece que lo que anhela es que se trate el tema, en el errado entendido de que ello no se ha hecho. Se equivoca, por cuanto la Sala sí lo ha estudiado.

Así, por ejemplo, en sentencia del 23 de mayo de 2001 (radicado 12.878, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego), aclaró que “en relación con el concepto de servicio, tal como sin dificultad surge de la previsión contenida en el estatuto castrense, se tiene que es término referido a los específicos deberes que atañen a los miembros activos de la Fuerza Pública a quienes se asignan labores de dirección ... las faltas contra el servicio sólo son atribuibles al militar en servicio activo a quien a través de trámites formales previamente establecidos se le haya asignado una función, tarea o cargo específico ... que luego incumple”.

Como el apoderado no demostró ninguno de los dos presupuestos que abren la puerta a la casación discrecional, se negará el recurso.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

No conceder la casación discrecional solicitada por el defensor de Carlos Alberto Tapia Herrera.

Contra esta decisión procede el recurso de reposición.

Notifíquese y cúmplase.

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

NILSON E. PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria