

Proceso No 24590

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado Acta No. 49

Magistrado Ponente:

Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA

Bogotá, D. C., once de abril de dos mil siete.

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de Luis Fernando García Tique contra la sentencia dictada el 22 de junio de 2005 por el Tribunal Superior Militar, mediante la cual confirmó la emitida el 13 de octubre de 2004 por Juzgado de Primera Instancia de la Fuerza Naval del Pacífico, que condenó al procesado a la pena principal de 37 meses y 15 días de prisión como autor responsable de los delitos de peculado por extensión en la modalidad de apropiación y falsedad ideológica en documento público.

Hechos.

“En los meses de enero, febrero y marzo de 1998 el Suboficial Tercero Luis Fernando García Tique se desempeñó como mayordomo de la Cámara de Suboficiales de la Base Naval ARC ‘Leguízamo’ con sede en Puerto Leguízamo; en dicho cargo respondía por el suministro de alojamiento, bar, sala de televisión, sala de juegos y descanso. Al momento de realizar las cuentas del cierre, con ocasión de la entrega de dicho cargo, se presentó un faltante en el saldo de cuentas por cobrar por un valor de \$9’283.486.93, el que

fue cubierto por cuentas ficticias en los libros de balance de la CAMASUB (Cámara de Suboficiales)”1.

Actuación procesal relevante.

1. La justicia penal militar abrió investigación por estos hechos, escuchó en indagatoria al suboficial Luis Fernando García Tique, resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento, y el 23 de julio de 2003 calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en su contra por los delitos de peculado por extensión en la modalidad de apropiación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 189 y 197 del Decreto 2550 de 1988, 183 y 195 de la ley 522 de 1999 y 397 de la ley 599 de 2000, y falsedad ideológica en documento público, de conformidad con lo previsto en los artículos 243 del Decreto 2550 de 1988 y 286 de la ley 599 de 20002.

2. El 13 de octubre de 2004, el Juzgado de Primera Instancia de la Fuerza Naval del Pacífico y de la Fuerza Naval del Sur, condenó al procesado a la pena principal de 37 meses y 15 días de prisión, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, y la accesoria de separación absoluta de las fuerzas militares, como autor responsable de los delitos imputados en el pliego de cargos3.

3. Esta sentencia fue apelada por el defensor del procesado y confirmada por el Tribunal Superior Militar el 22 de junio de 20054. Inconforme con esta decisión, la defensa interpuso y sustentó oportunamente recurso extraordinario de casación.

La demanda.

Tres cargos, uno principal y dos subsidiarios, todos al amparo de la causal de nulidad, presenta el actor contra la sentencia impugnada.

Cargo primero.

Violación del derecho de defensa.

Sostiene que la sentencia es nula debido a un error insubsanable en la vinculación del imputado al proceso mediante indagatoria, toda vez que en este acto procesal el instructor omitió hacerle las advertencias previas establecidas en el artículo 495 del Código Penal Militar actual, en especial, la relacionada con el derecho a no declarar contra sí mismo.

Esto, de cara al mandato contenido en el artículo 443.3 ibídem, donde se señala como requisito esencial de la confesión que la persona haya sido informada del derecho a no declarar contra sí misma, regulación que tiene como marco de referencia el mandato contenido en el artículo 33 de la Constitución Nacional, por lo que ha de tenersele como un derecho de carácter fundamental y no un simple formalismo.

Explica que la indagatoria del procesado fue recibida por un funcionario comisionado, al que le fue enviado un interrogatorio de 32 preguntas, sin incluir en el mismo las advertencias del artículo 495, y sin que el funcionario que realizó la diligencia supliera este vacío, puesto que simplemente se limitó a evacuar el cuestionario elaborado por el funcionario comitente.

Verdad es que en la formulación de la pregunta 20, la abogada del indagado se opuso a su contenido por ser “incriminatorio”, pero esto no significa que el comisionado haya subsanado la irregularidad, porque el interrogatorio continuó sin advertencia alguna de su parte, y porque la objeción de la defensa solo comprendió una pregunta, “y ello en manera alguna releva el deber jurídico que le asistía al servidor público comisionado en Bahía Solano”.

Además, el artículo 495 es claro al señalar que las advertencias deben necesariamente hacerse antes del interrogatorio, de donde se sigue que los argumentos expuestos por el Tribunal para descalificar la solicitud que en igual sentido hiciera el Ministerio Público en el curso del proceso, son inadecuados, porque la mejor manera de proteger los derechos

fundamentales es observando los procedimientos consagrados en la ley.

Esta irregularidad “se matiza” porque de las 32 preguntas del interrogatorio ninguna hace referencia al cargo de peculado por apropiación, girando todas alrededor de un mal manejo administrativo al interior de la Cámara de Suboficiales. Además, en el curso de la diligencia el comisionado dejó constancia que la pregunta número 6 quedó incompleta y el imputado aclaró en relación con la número 7 que no era el Secretario, y respecto de la 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 que estaban mal dirigidas o mal formuladas, de lo cual también dejó constancia el Juez.

En síntesis, el procesado no respondió las preguntas en su integridad o las contestó a medias, quedando el interrogatorio trunco. Entonces, si el Tribunal reconoció que no se cumplió el principio de inmediación ¿Cuál la razón para no haberse decretado la nulidad, si además, y según lo ha advertido la Corte Suprema, el interrogatorio que debe desarrollarse no depende de fórmulas abstractas, sino, entre otras cosas, de la postura que asuma el indagado en la diligencia?.

Lo expresado significa que el procesado no fue vinculado legalmente a la actuación (artículo 293 del Código Penal Militar), pues en la indagatoria, como se ha dejado acreditado, no se cumplieron los requisitos esenciales requeridos como presupuesto necesario para resolver la situación jurídica, exigencias que no son meras formalidades, sino que protegen derechos fundamentales de las personas como los de libertad, buen nombre y presunción de inocencia.

El Tribunal Militar expresó adicionalmente, para reafirmar la improcedencia de la nulidad, que en la ampliación de indagatoria, realizada también por comisionado, el procesado fue enterado del contenido del artículo 495 del Código Penal Militar. Empero, olvidó que esta ampliación fue realizada el 22 de agosto de 2002 (fls.583), cuando ya la situación jurídica había sido definida, lo cual lleva a concluir que no fue analizada ni

valorada en esta oportunidad.

Lo más grave del asunto, es que el Tribunal Militar excedió su competencia funcional (artículo 583 ibídem), al agravar la situación jurídica del implicado, porque no obstante que en la indagatoria irregular no se le imputó fáctica ni jurídicamente el cargo, y que se trataba de apelante único, modificó la calificación jurídica provisional del a quo (artículo 523 ibídem), de peculado culposo a peculado por apropiación, al afirmar que no solo se descuidó y dejó de escamotear en favor de terceros, sino que en su contra obraba indicio grave de que pudo apropiarse de tales bienes.

La situación que viene de plantearse constituye una irregularidad insubsanable que afecta el derecho de defensa y determina la nulidad de la actuación a partir inclusive de la diligencia de “indagatoria” de 5 de noviembre de 1999 (fls.376), con el fin de que se rehaga el procedimiento con arreglo a las previsiones legales y constitucionales advertidas por el Ministerio Público y la defensa técnica.

Cargo segundo (subsidiario).

Violación del derecho de defensa.

Afirma que el proceso es nulo porque la Fiscalía le impidió al implicado acceder a la segunda instancia, al declarar que el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación fue presentado en forma extemporánea, no siendo ello cierto, con violación manifiesta del derecho de defensa.

Explica que la fiscalía calificó el mérito del sumario el 23 de julio de 2003 con resolución de acusación por los delitos de peculado por apropiación por extensión y falsedad ideológica en documento público, decisión que ordenó notificar por secretaría a

los sujetos procesales, y mediante despacho comisorio al procesado.

El 25 de julio fueron notificados personalmente el Fiscal Penal Militar, la parte civil y el Ministerio Público. El 31 del mismo mes se llevó a cabo la notificación de la defensa técnica, quien presentó la sustentación del recurso de apelación el 13 de agosto siguiente. El procesado fue enterado el 1° de agosto, fecha en la cual manifestó que apelaba. Mediante providencia de 15 de agosto se adujo sin embargo que el recurso había sido presentado en forma extemporánea.

Reproduce doctrina de la Corte sobre el deber de control de los términos por parte de los sujetos procesales y la forma como opera su contabilización cuando la notificación se realiza a través de funcionario comisionado, para sostener que el caso concreto amerita un análisis diferente, dada la forma particular como se efectuó la notificación de la acusación a las partes y particularmente al procesado.

A la luz de lo dispuesto en el artículo 555 del Código Penal Militar, y teniendo en cuenta que el sindicado residía y se encontraba en servicio activo fuera de Bogotá, la secretaría debió citarlo el día siguiente por el “medio más eficaz” y esperar ocho días para que concurriera a Bogotá a notificarse personalmente. Si no lo hacía, debía efectuarse notificación supletoria por edicto, el cual debe permanecer fijado 5 días, acorde con lo dispuesto en los artículos 341 y 343 ibídem. Por tanto, y de conformidad con el artículo 354, la sustentación del recurso no fue extemporánea.

Pero como este procedimiento no fue el agotado en el caso analizado, ya que el Fiscal dispuso la notificación de la providencia al procesado por comisionado, “debe tenerse en cuenta por lo menos el principio de lealtad, artículos 210 y 218 del Código Penal Militar, y en ese caso se tornan relevantes las actuaciones realizadas tanto en el despacho que comisiona como en el que recibe la comisión”, siendo claro que la comisión se remitió a la ciudad de Buenaventura el 24 de julio de 2003 y que el procesado se notificó

personalmente el 1° de agosto, momento en el que manifestó que apelaba. Pero esto solo vino a saberse en el proceso el 4 de agosto, cuando se recibió un radiograma con esta información.

En estas circunstancias, ¿qué actitud, estrategia o táctica procesal debía asumir la defensa técnica? ¿Acaso no debía esperar el resultado del comisorio cuando se devolviera e ingresara al proceso junto con el cual era probable que viniera el memorial de apelación del implicado? Probablemente por eso solo presentó el recurso el 13 de agosto. Pero lo paradójico y curioso es que el comisorio fue remitido de vuelta el 8 de agosto con la anotación de que “el procesado al notificarse escribió que apelaba, pero transcurrido el término de ley para la sustentación del recurso no presentó ningún escrito”, siendo recibido el 15 de agosto (dos días después de la presentación de la apelación), con lo cual nítidamente se concluye que el disenso no fue extemporáneo.

En suma, se impone decretar la nulidad de la actuación a partir inclusive del auto de 15 de agosto de 2003 (fls.980), mediante el cual se declaró extemporáneo el recurso de apelación, para que la Fiscalía Penal Militar ante el Tribunal proceda a resolverlo.

Cargo tercero (subsidiario).

Violación del derecho de defensa.

Afirma que la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior Militar es nula por no haber dado respuesta a las alegaciones presentadas por la defensa al sustentar el recurso de apelación, lo cual se traduce paralelamente en violación del deber de motivación.

Explica que la apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia comprendió tres aspectos torales, así: (i) que no era factible estructurar el concurso heterogéneo entre peculado y falsedad, (ii) que en el proceso no se hallaba demostrado el dolo en

relación con el delito de peculado, y (iii) que tampoco era posible deducir certeza respecto de la falsedad ideológica, “sobre todo cuando los mismos documentos en sí mismos considerados no connotan la característica primordial de prueba”.

Transcribe los apartes pertinentes de estas alegaciones y luego se refiere al contenido de las argumentaciones expuestas por el Tribunal Militar en la sentencia, para mostrar, a partir de esta confrontación, que el ad quem ni siquiera hizo remembranza de los tres temas propuestos por la defensa técnica, omitiendo, de esta forma, el deber jurídico de motivar la decisión, ya sea compartiendo los argumentos del impugnante, aceptándolos parcialmente, o rechazándolos en su integridad.

Pide, por tanto, devolver el proceso al Tribunal para que se pronuncie dando respuesta en debida forma a los argumentos que sustentan la apelación interpuesta por la defensa técnica contra la sentencia de primera instancia.

Concepto del Ministerio Público.

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal es del criterio que ninguno de los cargos propuestos contra la sentencia tiene vocación de prosperidad, razón por la cual solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada. Los argumentos que sirven de sustento a sus conclusiones, son, en síntesis, los siguientes:

Cargo primero: Sostiene que la irregularidad denunciada en este cargo, relacionada con la omisión del deber de advertir al indagado del derecho a no declarar contra sí mismo, no tiene la virtud de invalidar su vinculación, porque si bien es cierto la omisión existió, en el curso de la diligencia se tuvo en cuenta dicha exhortación.

El solo examen del acta respectiva permite ver que el juez dejó en completa libertad al indagado para que declarara, sin apremio del juramento, y no obstante haberse proclamado ajeno a los hechos, se negó a contestar algunas preguntas y la defensora

también se opuso a que diera respuesta a una de ellas por estimarla incriminatoria, con lo que se pone de presente el cumplimiento del contenido normativo olvidado.

El ataque por la inobservancia de la referida formalidad, no constituye más que una muestra de un exagerado rigorismo del recurrente, quien omite señalar que en la diligencia de ampliación de indagatoria el funcionario judicial le comunicó al indagado el contenido de la norma, “en donde se convalidó la supuesta omisión, dando lugar a la salvaguarda de sus derechos durante la diligencia”. Y concluye:

“El contenido de la indagatoria y particularmente el interrogatorio a que fue sometido Luis Fernando García Tique permitieron conocer la información necesaria para llegar a la verdad material; se le pudo comunicar al indagado las razones por las cuales fue citado a declarar personalmente, así como también se pudieron conocer las explicaciones relativas a su defensa ya que el mismo suministró informaciones respecto de los hechos que se investigan, de manera que la simple inobservancia de la formalidad por parte del funcionario de instrucción no afecta la validez de la diligencia y menos la relación procesal a que accede”.

Cargo segundo: Argumenta que la declaración de extemporaneidad del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación no es un acto con trascendencia negativa para el derecho fundamental de defensa, que pueda generar nulidad de lo actuado, porque la decisión consulta las condiciones y términos relacionados con los parámetros temporales que rigen la interposición y sustentación del recurso de apelación en el proceso penal militar.

Explica que el 24 de julio de 2003 el funcionario libró despacho comisorio al Juzgado de Instrucción Penal Militar de Buenaventura para la notificación personal al procesado de la resolución de acusación, noticiándose dicho acto el viernes primero de agosto de ese año, fecha a partir de la cual empezaba a correr el término para la ejecutoria de la

providencia, la cual debía producirse tres días después (miércoles 6 de agosto de 2003).

La decisión del Fiscal Penal Militar se funda entonces en la inobservancia de los términos legales por parte del defensor para presentar la sustentación del recurso, pues solo el trece (13) de agosto se recibió en el despacho el escrito en donde expresaba las razones de su disenso, lo cual trajo como consecuencia la caducidad del derecho de impugnación.

Cargo tercero: En relación con el desconocimiento por parte del Tribunal del escrito de sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, tampoco se advierte irregularidad alguna, pues aunque el ad quem no se haya referido en concreto a las pretensiones del recurrente, “no hubo absoluto mutismo en la sentencia”, que pudiera generar quebranto al derecho de defensa.

Explica que en la presentación del cargo el censor reitera, en lo esencial, los alegatos expuestos en el escrito de sustentación del recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, “insistiendo una vez más en imponer su criterio frente a lo considerado por el sentenciador y perdiendo de vista que esta simple discrepancia lejos está de configurar un desacierto acusable en casación”.

En otra parte, el censor denuncia la vulneración del derecho de defensa desde la perspectiva de la falta de motivación, pero también aquí su propuesta se ofrece incompleta e insuficiente, por cuanto elude el deber de demostrar la trascendencia del vicio, es decir acreditar que la omisión en la presentación de los soportes fáctico y jurídico de la sentencia dio origen a la violación de la garantía fundamental.

Además, el fallador contestó de manera conjunta los temas materia de inconformidad, avalando las consideraciones relacionadas con los aspectos fácticos, jurídicos y probatorios del fallo de primer grado, donde los argumentos fundamentales del disenso fueron tomados en consideración y merecieron una respuesta, tal cual se deduce de su

contenido, algunos de los cuales fueron complementados con otras apreciaciones del fallo de segundo grado.

En síntesis, la decisión tomada por el Juez de primera instancia y respaldada por el Tribunal Superior Militar, contiene una réplica a las tesis presentadas por la defensa, no evidenciándose, en consecuencia, falta de respuesta a sus planteamientos y peticiones.

SE CONSIDERA:

Cargo primero.

Violación del derecho de defensa por inobservancia del deber de informar al indagado sobre las previsiones contenidas en el artículo 495 del actual Código de Justicia Penal Militar, específicamente del derecho a no declarar contra sí mismo.

1. El precepto que sirve de sustento a la reclamación del casacionista, ordena advertir al indagado, antes de la iniciación del interrogatorio, que la declaración que va a rendir es sin juramento, que es voluntaria y libre de todo apremio, que no está en la obligación de declarar contra sí mismo ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, primero civil o segundo de afinidad, ni contra su cónyuge o compañero o compañera permanente, y que tiene derecho a nombrar un defensor que lo asista en el proceso.

Esta norma es de contenido literalmente igual al del artículo 594 del Decreto 2550 de 1988, estatuto que se hallaba vigente cuando ocurrieron los hechos y se produjo el acto de vinculación del imputado al proceso mediante declaración de indagatoria<sup>5</sup>. Ambos preceptos son a su vez desarrollo del artículo 33 de la Constitución Nacional, que recoge, en el carácter de principio constitucional, el llamado por la doctrina y la

jurisprudencia derecho de no autoincriminación, de acuerdo con el cual nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra sus parientes cercanos, ni a confesarse culpable del hecho que se le imputa.

La previsión que contienen las normas procesales en cuestión (artículos 594 del Decreto 2550 de 1988 y 495 de la ley 522 de 1999), de advertir previamente al indagado sobre el contenido de este derecho, busca asegurar que al momento de rendir su indagatoria tenga conciencia de que es titular de esta garantía, y que si decide confesar el hecho o declarar contra las personas que la norma protege, es porque desea hacerlo voluntariamente. En suma, se trata de evitar que la declaración inculpativa pueda presentarse por desconocimiento del derecho, o porque el implicado entienda o pueda entender equivocadamente que tiene un compromiso indisoluble con la verdad.

2. En el caso analizado, es verdad que el funcionario comisionado para recibir la indagatoria (102 de Instrucción Penal Militar de Buenaventura) no le hizo saber a Luis Fernando García Tique del derecho que le asistía a no declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable, y que en el acta correspondiente solo se registró constancia de que se le dejaba en libertad y sin la gravedad del juramento<sup>6</sup>. Pero esta omisión, de suyo, aunque constituye una informalidad censurable, no se erige en motivo eficiente para afectar de nulidad la diligencia, ni por reflejo el resto de la actuación procesal, dado el carácter material de la regulación que la legislación procesal contiene de las nulidades.

3. Los artículos 310 del Código de Procedimiento Penal ordinario (ley 600 de 2000) y el 392 del Código Penal Militar vigente (ley 522 de 1999), consagran como principio orientador de las nulidades el de trascendencia, de acuerdo con el cual, para que una informalidad pueda llegar a tener efectos invalidantes es necesario demostrar no solo que se desconoció un específico rito o una determinada liturgia, sino que la formalidad omitida o indebidamente efectuada afectó la garantía del sujeto

procesal que la alega, o las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento.

4. El contenido del acta de indagatoria permite advertir que el imputado en esta diligencia no aceptó ninguno de los hechos por los cuales estaba siendo interrogado: ni la apropiación de dineros (peculado por extensión), ni la inclusión de información ficticia en los asientos contables (falsedad en documentos). Y que tampoco hizo cargos o afirmaciones que comprometieran penalmente, en forma directa o indirecta, a sus parientes cercanos, su cónyuge o compañera permanente.

Esta sola circunstancia, mirada frente a la finalidad que la norma persigue, pone al descubierto la intrascendencia de la irregularidad que se denuncia, porque si lo que pretende garantizarse a través del precepto es que el indagado no se confiese culpable o no haga incriminaciones a las personas allí relacionadas, sin tener conciencia de que tiene derecho a no hacerlo, ninguna afectación cabría predicarse de esta garantía, porque la omisión no condujo a que Luis Fernando García Tique se declara culpable, o que hiciera imputaciones a personas cobijadas por el ámbito de protección de la norma.

5. Aparte de esto, el procesado en el curso de la diligencia fue advertido por su abogada del derecho que tenía a no autoincriminarse, según se establece de la constancia dejada por el funcionario comisionado sobre la objeción presentada por la profesional a la pregunta número veinte, y las razones que adujo para oponerse a ella. La constancia, dice textualmente:

“En este estado de la diligencia la apoderada de la defensa doctora LAURA EVELIN SARRIA MUÑOZ solicita la palabra y manifiesta que me opongo a que mi defendido conteste la anterior pregunta en razón a que su contenido es incriminatorio, violándose el debido proceso, ya que la ley preceptúa que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, es todo”.

6. Dentro de la misma censura, el casacionista hace tres afirmaciones adicionales: (i) que

en la indagatoria el procesado no fue interrogado por el delito de peculado por apropiación, (ii) que todas las preguntas giraron alrededor de un mal manejo administrativo al interior de la Cámara de Suboficiales, y (iii) que parte del interrogatorio se hallaba mal dirigido o indebidamente formulado.

Los comentarios relacionados con la existencia de errores en la formulación de algunas preguntas, son ciertas, puesto que el funcionario comitente, al insertarlas en el despacho comisorio, incluyó equivocadamente preguntas que debía absolver el Suboficial Luis González Tamayo, quien ostentaba para la época de los hechos la condición de Secretario de la Cámara de Suboficiales, y quien debía también absolver un interrogatorio por comisionado.

Pero esa equivocación no tiene la entidad ni las implicaciones invalidantes que el actor le atribuye. Uno, porque el interrogatorio realizado incluía de todas formas preguntas que hacían alusión clara a los dos aspectos centrales de la imputación (desfase y falsedad de los asientos contables). Dos, porque esta diligencia fue después ampliada por el instructor, con el fin de interrogar más a fondo al procesado sobre los hechos, llenándose, de esta manera, cualquier vacío que hubiera podido presentarse.

7. Sostiene también el casacionista que el Tribunal Militar excedió su competencia funcional al resolver la apelación interpuesta contra la resolución que definió la situación jurídica, porque siendo el procesado apelante único, modificó la decisión impugnada para imputarle peculado por apropiación, en lugar de peculado culposo, como había sido decidido por el funcionario de primera instancia.

Tal alegación resulta en este momento impertinente, también por dos razones. Una, porque la corrección material de la decisión que define la situación jurídica no es objeto del recurso de casación. Dos porque el contenido fáctico y jurídico de dicho acto procesal no delimita el objeto del proceso, ni condiciona el contenido de la resolución de acusación o

la sentencia.

Se desestima la censura.

Cargo       segundo.

Violación del derecho de defensa por desconocimiento de la prerrogativa de impugnación, específicamente por habersele negado al procesado el acceso a la apelación de la resolución de acusación.

1. El artículo 362 del Código de Justicia Penal Militar, vigente para la época en que se dictó la resolución de acusación, dispone que las apelaciones contra los autos interlocutorios deben interponerse de palabra en el momento de la notificación o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes. Y el 363 ejusdem ordena que la sustentación se presente antes del vencimiento del término de ejecutoria de la providencia impugnada.

2. La resolución de acusación, en el caso analizado, fue dictada el 23 de julio de 2003. En la misma providencia se comisionó al Juzgado 102 de Instrucción de Instrucción Penal Militar con sede en Buenaventura para la notificación personal del procesado y se dispuso que por secretaría se cumplieran las notificaciones al apoderado de la parte civil, el defensor y el representante del Ministerio Público<sup>7</sup>.

El 25 de julio fueron notificados personalmente la apoderada de la parte civil y el representante del Ministerio Público. El 31 de julio fue notificado personalmente el defensor y el 1º de agosto el funcionario comisionado notificó al procesado, quedando todas las partes enteradas en forma personal<sup>8</sup>. El apoderado de la parte civil y el Ministerio Público guardaron silencio en el acto de la notificación, mientras que el defensor y el sindicado exteriorizaron su voluntad de apelar. El escrito de sustentación del recurso fue presentado el 13 de agosto del mismo año y el despacho comisorio

librado para la notificación personal del procesado se recibió de regreso el 15 de agosto, debidamente diligenciado 9.

3. Mediante auto de 15 de agosto, el Fiscal Militar que conocía del caso negó la concesión del recurso por haber sido sustentado en forma extemporánea. Argumentó que la última notificación realizada fue la del procesado, que se efectuó el viernes 1° de agosto de 2003 (fls.979/4), y que a partir de ese momento corría el término de tres días para la sustentación el recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 363 del Código de Justicia Penal Militar, los que se vencieron el miércoles 6 de agosto, sin que la defensa sustentara la impugnación<sup>10</sup>.

Esta decisión, en criterio del casacionista, es equivocada, pues sostiene que los términos de ejecutoria solo podían contabilizarse a partir del día siguiente de la fecha en la cual el despacho comisorio fue recibido por el funcionario comitente debidamente diligenciado, es decir, a partir del 16 de agosto de 2003 (el despacho comisorio fue recibido el día 15), y que en tales condiciones el escrito de sustentación presentado el 13 de agosto se hallaba dentro de los términos legalmente establecidos para la sustentación del recurso.

4. En torno a la temática que el caso plantea, es doctrina reiterada de la Corte que cuando la notificación personal del procesado se cumple por comisionado, deben distinguirse dos casos para efectos de la contabilización de los términos de ejecutoria: uno, cuando todos los sujetos se han notificado personalmente del fallo, situación en la cual la ejecutoria se contará a partir del día siguiente del recibo del despacho comisorio diligenciado. Dos, cuando faltan sujetos procesales para notificar, evento en el cual debe fijarse el edicto el día siguiente del recibo de la comisión, reiterando el criterio que las notificaciones supletorias (por estado y por edicto) deben realizarse con posterioridad a la última notificación personal<sup>11</sup>.

5. El caso analizado se enmarca dentro de la primera hipótesis, por cuanto todos los sujetos procesales fueron notificados de la decisión en forma personal, algunos directamente y el procesado por comisionado. Esta concreta situación, ha llevado al casacionista a sostener que los términos de ejecutoria de la acusación debieron empezar a contabilizarse el 16 de agosto de 2003, y que el escrito de sustentación del recurso presentado el 13 del mismo mes fue arribado en tiempo, siendo la decisión que negó el recurso por tanto ilegal. Pero la doctrina de la Corte no puede ser entendida en los términos llanos y rigurosamente literales en que el impugnante la presenta.

6. La tesis de que las notificaciones supletorias y la contabilización de los términos de ejecutoria solo pueden tener cumplimiento después de haber sido recibido el despacho comisorio debidamente diligenciado, que la corporación acoge, encuentra fundamento racional en la consideración de que solo el conocimiento cierto de que las notificaciones por comisionado se realizaron, permite a las partes tener claridad sobre los límites temporales de la impugnación y habilitaba al funcionario judicial para continuar con el trámite de la notificación:

“...para establecer el lapso de ejecutoria no podía partirse del día siguiente a cuando se produjo la notificación personal de los sujetos procesales, pues para aquel momento el Secretario del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villavicencio no tenía conocimiento del cabal cumplimiento de lo ordenado en el despacho comisorio”<sup>12</sup>.

“En tal sentido la Sala, se pronunció de tiempo atrás en fallo de tutela sobre la forma como debían surtirse las notificaciones cuando la notificación personal del procesado privado de la libertad debía surtirse mediante despacho comisorio, al indicar que solo el conocimiento cierto de que ésta se había producido permitía la fijación del edicto, previsto como medio supletorio de notificación, por así disponerlo la ley”<sup>13</sup>.

7. Lo que la Sala establece como condición para la prosecución del trámite de

notificación cuando uno de los sujetos procesales debe serlo por comisionado, no es, por tanto, que el despacho comisorio haya sido devuelto, sino que se tenga conocimiento cierto de que la notificación se realizó, condición que puede cumplirse no solo a través del recibimiento y confrontación física del despacho debidamente diligenciado, como lo entiende la defensa, sino de otras formas de comunicación válidas, como un telegrama, un correo, o un facsímil.

8. En el caso estudiado, el despacho comisorio debidamente diligenciado fue recibido por el funcionario comitente el 15 de agosto de 2003, pero antes de ello, el 4 de agosto del mismo mes, se recibió un radiograma del Juez comisionado, informando que el día primero de agosto había notificado personalmente el contenido de la resolución de acusación al procesado, y en la misma fecha, la Secretaria de la Fiscalía dejó una constancia expresa en tal sentido, del siguiente tenor, que quedó a disposición de todos los sujetos procesales:

“MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. JUSTICIA PENAL MILITAR. FISCALIA PENAL MILITAR ANTE JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA FUERZA NAVAL DEL PACIFICO Y FUERZA NAVAL DEL SUR. SECRETARIA. Bogotá, cuatro (4) de agosto de dos mil tres (2003). CONSTANCIA SECRETARIAL. En Bogotá, a los cuatro (4) días del mes de agosto de dos mil tres (2003), dejo constancia que se recibió el radiograma Número 01113OR-J1021PM-AGO/03, informando que el día 01 de agosto/03 se notificó al sindicado S2 Luis Fernando García Tique del contenido de la resolución de acusación, fechada 23 de julio/03, así mismo informa que el mencionado suboficial apelará”. FDO. SJM FLOR ALBA MURCIA SILVA. Secretaria”<sup>14</sup>.

9. Contados los tres días de ejecutoria desde el día siguiente de la fecha en la cual se recibió la referida comunicación, se concluye que se cumplieron el viernes ocho (8) de agosto, cuando todavía no había sido presentado el escrito de sustentación del recurso, pues éste, como se recuerda, fue recibido el 13 siguiente. De allí que ningún reparo

quepa hacerle a la decisión del Fiscal Penal Militar de negar el recurso por falta de sustentación, pues la defensa, como quedó visto, dejó transcurrir los términos legalmente establecidos para sustentar la apelación propuesta sin hacerlo, y esto, como lo destaca la Procuradora Delegada en su concepto, determina la caducidad del derecho.

Se desestima la censura.

Cargo      tercero.

Violación del derecho de defensa por inobservancia del deber de respuesta a los alegatos de las partes.

1. Sostiene el casacionista que los argumentos presentados por la defensa al sustentar el recurso de apelación contra el fallo de primer grado, a saber, (i) que no era factible estructurar el concurso entre el peculado y la falsedad, (ii) que no se hallaba demostrado el dolo en el delito de peculado, y (iii) que no existía certeza sobre la tipicidad del delito de falsedad, no fueron abordados por el Tribunal, ni le merecieron la menor remembranza.
2. Confrontado el contenido de la sentencia del Tribunal Militar se establece que la presentación que el casacionista hace de la situación fáctica procesal que sirve de sustrato a este cargo, no es objetiva, porque la providencia sí relaciona los contenidos de la alegación del apelante, y los estudia, solo que no lo hace dentro de los parámetros de profundidad y extensión que éste reclama, ni los resuelve en la forma como lo pretende, razones, estas últimas, que vienen a ser las han dado origen a su inconformidad.
3. El capítulo titulado sustentación del recurso, contiene el siguiente resumen de las alegaciones de la apelación: “El libelista sostuvo que el punible de peculado por extensión en la modalidad de apropiación, no puede configurar un concurso heterogéneo con el de falsedad ideológica, pues la conducta del encartado, entendida bajo la idea que

pretendía apropiarse de los dineros públicos, la conducta tipificada como la falsedad es un medio indispensable para la apropiación, se debió condenar solo por el punible de peculado por apropiación; de igual modo no existe la certeza que se apropió de dichos dineros, pues la auditoría realizada probó fue un manejo inadecuado de la cámara, es decir que no está probado que su defendido sacó dichos dineros, pues no fue esa su intención, por lo que no hay dolo en su actuar, como tampoco existe prueba que las consignaciones hechas falsas en los documentos que expidiera fueran hechas por él, solicitando un fallo absolutorio para su prohijado y en subsidio solicitó tener en cuenta el principio de la no reformatio in pejus y se tenga en cuenta para él los beneficios de los subrogados penales”<sup>15</sup>.

4. Esta reseña, como puede verse, compendia los tres aspectos que el libelista afirma ignorados. Y de la confrontación de la parte motiva del fallo se establece que en ella el Tribunal toma en consideración dichas alegaciones, y las responde, pues inicialmente hace un estudio del delito de peculado por extensión en la modalidad de apropiación, para concluir en la afirmación de su estructuración, y seguidamente, de la falsedad, para arribar a igual conclusión, examen que, aunque escueto, constituye, a no dudarlo, una respuesta a las alegaciones del apelante.

Verdad es que el Tribunal Militar nada dice sobre la estructuración del concurso, pero la respuesta a este planteamiento ha de entenderse implícita en la decisión, porque del estudio separado que el Tribunal hizo de las dos ilicitudes (peculado y falsedad), y de la conclusión a la que llegó en el sentido de que ambas se hallaban debidamente establecidas en el proceso, se entiende que acoge la tesis del concurso, y no del delito único que la defensa planteaba.

Lo anotado descarta igualmente la existencia de un vicio por defectos de motivación, pues el Tribunal, como viene de verse, dio respuesta a las alegaciones de la defensa, y no se advierten vacíos sustanciales o desarrollos argumentativos incoherentes, anfibológicos

o contradictorios, que impidan conocer los fundamentos básicos de la decisión.

El cargo no prospera.

Cuestión final.

Estima la Sala oportuno precisar que el peculado por extensión en la modalidad de apropiación, descrito en el artículo 197 del Decreto 2550 de 1988, que se le imputó al procesado, mantuvo su configuración típica en el nuevo Código de Justicia Penal Militar, específicamente en su artículo 183 (ley 522 de 1999), y por tanto, que los fallos acertaron al mantener la denominación jurídica del delito y al aplicar las penas correspondientes al mismo.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, oído el concepto de la Procuradora Tercera Delegada, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

ALFREDO GOMEZ QUINTERO

Aclaración de voto

SIGIFREDO

ESPINOSA PEREZ

ALVARO ORLANDO P. PINZON

Permiso

MARINA PULIDO DE BARON JORGE L.  
QUINTERO MILANES

YESID RAMIREZ BASTIDAS JULIO E.  
SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA JAVIER ZAPATA ORTIZ

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria

1 Se toman del concepto emitido por la Procuradora Tercera Delegada en lo Penal.

2 Folios 934-949 del cuaderno 4.

3 Folios 1229-1247 del cuaderno original No. 5.

4 Folios 1294-1305 ibídem.

5 La indagatoria se llevó a cabo el 5 de noviembre de 1999 (fls.3474 a 379 del cuaderno original número 2).

6 Folios 376 del cuaderno original 2.

7 Folios 934-949 del cuaderno original 4.

8 Folios 952, 953, 957 y 979 ibídem.

9 Folios 964 y 965-973, 975 ibídem.

10 Folios 980 ibídem.

11 Tutelas 13407 de 22 de abril de 2003, 14557 de septiembre 17 de 2003, 24589 de 28 de febrero de 2006 y Casación 22705 de 6 de abril de 2006, entre otras.

12 Tutela 14992 de 29 de octubre de 2003.

13 Tutela de primera instancia 24589, 28 de febrero de 2006.

14 Folios 958 y 959 del cuaderno original 4.

15 Páginas 7 y 8 del fallo.