

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

AP6540 – 2016

Radicación 48713

(Aprobado Acta No. 305)

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

VISTOS:

Decide la Sala si admite o no la demanda de casación presentada por el defensor del procesado VÍCTOR JULIÁN MARRIAGA PÉREZ.

HECHOS:

El soldado regular VÍCTOR JULIÁN MARRIAGA PÉREZ, adscrito a la segunda sección del segundo pelotón de la “Compañía Delta” del Batallón de Ingenieros No 15, General Julio Londoño, el 6 de marzo de 2014 abandonó el sitio donde prestaba su servicio militar, base de patrulla móvil ubicada en el sector conocido como “Peñas del Olvido”, jurisdicción del municipio de Tadó (Chocó), sin que con posterioridad hubiese hecho presentación a la unidad militar a la que pertenecía.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Iniciada la instrucción penal respectiva, se vinculó mediante declaratoria de persona ausente a MARRIAGA PÉREZ y luego se le resolvió la situación jurídica.
2. Clausurada la instrucción, mediante decisión del 12 de noviembre de 2015 la Fiscalía Once Penal Militar lo acusó por el delito de desertión.
3. Tramitado el juicio, el Juzgado Octavo Militar de Brigada, mediante sentencia del 28 de enero de 2016, lo condenó a 8 meses de prisión. Allí mismo, le negó la condena de ejecución condicional.
4. La defensa apeló ese pronunciamiento y el Tribunal Superior Militar, a través del fallo impugnado en casación, proferido el 28 de abril siguiente, le impartió confirmación.

LA DEMANDA:

Cargo único. Violación del derecho a la defensa material.

Según el demandante, al procesado se le vinculó irregularmente a la actuación, pues se le declaró persona ausente sin agotarse las gestiones necesarias para su localización.

Es así como para enterarlo acerca de la apertura de la investigación penal, se dispuso el 7 de mayo de 2014 librar oficio a través de la oficina de correos, expresándose como dirección “Los coquitos” de Apartadó, Antioquia, sin que aparezca constancia de que esa comunicación se haya enviado efectivamente. Y con igual destino se ordenó expedir oficio a los padres del procesado para escucharlos en declaración y si bien la misiva esta vez sí fue enviada, se devolvió por la causal “dirección errada”. Para el censor, esas comunicaciones resultaron espurias, porque ninguna empresa de correo hace entrega de correspondencia en zonas rurales donde “las direcciones y ubicaciones de posibles destinatarios son extremadamente difíciles de

precisar”.

De igual manera, a solicitud del instructor, la emisora Colombia Estéreo, con sede en Quibdó, Chocó, perteneciente al Ejército Nacional, emitió 4 veces al día durante 4 días mensajes radiales para solicitar la comparecencia de MARRIAGA PÉREZ al juzgado. En la medida en que no se indicó la cobertura de dicha emisora, es cuestionable la eficacia de esos avisos, máxime cuando el arraigo del militar procesado lo eran los municipios de Turbo y Apartadó, ambos de Antioquia, ubicados a 300 kilómetros en línea recta de Quibdó.

Así mismo, por orden del juez instructor, un patrullero de la SIJÍN requirió a las empresas de telefonía celular Claro, Movistar y Tigo, al SENA, al SISBEN y al FOSYGA, con el fin de obtener datos personales del acusado, con resultados negativos e ineficaces, porque la búsqueda no se orientó a su lugar de arraigo, es decir, a la región del Urabá.

También, con fundamento en posterior información allegada al proceso, en el sentido de que VÍCTOR JULIÁN MARRIAGA residía en la vereda “Los coquitos”, no de Apartadó sino de Turbo, el instructor envió oficios tanto a éste como a sus padres en dos oportunidades, pero en ambas la oficina de correos los devolvió por la causal “no reclamado”. “Se pregunta este apoderado, cómo y quién iba a reclamar dichas citaciones sin tener conocimiento previo de que alguien las iba a enviar” y “cómo es que el juzgado instructor esperaba lograr la efectividad en el mensaje comunicado si lo enviaba al mismo destino de entrega imposible al cual había remitido las comunicaciones anteriormente”.

Igualmente, la secretaría del despacho instructor intentó comunicación a dos números celulares, sin resultado positivo.

Se le libró, finalmente, orden de captura que se remitió, al parecer a la SIJÍN –Chocó- y al C. T. I. de la Fiscalía General de la Nación, con sede en la misma

ciudad, sin que se hubiera incluido información respecto de su localización ni de su posible lugar de arraigo.

Aun cuando después de la declaratoria como persona ausente se le siguieron enviando comunicaciones al procesado, todas ellas acusan el mismo defecto, pues se siguieron remitiendo a “Los coquitos” de Turbo y/o Apartadó.

En conclusión, para el recurrente, la falta de diligencia de las autoridades impidió que el procesado se enterara de la existencia de la actuación penal adelantada en su contra. Si no se tenía certeza acerca de si el sitio conocido como “Los Coquitos” pertenecía o no a los municipios de Turbo o Apartadó, debió el instructor verificar previamente la existencia de ese sector en alguna de dichas poblaciones y luego sí asegurarse de que las comunicaciones llegasen a su destino, para lo cual podía ayudarse de las respectivas Alcaldías o ubicando a sus padres a través de las bases de datos que allí se llevaran, pero siempre concentrando la búsqueda en esa zona del país.

De la misma manera, si de acuerdo con el testimonio del ST Víctor Alfonso Gómez Cely, el acusado le dijo que tras abandonar la base de patrulla móvil se dirigió al municipio de Guarato (Chocó) a ingerir bebidas embriagantes, por qué no se confirmó esa información?

De otra parte, en el auto de declaratoria de persona ausente no se cumplieron los requisitos contenidos en el artículo 344 de la Ley 600 de 2000, aplicable al presente caso en virtud del artículo 18 del Código Penal Militar, esto es, la narración sucinta de los hechos, la imputación provisional y la “declaratoria de pruebas pendientes”, entendiéndose como tales las que “propugnen por la continuidad en la búsqueda del sindicado para que comparezca al proceso”.

El deber de búsqueda después de la vinculación del procesado tampoco se satisfizo en este caso, pues tanto el acusador como el juzgador se limitaron a enviar

oficios de citación a MARRIAGA PÉREZ en los mismos términos de los remitidos durante la instrucción, esto es, con destino a “Los coquitos” tanto de Turbo como de Apartadó.

Las irregularidades son trascendentes, pues le impidieron al procesado ejercer su derecho a la defensa material para, por ejemplo, dar su versión sobre los hechos y, en fin, decidir si aceptaba o no los cargos en pro de un beneficio.

Le solicitó a la Corte, por tanto, casar la sentencia impugnada y, en su lugar, decretar la nulidad de lo actuado desde el auto que ordenó el emplazamiento del acusado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

La demanda examinada será inadmitida, por las siguientes razones:

Sea lo primero precisar que la presente actuación se tramita con base en el procedimiento previsto en la Ley 522 de 1999, Código Penal Militar, pues de acuerdo con el Decreto 314 del 18 de febrero de 2014, la normatividad consagrada en la Ley 1407 de 2010 sólo empezará a aplicarse en el departamento del Chocó, lugar donde ocurrieron los hechos objeto de este juzgamiento, en el año de 2017.

Pese a lo anterior, lo concerniente a la procedencia y trámite del recurso de casación se regula por las normas de la Ley 600 de 2000, no por lo previsto en los artículos 368 y siguientes de la Ley 522 de 1999, que deben entenderse tácitamente derogados. Así lo consideró la Sala en CSJ AP, 11 nov. 2009, rad. 28937; CSJ AP, 5 dic. 2007, rad 27965; CSJ AP, 22 may. 2008, rad. 25471, entre otros pronunciamientos.

Es necesario precisar que el anterior criterio fue implícitamente variado en CSJ AP, 27 jul. 2016, rad. 47699, al señalarse que la procedencia de la casación en esos casos se

regula por las normas de la Ley 522 de 1999, cuyo artículo 368 establece que el recurso extraordinario resulta viable contra las sentencias de segunda instancia proferidas por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años, aun cuando la sanción impuesta sea una medida de seguridad.

Sin embargo, la Sala considera oportuno reconsiderar esa nueva postura y rescatar el precedente anterior, pues si la Ley 600 de 2000, en su artículo 205, reguló expresamente la procedencia del recurso de casación cuando se trata de sentencias proferidas por el Tribunal Penal Militar y esa norma es posterior a la Ley 522 de 1999, resulta imperativo concluir que aquella es la vigente actualmente en dicha materia.

De acuerdo con lo previsto en el inciso 1º del artículo 205 precitado, el recurso extraordinario de casación procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y por el Tribunal Penal Militar, cuando se trata de delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de ocho años.

En el presente caso no se cumple ese presupuesto, pues la deserción, delito por razón del cual se profirió la sentencia, tiene prevista prisión de 8 meses a 2 años.

Por lo anterior, correspondía al actor interponer la denominada casación excepcional o discrecional, figura regulada en el inciso final del mismo artículo 205, debiendo para el efecto expresar el propósito del recurso, es decir, si se trata de buscar el desarrollo de la jurisprudencia o de preservar las garantías fundamentales.

El impugnante olvidó la exigencia procesal en mención, limitándose a invocar el recurso por la vía común u ordinaria, creyendo tener pleno acceso a esa modalidad del recurso extraordinario de casación, sin advertir que lo procedente era acudir a la vía excepcional.

Pero, desde luego, no puede pasarse por alto la postura de la Sala, conforme a la cual podría admitirse la impugnación si el demandante, a pesar de no señalarlo expresamente, ofrece razones a través de las cuales se pueda inferir claramente que su intención es fundamentar alguno de los dos motivos que habilitan la casación excepcional (Cfr. CSJ AP, 18 nov. 2004, rad. 22082). En ese sentido, se observa que en cuanto en el único cargo formulado el censor adujo la vulneración del derecho de defensa, resulta factible interpretar que su pretensión es propender por la protección de las garantías fundamentales.

Siendo así la situación, será necesario examinar si, conforme lo establece el inciso final del artículo 205 de la Ley 600 de 2000, el actor cumple las demás exigencias legales indispensables para admitir la demanda, entre las cuales está la de enunciar la causal y formular el cargo, con expresión clara y precisa de sus fundamentos y de las normas que se estiman infringidas, según lo determina el numeral 3º del artículo 212 ibídem, para cuya satisfacción se requiere, además, seguir las pautas de sustentación que la Corte ha fijado cuando se trata de elaborar una demanda de casación.

En el único cargo formulado, el censor denunció el desconocimiento del derecho a la defensa material por tres razones, a saber: (i) el instructor no desplegó todos los esfuerzos necesarios para obtener la comparecencia del procesado previamente a emplazarlo y declararlo persona ausente, (ii) en el auto mediante el cual se hizo esa declaratoria no se cumplieron los requisitos contenidos en el artículo 344 de la Ley 600 de 2000 y (iii) luego de la vinculación del acusado no se efectuaron las diligencias necesarias para su búsqueda.

En relación con el primero y el último de esos reparos, se advierte que el demandante pasó por alto la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, conforme a la cual en los casos del procesado ausente es necesario distinguir entre quien se oculta y quien no tiene oportunidad de enterarse de la existencia de

la actuación. Omitió así poner de presente la necesidad del fallo de casación de cara a los fines del recurso extraordinario, previstos en la Ley 600 de 2000 (art. 206), en especial, aquel referido a la unificación de la jurisprudencia nacional.

Sobre dicha temática, en efecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia C-488 de 1996, señaló que:

“... cuando la persona se oculta, está renunciando al ejercicio personal de su defensa y delegándola en forma plena en el defensor libremente designado por él o en el que le nombre el despacho judicial del conocimiento. No obstante, conserva la facultad de hacerse presente en el proceso en cualquier momento e intervenir personalmente en todas las actuaciones a que haya lugar de acuerdo con la etapa procesal respectiva; pero no puede pretender que se repitan las actuaciones ya cumplidas, aunque sí solicitar la declaración de nulidad por falta de defensa técnica.

Criterio similar expuso en la sentencia T-1110 de 2005 cuando expresó:

“En materia de garantías fundamentales para el adelantamiento de procesos penales en ausencia del imputado identificado, el desarrollo de un juicio conforme con el principio constitucional del debido proceso o juicio justo, establece a su favor que: a) si éste no se oculta de la justicia entonces el funcionario debe actuar diligentemente en la tarea de ubicarlo para garantizar su participación en el proceso, con el fin que ejerza su derecho de defensa...”

A su turno, la Sala de Casación Penal sobre el tema ha dicho:

“... adelantar el proceso con la vinculación del sindicado en calidad de persona ausente, resta sus posibilidades de defensa en cuanto se ignoran las explicaciones que acerca de la conducta que se le imputa pueda suministrar, dificultándose de esta manera la labor defensiva de sus representantes judiciales. Sin embargo, tal posibilidad se

halla prevista en la legislación colombiana, y resulta constitucional cuando esa medida extrema obedece a la postura renuente del implicado y es éste quien determina que así evolucione la instrucción o el juzgamiento. De lo contrario, el Estado perdería la oportunidad de ejercer la acción penal en eventos en los cuales el procesado, a sabiendas de que es requerido, no comparezca voluntariamente o se oculte, como ocurrió en el presente caso” (CSJ AP, 9 de marz. de 2011, rad. 35272).

En el caso de examen, se tiene que el procesado VÍCTOR JULIÁN MARRIAGA PÉREZ conocía suficientemente que ausentarse del lugar donde prestaba el servicio militar con el ánimo de no retornar le acarrearía la iniciación de un proceso penal por deserción ante la justicia castrense. Así se infiere de la afirmación efectuada por el ST Víctor Alfonso Gómez Cely, Comandante de la Compañía a la cual pertenecía el acusado, durante la declaración que rindió dentro de este proceso, en el sentido de que éste recibió en el Batallón instrucción acerca de la justicia penal militar y, en particular, de los alcances del mencionado delito¹.

A lo anterior se suma que MARRIAGA PÉREZ se incorporó a las filas del Ejército Nacional el 24 de enero de 2013, conforme consta en la actuación², es decir, llevaba más de doce meses prestando el servicio militar cuando se ausentó del lugar donde cumplía esa actividad, lo cual indica que contó con el tiempo suficiente para conocer acerca de las consecuencias que le acarrearía abandonar el servicio militar.

Surge así claro que el procesado sabía de la existencia del presente asunto criminal y, sin embargo, se abandonó voluntariamente a los resultados del mismo, evadiendo la acción de la justicia.

Con todo y lo anterior, se destaca que el juzgado instructor realizó ingentes esfuerzos para ubicarlo. Y es así como, con base en la información inicial allegada al proceso, en el sentido de que VÍCTOR JULIÁN MARRIAGA PÉREZ residía en Los Coquitos,

Apartadó (Antioquia), le envió oficio con destino a ese lugar para enterarlo de la apertura del sumario y citarlo a rendir indagatoria. Simultáneamente, solicitó a la emisora Colombia Estéreo emitir mensaje radial con ese mismo fin. Como si fuera poco, ordenó solicitar a las empresas de telefonía celular CLARO, MOVISTAR y TIGO, así como al SISBEN, al SENA y a las demás entidades respectivas enviar los datos personales que registrara el procesado en sus bases de datos.

Posteriormente, ante la aportación a la actuación del formato No. 5 de incorporación al servicio militar obligatorio diligenciado por MARRIAGA PÉREZ3, en el cual aparece que su lugar de residencia es, en realidad, Los Coquitos, Turbo (Antioquia), el funcionario instructor le envió a ese sitio dos comunicaciones, una el 24 de junio de 2014 y la otra el 17 de julio siguiente, con el fin de obtener su comparecencia.

Adicionalmente, el instructor intentó comunicarse con el procesado a través de dos números celulares suministrados también por éste al momento de su incorporación al Ejército Nacional.

Dado que todos de los anteriores esfuerzos resultaron infructuosos, se libró orden de captura en su contra, igualmente, con resultados negativos.

Es cierto que, como lo sostuvo el casacionista, el instructor hubiera podido acudir a otros medios para localizar al acusado. Sin embargo, está claro que todos ellos habrían resultado inanes ante la actitud que asumió desde un principio orientada a ocultarse y evadir la acción de la justicia.

Significa lo expuesto que el defensor recurrente no acreditó anomalía alguna en la actividad desarrollada por el juzgado instructor para lograr la comparecencia de MARRIAGA PÉREZ, a quien -advertido sea - después de su vinculación se le siguió intentando notificar las providencias proferidas en el trámite de la actuación, a través de la dirección que aportó al Ejército Nacional.

Tampoco la Sala evidencia la demostración de irregularidad en el auto mediante el cual se declaró persona ausente al procesado. El actor adujo que esa decisión no contiene la narración sucinta de los hechos, la imputación provisional y la “declaratoria de pruebas pendientes”, entendiéndose como tales las que “propugnen por la continuidad en la búsqueda del sindicado para que comparezca al proceso”, presupuestos exigidos por el artículo 344 de la Ley 600 de 2000.

Sin embargo, en los dos primeros eventos la afirmación del impugnante no se corresponde con la realidad y en el tercero el reproche carece de trascendencia.

En efecto, en el apartado inicial del mencionado auto, contrario a lo dicho por el demandante, el juez de instrucción indicó en forma expresa que a VÍCTOR JULIÁN MARRIAGA PÉREZ se le sindicó del delito de deserción⁴. De otra parte, en la parte considerativa de la referida decisión se hizo expresa mención al auto cabeza de proceso, en el cual se reseñaron claramente los hechos, expresándose que se trataba de los “presuntamente ocurridos en fecha del 6 de marzo de 2014 donde sin autorización y encontrándose en el área de operaciones se evade (de la) Base de Patrulla Móvil en la que estaba destacado”.

Ahora bien, es cierto que el juez no ordenó la práctica de pruebas pendientes. Sin embargo, el actor no explicó de qué forma esa omisión afectó las garantías procesales del acusado y tampoco la Corte lo advierte, pues al margen de la discusión de si la norma se refiere a los elementos probatorios que propenden por la continuidad de la búsqueda del procesado, como lo adujo el recurrente, o a aquellos que se orientan al esclarecimiento de los hechos, es lo cierto, de una parte, que el procesado nunca tuvo intención de comparecer al proceso y, de la otra, que al momento de efectuar la declaratoria de persona ausente el instructor no tenía pruebas pendientes por

practicar, lo cual se evidencia con sólo observar que después de emitir esa decisión resolvió la situación jurídica y luego remitió la actuación a la Fiscalía respectiva para que procediera a su calificación, como en efecto procedió ese organismo.

En consecuencia, por su inadecuada formulación, que deja al descubierto falencias de naturaleza argumental incompatibles con el rigor de la casación, se inadmitirá la demanda objeto de examen.

Al margen de lo anotado, la Corte no evidencia vulneración de garantías fundamentales que le impongan intervenir oficiosamente, en orden a preservar su intangibilidad.

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

RESUELVE:

INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado VÍCTOR JULIÁN MARRIAGA PÉREZ.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

|

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folio 33 del cuaderno principal.

2 Folio 7 cuaderno ídem.

3 Folio 55 cuaderno ídem.

4 Folio 102 cuaderno ídem.