

VINCULACIÓN AL PROCESO. La regla general es que lo sea mediante indagatoria (Ley 599/99).

"La vinculación al proceso de quien en virtud de lo mostrado por los elementos de convicción allegados, resulte necesaria, bien sea como autor o partícipe, es reglada, lo general es que deba hacerse mediante diligencia de indagatoria¹, lo excepcional, es que se haga declarando la contumacia, es decir, la vinculación como persona ausente es supletoria..."

VINCULACIÓN AL PROCESO. Cuando se efectúa supletoriamente, es decir, mediante declaratoria de persona ausente debe atenderse lo reglado en la ley 522/99.

"Si la vinculación mediante declaratoria de persona ausente es de carácter residual, solo puede llegarse a ella una vez se hayan agotado todos los medios para acopiar la indagatoria, esto es, la citación para la práctica de esa diligencia, conforme a lo señalado en el artículo 512 de la ley 522 de 1999, enviada a las direcciones de domicilio o residencia que aparezcan acreditadas dentro del proceso, si "el imputado no compareciere a pesar de la citación, será capturado para para el cumplimiento de dicha diligencia" según dispone la norma en cita, orden de captura que debe librarse en concordancia con lo dispuesto en los artículos 511 y 513 ibídem.

En suma, conforme a lo reglado en la ley 522 de 1999, la vinculación mediante declaratoria de persona ausente, solo procede cuando no hubiere sido posible hacer comparecer a la persona a rendir indagatoria y/o cuando habiéndose intentado su comparecencia librando orden de captura, "vencidos diez (10) días, contados a partir de la fecha en que la orden haya sido recibida por las autoridades que deban ejecutar la aprehensión"², se deberá emplazar por un término de cinco (5) días y de no ser posible su comparecencia, deberá ser declarado como persona ausente³, es decir, esta forma de vinculación es puramente residual y para ello debe cumplirse con algunos requisitos previstos en la ley."

(...)

"Recapitulando, atendiendo lo preceptuado en la ley 522 de 1999, previo a la declaratoria de persona ausente debe cumplirse con algunos presupuestos imprescindibles, indispensables y necesarios, a) citar al imputado mediante comunicación escrita enviada a la dirección registrada en el proceso, con fines de indagatoria; b) si no comparece, proferir orden de captura con los mismos fines; c) de no ser posible la captura dentro de los diez (10) siguientes a la entrega de la orden de captura a las

¹ Artículo 491 de la ley 522 de 1999.

² Artículo 493 ley 522 de 1999.

³ Artículo 493 ley 522 de 1999.

autoridades encargadas de la aprehensión, se emplazará mediante edicto por el término de cinco (5) días; d) cumplido el término anterior se deberá declarar al imputado como persona ausente mediante auto de sustanciación motivado y se le designará un defensor de oficio."

RENUENCIA DEL PROCESADO. Puede ser inferida ante la indiferencia a las actividades desplegadas para su ubicación.

"Como se señaló arriba, el apelante además de plantear que el Instructor no realizó las diligencias necesarias para hacer comparecer al imputado, afirma que no obra "prueba de la renuencia del sindicado a comparecer"⁴, pasando por alto que la renuencia se infiere de todas las actividades realizadas por el Instructor con ese fin, las citaciones por oficio, los comunicados a través de la EMISORA COLOMBIA ESTEREO, las citaciones mediante oficio a los padres del procesado, las órdenes de captura, etc."

BUSQUEDA DEL PROCESADO. Luego de ser declarado persona ausente, se tiene la obligación de localizarlo, siempre y cuando aparezcan nuevos datos que permitan ubicarlo.

"Efectivamente como lo expresa el apelante la jurisprudencia ha señalado que la búsqueda del procesado no se termina con la declaratoria de persona ausente, pero lo que oculta de manera capciosa o mejor, de manera amañada no refiere que esa búsqueda posterior a la declaratoria de contumacia está condicionada al hallazgo de nuevos datos que permitan ubicar al investigado, por ello, de manera errónea llega a la conclusión

⁴ Folio 225 co 1

que en las etapas de calificación y juicio se omitió esa búsqueda.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

SALA : SEGUNDA SALA DE DECISIÓN
Magistrado
Ponente : MY(r). JOSE LIBORIO MORALES CHINOME
RADICADO : 158416-300-XV-170
PROCEDENCIA : JUZGADO MILITAR OCTAVO DE BRIGADA
PROCESADO : SLR. VICTOR JULIAN MARRIAGA PEREZ
MOTIVO : APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA
DELITO : DESERCIÓN
DECISIÓN : CONFIRMA SENTENCIA CONDENATORIA

Bogotá, D.C., Abril Veintiocho (28) de Dos Mil Dieciséis (2016).

V I S T O S:

Procede la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar a resolver el recurso de apelación incoado por el DR. LEONARDO ANDRES CARVAJAL VELASQUEZ Defensor Público, contra la providencia adiada el 28 de enero de 2016 emitida por el Juzgado Octavo Militar de Brigada, mediante la cual profirió sentencia condenatoria en contra del SLR. VICTOR JULIAN MARRIAGA PEREZ por el delito de DESERCIÓN.

IDENTIFICACION E INDIVIDUALIZACION DEL PROCESADO

El SLR. VICTOR JULIAN MARRIAGA PEREZ se encuentra identificado con cédula de ciudadanía No. 1007504241 de Istmina Chocó, nació el día 14 de enero de 1995 en el municipio de Remedios (Antioquía), hijo del VICTOR MANUEL MARRIAGA y la señora IBIS PEREZ, para la fecha de los hechos fungía como soldado regular del Ejército Colombiano, legalmente incorporado, era orgánico del Batallón de Ingenieros No. 15 "BIJUL", para efectos de esta decisión se tendrá en cuenta el grado que ostentaba para esa fecha.

H E C H O S:

Las probanzas arrimadas al proceso revelan que el SLR. VICTOR JOSE MARRIAGA PEREZ adscrito a la Segunda Sección, del Segundo Pelotón de la "Compañía Delta" del Batallón de Ingenieros No. 15 General Julio Londoño, se ausentó sin autorización de sus superiores de la base de patrulla móvil ubicada en el sitio conocido como "Peñas del Olvido", jurisdicción del municipio de Tadó (Chocó), dejando abandonado su material de guerra e intendencia, hechos ocurridos el día 6 de marzo de 2014 siendo aproximadamente las 19:00 horas, mientras desarrollaban la orden de operaciones No. 023 del 1 de marzo de 2014, de

control militar de área, sin que a la fecha de la denuncia (12 de marzo de 2014) o posterior a ella, haya hecho presentación ante una un unidad militar para continuar con la prestación del servicio militar.

ACTUACIÓN PROCESAL:

Por los anteriores hechos informados por los señores ST. VICTOR ALFONSO GOMEZ y el CP. WILSON MORENO CAIPE comandantes del segundo pelotón y segunda sección de la compañía "Delta" del Batallón de Ingenieros No. 15 y remitidos con oficio No. 01717 del 3 de abril de 2014 suscrito por el señor TC. OSCAR FERNANDO PERALTA CORTES Comandante del Batallón, el Juzgado 26 de Instrucción Penal Militar mediante auto adiado el 2 de mayo de 2014⁵, decretó apertura formal de investigación penal en contra del SLR. VICTOR JULIAN MARRIAGA PEREZ por la presunta comisión del delito de Deserción y ordenó escucharlo en indagatoria.

Agotadas las actividades posibles para hacer comparecer al SLR. VICTOR JULIAN MARRIAGA PEREZ al proceso para ser escuchado en indagatoria (citaciones a través de oficios, por comunicaciones radiales, orden de captura, etc.,) y ante la imposibilidad de ubicarlo, previo emplazamiento mediante edicto⁶, fue declarado persona ausente mediante auto del 24 de febrero

⁵ Folio 15-17 co 1

⁶ Folio 100 co 1

de 2015⁷ y le designaron como defensor de oficio al DR. HAROL DE JESUS LOPEZ MOSQUERA, profesional del derecho que tomó posesión el día 27 de febrero de 2015⁸.

Vinculado en legal forma, el Juez Instructor le define la situación jurídica con auto del 12 de marzo de 2015⁹, decretando medida de aseguramiento en contra del SLR. VICTOR JULIAN MARRIAGA PEREZ, consistente en detención preventiva, sin beneficio de la libertad provisional, decisión que le es notificada a todos los sujetos procesales de manera personal, con excepción del procesado, dado que a pesar de haber citado no compareció, por lo cual fue notificado de manera supletoria.

Terminada la etapa instructiva y remitido el proceso para continuar con la etapa subsiguiente, con auto del 9 de septiembre de 2015¹⁰ la Fiscalía Once Penal Militar dispuso el cierre de la investigación y dado que ese despacho se hallaba ubicado en un lugar diferente al que se le había designado defensor de oficio, le nombra al DR. LEONARDO ANDRES CARVAJAL VELASQUEZ como nuevo defensor, quien toma posesión al día siguiente 10 de septiembre de 2015, posteriormente, con fecha 12 de noviembre de 2015¹¹ profirió resolución de

⁷ Folios 102-103 co 1

⁸ Folio 109 co 1.

⁹ Folios 113-123 co 1

¹⁰ Folio 138 co 1

¹¹ Folios 147-155 co 1

acusación en contra del procesado por el delito de deserción.

Notificada y ejecutoriada la resolución de acusación, el expediente es remitido al Juez de Conocimiento y mediante auto del 12 de enero de 2016 el Juzgado de Octavo Militar de Brigada, declaró la iniciación del juicio habiendo realizado la audiencia de corte marcial el 26 de enero de 2016¹² y en sentencia adiada el 28 de enero de 2016¹³, condenó al procesado SLR. VICTOR JULIAN MARRIAGA PEREZ a la pena principal y única de ocho (8) meses de prisión, decisión que fue recurrida por vía de apelación por el DR. LEONARDO ANDRES CARVAJAL VELASQUEZ defensor público del procesado, recurso de alzada que hoy convoca la atención de la sala.

PROVIDENCIA APELADA

El Juzgado de Primera Instancia, concreta el asunto a decidir, sintetiza los hechos, identifica al procesado, relaciona los medios de prueba documentales allegados y resume las pruebas testimoniales, así como la intervención de las partes en la audiencia de corte marcial, seguido advierte que la conducta atribuida al procesado se adecua al tipo penal de deserción, de acuerdo con el artículo 109 de la ley 1407 de 2010.

¹² Folios 173 – 184 co 1

¹³ Folio 185-204 co1

Aduce que estaba plenamente acreditada la calidad de militar en servicio activo, igualmente que la conducta estaba materializada al haber transcurrido más de cinco (5) días consecutivos, luego del permiso autorizado por el superior, sin que se presentara justificación alguna para ello, e igualmente que, "*se estableció con suficiencia probatoria*"¹⁴, la inexistencia de las causales de exención del servicio militar obligatorio previstas en el artículo 28 de la ley 48 de 1993, amén de ello, el acervo muestra que gozaba de buena salud y no se halla demostrada la existencia de alguna causal de ausencia de responsabilidad.

Señala el A-quo que el soldado MARRIAGA PEREZ tenía el deber legal de permanecer en el batallón, de cara a satisfacer las necesidades del servicio, por lo cual estima que actuó de manera consciente y deliberada vulnerando el derecho del servicio militar tutelado por el legislador. De la misma manera considera que en su formación militar se le dio a conocer los delitos militares y las consecuencias jurídicas de su acción, por ello infiere que actuó de manera consiente, deliberada y voluntaria para conseguir el resultado, razones por las que concluye que la conducta desplegada por el bajo banderas, es típica, antijurídica y que actuó a título de dolo.

¹⁴ Folio 194 co 1

Señala que está en total desacuerdo con la petición de nulidad presentada por el abogado de la defensa, pues de acuerdo a lo normado en el artículo 391 del código penal militar y resalta lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia C-100 de 2003, en relación con la vinculación al proceso como persona ausente, transcribe apartes de esa decisión, seguido relaciona las actividades realizadas por el Instructor para buscar la comparecencia del soldado al proceso, para inferir que *"al señor abogado de la defensa no le asiste razón cuando manifiesta que el juez instructor no agotó los mecanismos necesarios para tratar de dar con la ubicación del soldado toda vez que como quedó descrito se realizaron todas las diligencias tendientes para dar con la ubicación del soldado"*¹⁵, conforme al artículo 341.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

El DR. LEONARDO ANDRES CARVAJAL VELASQUEZ de la Defensoría Pública actuando como defensor del procesado SLR. VICTOR JULIAN MARRIAGA PEREZ, recurrió la sentencia por vía de apelación e incoa como pretensión, **"REVOCAR EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** y en su lugar decretar la nulidad de todo lo actuado desde inclusive del AUTO QUE ORDENÓ EL EMPLAZAMIENTO DEL PROCESADO SLR. (L) MARRIAGA PEREZ VICTOR JULIAN previo a la DECLARATORIA DE PERSONA AUSENTE"¹⁶, en cuanto estima que el Juez de Instrucción no realizó las diligencias necesarias

¹⁵ Folios 201 – 202 cc 1

¹⁶ Folio 221 cc 1

para hacer comparecer al procesado a la investigación con el fin de escucharlo en indagatoria, tampoco lo hizo el Fiscal, ni el Juez de Conocimiento a pesar que en la fase de juicio se halla prevista una etapa probatoria.

Resalta apartes de los alegatos que presentó en la audiencia de Corte Marcial sobre la obligación de los funcionarios judiciales de realizar las diligencias necesarias para hacer comparecer a los imputados al proceso y destaca apartes de la sentencia en los que A-quo afirma que se estableció con suficiencia probatoria la legalidad de la incorporación del procesado, con los que según el apelante, le daba respuesta al referido planteamiento, para señalar que esos argumentos no son consecuentes con las pruebas, pues ni siquiera se logra de manera efectiva la comparecencia de sus familiares cercanos.

Señala que no es cierto como lo afirma el a-quo que el Juzgado de Instrucción haya desplegado las actividades necesarias para lograr de manera efectiva el conocimiento de los motivos por los cuales el sindicado se marginó del servicio obligatorio e insiste que tal afirmación no es acorde con el acervo probatorio y menos con lo afirmado por la Corte Constitucional, sentencia C-488 de 1996, pues ni siquiera se realizó el debido proceso para hacer comparecer al procesado, tampoco el defensor público pudo conocer los motivos y resalta que frente a este

planteamiento el A-quo rechaza de plano la solicitud de nulidad, atendiendo lo dispuesto en el artículo 391.

Señala que el Juez afirma que conforme a lo referido por la Corte en la sentencia C-100 de 2003, es procedente la declaratoria de persona ausente y precisa que esa *"afirmación es cierta, porque el problema no es la utilización de la figura en la medida en que la ley lo permite, sino en los requisitos que no se tuvieron en cuenta para la utilización de la figura y las consecuencias que esto generó en torno a garantías judiciales"*¹⁷, como lo señala el doctrinante NOVOA VELASQUEZ, pues esa figura tiene sus límites en los principios de protección y los derechos fundamentales previstos en la constitución y en los tratados internacionales.

Relaciona las diligencias realizadas por el Instructor referidas por el A-quo y resalta que conforme a lo señalado por la Corte en la sentencia C-488 de 1996, se tiene la obligación de utilizar los medios o instrumentos eficaces para comunicar al procesado la existencia del proceso, practicar la indagatoria, insiste en las diferentes comunicaciones enviadas por el Juzgado Instructor y las ordenes de trabajo emitidas a la SIJIN, sin que arrojara ningún resultado y aduce que ello era obvio porque el lugar de residencia del desertor no era el Departamento del Chocó, era la Zona de Urabá Antioqueño, Apartadó y

¹⁷ Folio 213 co 1

Turbo, pero además debió establecer el arraigo familiar, un estudio socioeconómico, lo que hubiera facilitado su ubicación, no contentarse con un mero formalismo.

Critica una a una las diligencias realizadas por el Instructor, se refiere así a la tarjeta decadactilar, el estudio de seguridad realizado al momento de la incorporación, las diferentes comunicaciones y citadas libradas de las que señala que era lógico que el correo las devolviera porque no se dirigieron a una dirección exacta sino a un lugar denominado "Los Coquitos"; sobre la publicación en la Emisora Colombia Estéreo, dice que no se acreditó que la cobertura, por lo cual estima que los lugares nunca variaron por ello, el procesado no pudo tener conocimiento de la existencia de la investigación.

Afirma que *"la irregularidad no solamente se presentó en el término de instrucción"*¹⁸, pues la Fiscalía en la etapa de calificación ni el Juzgado de Conocimiento en la fase de Juicio, realizaron actividad adicional alguna para lograr el conocimiento del acusado de las decisiones que se tomaron en esas etapas procesales y recuerda que conforme a la jurisprudencia *"la obligación de búsqueda del procesado no cesa con la declaratoria de persona ausente"*¹⁹ y señala que es cierto que hay

¹⁸ Folio 219 co 1

¹⁹ Folio 219 co 1

oficios emitidos, pero no hay constancia de envío o de devolución.

Afirma que conforme al artículo 493 de la ley 522 de 1999, el Instructor debe hacer lo posible para lograr que el procesado tenga conocimiento de la existencia del proceso y la comparecencia, por lo cual estima que al presente caso es aplicable la jurisprudencia contenida en la sentencia C-424 de 2005, T-285-13 y radicado 44135 de la Corte Suprema de Justicia e igualmente los precedentes verticales de los radicados 155795 del 30 de junio de 2009, con ponencia del CT. JORGE IVAN OVIEDO y 155794 de TC. JACQUELINE RUBIO BARRERA.

Aduce el apelante que la nulidad que plantea es absoluta, pues solamente puede ser subsanada con la comparecencia del sindicato al proceso o la demostración de la renuencia a comparecer, situación que no se han presentado en ninguno de los dos casos planteados, dado el vicio alegado, el carácter sustancial y la trascendencia del mismo.

Precisa que *"Aquí la decisión primaria censurada es el auto mediante el cual el juzgado Instructor declaró persona ausente al sindicato, sin haber agotado los medios posibles para lograr la comparecencia o el conocimiento del proceso por parte del sindicato. Ello comporta una violación del derecho de defensa, que además de ser una garantía constitucional, también es una causal de nulidad relacionada en el artículo 388 del Código*

Penal Militar, siendo que así se invocó en la Corte Marcial"²⁰.

Señala que además de no haber prueba de la renuencia de si sindicado de comparecer, no existe prueba suficiente de haberse hecho lo posible por parte del Instructor, el Fiscal y/o el Juez de Conocimiento para hacer comparecer al procesado, pues no se trata de una mera formalidad, es una obligación legal, no solo el envío de una comunicación que no fue a ningún destino y una certificación de una emisora que no tenía cobertura suficiente para lograr el cometido del aviso, como lo señala la Corte en la sentencia C-488 de 1996, para demostrar que se envió "N" comunicaciones a sabiendas que el resultado iba ser el mismo.

Afirma que la actuación del Instructor, del Fiscal y el Juez de Conocimiento afectó no solo el derecho de defensa, sino la estructura misma del proceso, al no haber agotado los medios necesarios para lograr la comparecencia al proceso por parte del sindicado, acusado y enjuiciado, por lo cual nos encontramos frente a una sentencia de condena no se pudo brindar elementos de defensa, donde hubiera podido explicar el porqué de su conducta.

Destaca "que en la medida que la Corte Marcial tiene un periodo probatorio, bien hubiese podido pasar que aunque el Juez Instructor hubiera incurrido en la irregularidad,

²⁰ Folio 225 co 2

la diligencia debida del Fiscal Penal Militar y el Juez de Conocimiento hubieran permitido la ubicación del sindicado a efectos de lograr la comparecencia o demostrar la renuencia a comparecer, siendo de esa manera subsanada la irregularidad y permitir la defensa en el juicio"²¹ y señala que se trata de un vicio de trascendencia, por lo cual no se puede invocar la aplicación del contenido del artículo 391, pues no puede subsanarse de otra manera, más aún cuando se trata de nulidad que tiene un origen netamente constitucional, que pueden ser alegadas en cualquier momento a pesar de la prohibición legal.

DEL MINISTERIO PÚBLICO:

La DRA. JULIA ISABEL GANTIVA ARIAS como representante del Ministerio Público ante esta Instancia, emitió concepto en el que solicita "atender de manera favorable los argumentos de la defensa de oficio y en su lugar procede a **DECLARAR LA NULIDAD DE LO ACTUADO** a partir del folio 100 inclusive, disponiendo así mismo como consecuencia de la anulación la terminación del proceso por extinción de la acción penal al haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción como quiera que se cumplirían los dos años exigidos por el artículo 82 del CPM para dar por enervado la potestad sancionadora del Estado"²².

Después de realizar una detallada relación de las actividades cumplidas por parte del Juzgado Instructor con el fin de hacer comparecer a la investigación al procesado SLR. MARRIAGA PEREZ,

²¹ Folio 226 co 1

²² Folio 242 co 1

afirma que *"ciertamente se advierte de la documentación insertada no fue posible la ubicación del soldado investigado por cuanto las direcciones a donde se libraron los oficios no fueron uniformes porque una vez se señalaba solamente el sitio Coquitos en Antioquia, pero sin especificar si era municipio, corregimiento o vereda y otras se libró como si tal sitio quedara en Apartadó y otras en Turbo, generándose una indebida ubicación del procesado a más que los números de celular dado en su hoja de inscripción no se determinaron si eran de celular de su propiedad o de otra persona"*²³.

Señala que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de diciembre de 2000, radicado 12780, expresó que la actividad de búsqueda es presupuesto para el emplazamiento e igualmente que la Corte Constitucional en sentencias C-488 de 1996, C-627 de 1996 y C-040 de 1997, señaló que la declaratoria de persona ausente debe cumplir con los requisitos, pues de lo contrario se erige en violación del debido proceso.

En esa medida afirma que los oficios devueltos permitirían señalar que al parecer hubo esfuerzo de búsqueda, pero lo cierto es que la misma no fue diligente y acuciosa, además la orden de captura se libró solo para Chocó y no a las autoridades de Medellín, Apartado, Turbo, tendientes a ubicar y localizar al procesado para que diera las explicaciones del porque abandonaba las filas militares.

²³ Folio 238 co 1

Dice también que además de lo anterior, el soldado no contó con un defensor que actuara de manera proactiva, encaminada a demostrar las razones de su ausencia, careció de una defensa idónea, y solo vino a ser desplegada en juicio, por lo que considera que la pretensión del apelante esta llamada a prosperar, al no haber cumplido el emplazamiento la labor de búsqueda, así como se reiteraba por la Corte Suprema de Justicia, lo que conllevaba a decretar la nulidad de lo actuado a partir del folio 100 y como consecuencia declarar la extinción de la acción penal por prescripción.

CONSIDERACIONES PREVIAS:

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, conforme a las previsiones de los artículos 238, numeral 3 y 360 del Código Penal Militar, por vía de apelación, para referirse únicamente a los aspectos impugnados y a los que inescindiblemente resulten vinculados al objeto de impugnación, con excepción de la nulidad, de conformidad con el principio de limitación consagrado en el artículo 583 del Estatuto Punitivo Castrense.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Atendiendo los argumentos en los que el DR. LEONARDO ANDRES CARVAJAL VELASQUEZ Abogado de la defensoría Pública que actúa como defensor del

procesado, funda la pretensión de nulidad incoada en la impugnación presentada contra la sentencia del 28 de enero de 2016, la Sala entrará a examinar si efectivamente, como lo afirma el apelante y la representante del Ministerio Público ante esta instancia, no se realizaron las actividades necesarias para hacer comparecer al SLR. MARRIAGA PEREZ al proceso o si por el contrario, como se plasmó en la sentencia, el Juez Instructor realizó las diligencias que estaban a su alcance en la búsqueda de ese objetivo.

En orden a cumplir el anterior objetivo, la Sala estima necesario precisar que, si bien es cierto que, conforme al principio de limitación, el Ad quem solo debe pronunciarse sobre los aspectos referidos en el recurso de alzada, no es menos cierto que, la misma disposición faculta al Juez de Segundo Grado a extender su estudio a las materias inescindibles al objeto de la impugnación, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, *"doctrina y jurisprudencia coinciden en concluir que la extensión de la competencia del superior a temas inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación resulta procedente cuando se advierta hacer prevalecer el derecho sustancial o cuando ello influya en la coherencia y la lógica que ha de observarse en la decisión del superior funcional"*²⁴.

Consecuente con el anterior supuesto procesal, ha de señalarse que los aspectos tratados de manera

²⁴ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal.- Radicado 23259 – Sentencia del 23 de Marzo de 2006.- MP. DR. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

concreta en el recurso de apelación, están concentrados en las diligencias que debió agotar el Juez de Instrucción con antelación a la declaratoria de persona ausente, con el fin de dar a conocer y a su vez hacer comparecer al investigado al proceso para ser escuchado en diligencia de indagatoria, e igualmente, las diligencias que debieron realizar el Fiscal y el Juez de Conocimiento con el mismo fin, actividades de orden procesal que según el apelante y el Ministerio Público no se cumplieron conforme a lo dispuesto en la ley y la jurisprudencia, circunstancia que estima vulneró el debido proceso y el derecho de defensa, en consecuencia, esos serán los aspectos en los que este Juez Colegiado deberá concentrar su examen, conforme al principio de limitación.

Atendiendo la anterior premisa, por técnica jurídica y para efectos de la coherencia y la lógica que ha de observarse en la argumentación en la que debe fundarse la decisión que aquí ha de adoptarse, inicialmente la Sala se ocupará de realizar algunas consideraciones de orden dogmático y jurisprudencial, sobre la vinculación al proceso mediante la declaratoria de persona ausente, como una forma supletoria de vinculación procesal y a partir de ese razonamiento, se examinará la actuación procesal atendiendo los argumentos del apelante y del Ministerio Público de segundo grado.

1.- De la vinculación mediante la declaratoria de persona ausente, como forma supletoria.

Como punto de partida debemos recordar que desde el punto de vista puramente formal, el proceso penal está compuesto por una sumatoria de actos procesales preclusivos, esto es, está conformado por unidades lógicas sistemáticamente encaminadas a obtener un fin determinado que limitan el ejercicio de la potestad investigativa del estado, los cuales no están restringidos a los simples límites temporales, sino que se hallan delimitados por presupuestos de contenido sustancial que ponen fin a cada una de las fases del proceso, conforme al principio de progresividad.

Bajo esa premisa, debemos señalar que el proceso penal está diseñado para que en cada una de las fases o etapas del proceso, se desarrollen objetivos claramente determinados que apuntan en forma progresiva a la comprobación de la ocurrencia del hecho denunciado o que por cualquier otro medio llegó a conocimiento del aparato judicial, así como de los elementos que estructuran la conducta punible y la identificación e individualización de los presuntos autores o partícipes del hecho.

En ese diseño, los presupuestos probatorios son cada vez más exigentes en la medida en que avanza el trámite de la relación jurídico procesal y

permiten adoptar cada una de las decisiones en cada fase, apertura del sumario, vinculación procesal, situación jurídica, calificación del mérito del sumario y sentencia.

Bajo esa concepción, la vinculación al proceso de la persona que está siendo investigada, se constituye en un presupuesto indispensable, imprescindible y necesario, del cual dependen los consecuentes actos procesales subsiguientes, como la resolución de situación jurídica (artículo 519 ley 522 de 1999), calificación del mérito del sumario y juicio.

La vinculación al proceso de quien en virtud de lo mostrado por los elementos de convicción allegados, resulte necesaria, bien sea como autor o partícipe, es reglada, lo general es que deba hacerse mediante diligencia de indagatoria²⁵, lo excepcional, es que se haga declarando la contumacia, es decir, la vinculación como persona ausente es supletoria, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia.

*"Bien está destacar inicialmente, que de manera reiterada la Sala ha señalado que la vinculación del imputado al proceso mediante la declaratoria de persona ausente, no constituye un procedimiento facultativo o sucedáneo de la vinculación a través de indagatoria, sino una posibilidad residual o supletoria, que solo procede cuando intentadas las diligencias necesarias para citar y encontrar al imputado, no ha sido posible que comparezca"*²⁶

²⁵ Artículo 491 de la ley 522 de 1999.

²⁶ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación penal.- Radicado 16935 – Sentencia del 27 de marzo de 2003.- MP: DRA. MARINA PULIDO DE BARON.

Si la vinculación mediante declaratoria de persona ausente es de carácter residual, solo puede llegarse a ella una vez se hayan agotado todos los medios para acopiar la indagatoria, esto es, la citación para la práctica de esa diligencia, conforme a lo señalado en el artículo 512 de la ley 522 de 1999, enviada a las direcciones de domicilio o residencia que aparezcan acreditadas dentro del proceso, si *"el imputado no compareciere a pesar de la citación, será capturado para para el cumplimiento de dicha diligencia"* según dispone la norma en cita, orden de captura que debe librarse en concordancia con lo dispuesto en los artículos 511 y 513 ibídem.

En suma, conforme a lo reglado en la ley 522 de 1999, la vinculación mediante declaratoria de persona ausente, solo procede cuando no hubiere sido posible hacer comparecer a la persona a rendir indagatoria y/o cuando habiéndose intentado su comparecencia librando orden de captura, *"vencidos diez (10) días, contados a partir de la fecha en que la orden haya sido recibida por las autoridades que deban ejecutar la aprehensión"*²⁷, se deberá emplazar por un término de cinco (5) días y de no ser posible su comparecencia, deberá ser declarado como persona ausente²⁸, es decir, esta forma de vinculación es puramente residual y para ello debe cumplirse con algunos requisitos previstos en la ley.

²⁷ Artículo 493 ley 522 de 1999.

²⁸ Artículo 493 ley 522 de 1999.

La forma de vinculación al proceso prevista en el digesto punitivo castrense, no encuentra ninguna diferencia a la regulada en la ley 600 de 2000, excepto que en esta última prevé que debe hacerse mediante resolución de sustanciación motivada, como lo señala de manera el artículo 344, *"Si ordenada la captura, no fuere posible hacer comparecer al imputado que deba rendir indagatoria, vencidos diez (10) días contados a partir de la fecha en que la orden haya sido emitida a las autoridades que deban ejecutar la aprehensión sin que se haya obtenido respuesta, se procederá a su vinculación mediante declaración de persona ausente. Esta decisión se adoptará por resolución de sustanciación motivada en la que se designará defensor de oficio, se establecerán de manera sucinta los hechos por los cuales se le vincula, se indicará la imputación jurídica provisional y se ordenará la práctica de las pruebas que se encuentren pendientes. Esta resolución se notificará al defensor designado y al Ministerio Público y contra ella no procede recurso alguno."*.

Recapitulando, atendiendo lo preceptuado en la ley 522 de 1999, previo a la declaratoria de persona ausente debe cumplirse con algunos presupuestos imprescindibles, indispensables y necesarios, a) citar al imputado mediante comunicación escrita enviada a la dirección registrada en el proceso, con fines de indagatoria; b) si no comparece, proferir orden de captura con los mismos fines; c) de no ser posible la captura dentro de los diez (10) siguientes a la entrega de la orden de captura a

las autoridades encargadas de la aprehensión, se emplazará mediante edicto por el término de cinco (5) días; d) cumplido el término anterior se deberá declarar al imputado como persona ausente mediante auto de sustanciación motivado y se le designará un defensor de oficio.

En esta materia son múltiples los pronunciamientos, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, la primera por vía de control constitucional, así como por acciones de tutela, con un común denominador, todas esas decisiones refieren que se deben adelantar las diligencias necesarias para hacer comparecer al imputado a la investigación, aunque no refieren un catálogo de actividades que deban adelantarse; la segunda Corporación señalada, esto es la Corte Suprema, por vía del recurso extraordinario de casación, pronunciamientos que hacen eco de lo expresado por la Corte Constitucional, pero además precisan de manera concreta cuáles son las diligencia que se deben adelantar, haciendo referencia expresa a las arriba referidas como presupuesto para declarar persona ausente.

Resultaría demasiado ambicioso intentar relacionar todas las decisiones en las que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la declaratoria de persona ausente, pero sobre todo, referir su contenido de cada una de ellas en particular, en esa medida, solo recordaremos lo

expresado en las sentencias C- 488 de 1996 y C-100 de 2003, dado que son las más representativas y en las que recoge lo referido en las demás decisiones, aunque debe señalarse que la última de las citadas, simplemente hace eco de la primera y reafirma lo allí definido.

En la Sentencia C-488 del 26 de septiembre de 1996, con ponencia del DR. CARLOS GAVIRIA DIAZ, la Corte se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 136, 313, 356, 384, 385, 387 del decreto 2700 de 1991, que regulaban entre otras materias la calidad de sujetos procesales, la actuación durante la instrucción y el juzgamiento, la vinculación procesal, el emplazamiento para indagatoria y respecto del asunto que nos concita señaló:

"La declaración de persona ausente es una medida con que cuenta la administración de justicia para cumplir en forma permanente y eficaz la función que el Constituyente le ha asignado y, por tanto, al estar comprometida en ella el interés general no puede postergarse so pretexto de que el procesado no ha comparecido al llamado de la justicia, y esperar a que éste voluntariamente se presente o que sea capturado o que la acción penal prescriba, como lo pretende el actor, sino que la actuación procesal debe adelantarse procurando por todos los medios posibles comunicar al sindicado la existencia de la investigación que cursa en su contra y designarle un defensor de oficio que lo represente en el ejercicio de su derecho; además de brindarle mecanismos legales que le permitan obtener la corrección de los vicios y errores en que se haya podido incurrir por falta de adecuada defensa"

Además de ello refiere que los procesos que se adelanten con persona ausente no vulneran el derecho a la igualdad de los sindicados, pues estos cuentan con las mismas garantías y oportunidades procesales concedidas a quienes están presentes en el mismo, las que pueden ser ejercidas por el defensor que el sindicato nombre o por el defensor de oficio que le asigne el funcionario judicial.

Por su parte en la sentencia C-100 del 11 de febrero de 2003 se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 344 de la ley 600 de 2000, señalando en primer lugar que el contenido normativo de la disposición acusada es similar al contenido de la disposición examinada en la sentencia arriba referida, en esa medida reitera lo allí expresado y señala que:

“La declaratoria de persona ausente es la última ratio frente a la imposibilidad de ubicar a la persona comprometida en una investigación penal y no la regla general en la vinculación de los individuos a los procesos penales. Adicionalmente, tal como lo establece el inciso final del propio artículo 344, la declaración de persona ausente únicamente procede cuando el imputado se encuentra plenamente identificado”.

En suma, además de lo referido arriba en relación con los presupuestos expresamente derivados de la ley, la Corte Constitucional en estas dos sentencias por vía de jurisprudencia reitera que la declaratoria de persona ausente es la última ratio frente a la imposibilidad de ubicar a la

persona comprometida en una investigación penal, procede cuando el imputado se encuentra plenamente identificado, la actuación procesal debe adelantarse procurando por todos los medios posibles comunicar al sindicado la existencia de la investigación, designarle un defensor de oficio para que lo represente en el trámite procesal, brindarle los mecanismos legales que permitan hacer efectivas las garantías procesales, siendo evidente que en las sentencias solo refiere que se deben adelantar las diligencias posibles para lograr su comparecencia.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia, también se ha pronunciado de manera pacífica en innumerables decisiones, por lo que la Sala estima prudente recordar solamente dos de esos pronunciamientos en los que se refieren otras decisiones en el mismo sentido, pero que al contrario de lo ocurrido con las decisiones de la Corte Constitucional, si ha señalado de manera expresa, cuáles son los presupuestos para declarar como persona ausente al imputado.

En sentencia proferida el 15 de Julio de 2008, dentro del radicado 30010 con ponencia del DR. AUGUSTO J IBAÑEZ GUZMAN, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia relaciona de manera concreta y determinada las diligencias que debe realizar el funcionario instructor para declarar persona ausente, tanto de orden formal

como de orden material, reitera y transcribe apartes varias decisiones de esa Corporación, requisitos que reitera y transcribe nuevamente en sentencia del 9 de septiembre de 2015, proferida dentro del radicado SP12247-2015, 44135 con ponencia del DR. GUSTAVO ENRIQUE MALO MARTINEZ:

En consonancia con lo advertido por la Corte Constitucional, esta Sala ha anotado²⁹:

La Corte ha sido reiterativa en sostener que la vinculación del imputado al proceso mediante declaración de persona ausente, no es un procedimiento alternativo al de vinculación personal (mediante indagatoria), sino residual o supletorio, al que solo puede llegarse cuando no ha sido posible hacer comparecer al imputado para que asuma la defensa material, acorde con lo establecido en el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal de 1991 (332 y 344 del actual).

También ha dicho que en desarrollo de la actividad orientada a lograr que el sindicato concurra a rendir indagatoria, el Estado está en el deber de agotar todas las opciones razonablemente posibles para hacerlo, atendiendo la información de que dispone, de manera que la decisión de adelantar el proceso en ausencia suya, sea resultado de una cualquiera de dos situaciones: (1) Que no fue posible su localización, no obstante haberse agotado los medios disponibles para lograrlo; y (2) que habiendo sido informado, ha asumido una actitud de rebeldía frente a los llamados de la justicia, marginándose voluntariamente de la posibilidad de comparecer a rendir indagatoria (Cfr. Casación de 18 de diciembre del 2000, Magistrado Ponente Dr. Mejía Escobar, entre otras).

En ambas hipótesis, la ley ordena cumplir ciertos pasos previos antes de proceder a la vinculación en ausencia: (1) citación a indagatoria; (2) orden de captura; y (3) emplazamiento, siendo cada uno de ellos presupuesto indispensable del siguiente, aunque del primero puede prescindirse cuando el delito por el que se procede permite librar directamente la captura, o no ha sido posible establecer la dirección concreta del implicado (artículos 356, 375 y 376 del Código bajo cuya vigencia se cumplió el trámite del proceso, y 336 del actual).

²⁹ Sentencia del 6 de junio de 2002, radicado 14.722.

Lo importante, sin embargo, para que el acto de vinculación en ausencia sea legítimo, y pueda entenderse garantizado el derecho de defensa, no es simplemente que se cumplan los pasos indicados, sino que el funcionario instructor haya realizado las gestiones necesarias para establecer el lugar o dirección donde puede ser localizado el imputado, y que los datos obtenidos sean incluidos correctamente en las citaciones telegráficas, y en las comunicaciones enviadas a los organismos de seguridad encargados de su localización o captura. De nada sirve que en el expediente aparezca registrado el lugar de residencia del implicado, si estos datos son ignorados por el órgano judicial, o equivocadamente transmitidos a las entidades encargadas de su búsqueda.

En el presente caso, como lo sostiene la Delegada en su concepto, se incurrió en doble falencia: (1) no se ordenaron las pruebas necesarias en procura de lograr la ubicación de la implicada para que concurriera a rendir indagatoria, existiendo en el proceso información que permitía hacerlo, y (2) no se incluyó correctamente en las citaciones telegráficas remitidas a ella, ni en las órdenes de captura enviadas a los órganos de seguridad, la dirección que de su residencia aparecía registrada en el proceso."

(...)

No puede pasarse por alto, en este sentido, que la declaratoria de persona ausente comporta una connotación procesal inescapable, pues, se erige en forma supletoria -que no alternativa, como parecen estimarlo la Fiscalía y el fallador de segunda instancia- de vinculación penal, en cuanto hito procesal necesario para dar comienzo al trámite formalizado, del cual dependen los consecuentes de resolución de situación jurídica -en los casos en que la Ley 600 de 2000 lo exige-, acusación, audiencia preparatoria, audiencia de juzgamiento y fallo.

Por manera que, si a esa declaratoria se llega por un camino ajeno al legal, vale decir, sin intentar primero recoger la indagatoria de la persona o agotar los medios necesarios para lograr su comparecencia, se afecta no solo el derecho de defensa, sino la estructura misma del proceso"

Corolario de todo lo expuesto en precedencia se debe señalar que la vinculación al proceso del imputado, es residual o supletoria, es la última decisión que se debe adoptar después de haber desarrollado toda una actividad orientada a

lograr que el sindicato concurra a rendir indagatoria como forma de vinculación personal, vale decir, es el resultado de haber agotado una serie de diligencias previas que se resumen en: a) identificación plena o suficiente del imputado; b) citación a indagatoria enviada a la dirección acreditada dentro del proceso; c) si no comparece, proferir orden de captura con los mismos fines; d) emplazamiento por el término de cinco (5) días; e) declaratoria del imputado como persona ausente mediante auto de sustanciación motivado; f) designación de un defensor de oficio.

2.- De la nulidad planteada por el apelante.

El apelante no presenta ningún reparo en la utilización de la forma de vinculación por contumacia, así lo manifiesta de manera expresa "el problema no es la utilización de la figura en la medida en que la ley lo permite, sino en los requisitos que no se tuvieron en cuenta para la utilización de la figura y las consecuencias que esto generó en torno a garantías judiciales"³⁰, es decir, la inconformidad la funda respecto de las actividades previas a la declaratoria de persona ausente, en cuanto en su sentir se incurrió en algunas irregularidades que no permitieron la ubicación del sindicato, por lo cual no tuvo la oportunidad de enterarse de la existencia del proceso, presuntos yerros que a su juicio vulneraron el debido proceso y el derecho de defensa.

³⁰ Folio 213 co 1

Para colocarnos en contexto se debe recordar que el Juez de Conocimiento, al referirse a los anteriores planteamientos de la defensa, presentados igualmente en la audiencia de corte marcial, aduce que el Juez Instructor realizó todas la diligencias necesarias previstas en la ley para buscar la comparecencia del imputado al proceso, relaciona de manera detallada las comunicaciones enviadas al imputado MARRIAGA PEREZ a la dirección que aparece acreditada en el proceso, las ordenes de trabajo emitidas a la SIJIN, la orden de captura, las citaciones por una emisora, etc., y con fundamento en ello, da entender que estaban acreditados los presupuestos necesarios para declarar como persona ausente al SLR. MARRIAGA PEREZ, afirmación que funda en lo expresado en la sentencia C-100 de 2003.

Por su parte, para refutar el anterior argumento, el apelante aduce que esa diligencias no fueron suficientes para ubicar a su defendido porque las comunicaciones fueran enviadas a la misma dirección, no se encuentra acreditado que la cobertura de la emisora, en suma afirma que no se realizaron las diligencias necesarias para lograr la comparecencia, afirmaciones que apoya en las sentencias C-488 de 1996, C-100 de 2003, C-424 de 2005 y T-285 de 2013 de la Corte Constitucional; las sentencias proferidas dentro de los radicados 30010 (15 de junio de 2008), 44135 (9 de septiembre de 2015) y 14722 (6 de junio de 2002)

de la Corte Suprema de Justicia; y los radicados No. 155795 del 30 de junio de 2009 y 155794 del 28 de mayo de 2009, del Tribunal Superior Militar.

Además refiere que se incurrió en esas irregularidades no solo en la etapa de instrucción, con lo que se afectó el auto que declaró persona ausente, sino además, en las etapas de calificación y juzgamiento, pues la obligación de búsqueda no termina con la declaración de persona ausente.

Finalmente la DRA. JULIA ISABEL GANTIVA ARIAS, respalda los argumentos del apelante y cita las sentencias C-488 de 1996, C-627 de 1996, C-040 de 1997 de la Corte Constitucional y el radicado 12780, sentencia del 18 de diciembre de 2000 de la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, con la claridad dogmática, conceptual y jurisprudencial que nos dan los razonamientos esbozados en el numeral anterior, en los que se examinó en forma contextualizada algunas de las providencias en las que el Juez de Conocimiento, el apelante y el Ministerio Público respaldan sus argumentos, la Sala entrará a establecer si efectivamente como lo afirma el apelante, se incurrió en una irregularidad procesal en las diligencias que llevaron a la declaratoria de persona ausente del aquí enjuiciado y en las etapas de calificación del mérito del sumario y juicio.

2.1.- En la etapa de instrucción.

Inicialmente ha de señalarse que del estudio realizado al líbello que sustenta la impugnación, se evidencia que el recurrente vertical mutila las providencias de las Cortes, pues presenta como premisas solamente algunas frases o partes de la mismas contenidas en tales decisiones, en esa medida, en forma descontextualizada llega a conclusiones contrarias a lo procesalmente demostrado.

Realizada la anterior precisión, debe señalarse que examinada la actuación procesal realizada antes de producirse la declaratoria de persona ausente, se evidencia que en los formatos de incorporación aparece como lugar de residencia registrado "Los Coquitos (Antioquia)"³¹ (documento "DATOS PERSONALES"), en el formato No. 0429 27740 "Los coquitos MUNICIPIO Apartado DEPARTAMENTO Antioquia"³² y en el "FORMATO No. 5 INCORPORACION SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO" consigna "Los coquitos TURBO ANTIOQUIA"³³.

Las anteriores direcciones de residencia, igualmente las inscribe para sus padres, en los

³¹ Folio 6 co 1

³² Folio 7 co 1

³³ Folio 55 co 1

tres documentos; domicilio que también se refleja en la certificación de la calidad militar expedida por el Jefe de Personal del Batallón de Ingenieros No. 15, al que pertenecía el soldado, "LOS COQUITOS - ANTIOQUIA"³⁴.

De lo evidenciado en los anteriores, se infiere que el domicilio registrado documentalmente en las filas militares corresponde a un lugar o sitio denominado "Los Coquitos" ubicado en los municipios de Apartadó y/o Turbo del departamento de Antioquia, dirección a donde debió enviarse los comunicados, citaciones y demás, conforme a lo preceptuado en el Código Penal Militar y lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, atendiendo lo expresado en el numeral 1 de estas consideraciones.

Revisado el expediente encontramos que el oficio No. 1013 del 7 de mayo de 2014³⁵, dirigido al aquí enjuiciado comunicándole la iniciación del sumario y citándolo a indagatoria para el 15 de mayo de 2014, lo envían a Los Coquitos, Apartadó - Antioquia, documento que fue devuelto por la oficina de correos de ese municipio³⁶; la misma suerte corrieron las citaciones realizadas en oficios 1495 del 24 de junio de 2014³⁷, 1664 del 17 de julio de 2014³⁸, remitidos a Los Coquitos, Turbo - Antioquia.

³⁴ Folio 14 co 1

³⁵ Folio 18 co 1

³⁶ Folio 51 co 1

³⁷ Folios 60, 89 co 1

³⁸ Folios 81, 90 co 1

La misma situación se presentó con los oficios No. 1023 del 7 de mayo de 2014³⁹, mediante el cual se citaba al señor VICTOR MANUEL MARRIAGA y señora IBIS PEREZ, padres del procesado para ser escuchados en declaración, enviado a Los Coquitos, Apartadó - Antioquia; 1496 del 24 de junio de 2014⁴⁰, 1665 del 17 de julio de 2014⁴¹, remitidos a Los Coquitos, Turbo - Antioquia, dirección registrada en los documentos arriba citados.

Se infiere del anterior análisis que el Juez de Instrucción comunicó la iniciación del proceso y citó en tres oportunidades al SLR. MARRIAGA PEREZ para ser escuchado en indagatoria, citaciones que fueron enviadas a las direcciones que aparecen acreditadas dentro del proceso como residencia del hoy enjuiciado, es decir, el Instructor cumplió con enviar los comunicados y citaciones a las direcciones conocidas en el proceso, como segundo presupuesto para luego intentar hacerlo comparecer mediante emplazamiento, dado que el primero de los requisitos se refiere a la individualización, aspecto acreditado dentro del proceso y sobre el cual el apelante no presenta ningún reparo.

Adicional a ello, citó en tres oportunidades a los padres del procesado para ser escuchados en

³⁹ Folios 29, 50 co 1

⁴⁰ Folios 61, 88 co 1

⁴¹ Folios 82, 91 co 1

testimonios, con los mismos resultados, vale, decir, no fue posible ubicarlos.

Pero, las anteriores diligencias no fueron las únicas adelantadas por el Instructor, véase como dispone emitir orden de trabajo a la SIJIN para que realice la búsqueda selectiva en las bases de datos de las empresas de telefonía, en el SISBEN y en el SENA, con el fin de determinar si en esas entidades "se registra alguna dirección de residencia"⁴² de MARRIAGA PEREZ, encargo que ese Organismo de Policía Judicial cumplió con lujo de detalles, como se evidencia en el Informe de Policía Judicial⁴³, en los requerimientos realizados a CLARO, MOVISTAR, SENA y las respuestas recibidas y las consultas realizadas en las bases de datos en el FOSYGA y SISBEN⁴⁴, sin que se evidenciara ninguna otra dirección de residencia registrada.

Mediante oficio No. 1014 del 7 de mayo de 2014⁴⁵, solicitó a la EMISORA COLOMBIA ESTEREO la publicación de un comunicado en el que se informaba al SLR. MARRIAGA PEREZ y se le citaba para que se presentara al Juzgado, el cual fue transmitido durante varios días en horas de la mañana y de la tarde, según certificación expedida por ese medio de comunicación⁴⁶.

⁴² Folio 16 co 1

⁴³ Folios 42 – 43 co 1

⁴⁴ Folios 44, 45, 46, 47, 48, 49, 58 y 63 co 1

⁴⁵ Folio 19 co 1

⁴⁶ Folio 59 co 1

Según constancia secretarial (folio 93 co 1), el día 27 de noviembre de 2014, se realizó contacto telefónico a través de los abonados 3126143231 y 3136143231 registrados en los documentos de incorporación, sin obtener respuesta en el primero de los números y en el segundo, una señora manifestó no conocer a MARRIAGA PEREZ.

Lo anterior para significar que el instructor no se conformó con realizar las citaciones a la dirección conocida dentro del proceso, sino que además, agotó las diligencias necesarias para escudriñar la posible existencia de otros lugares de residencia o domicilio del investigado, no obstante, a pesar de esos esfuerzos no fue posible ubicar otro domicilio.

Cumplido lo anterior, el Juez de Instrucción mediante auto del 26 de diciembre de 2014⁴⁷, en el que afirma que a pesar de haberse realizado las acciones necesarias no fue posible hacer comparecer al imputado, dispone librar orden de captura con fines de indagatoria, como en efecto ocurrió⁴⁸ y la remitió a la Seccional de Investigación Criminal⁴⁹ y al Coordinador del Cuerpo Técnico de Investigación Criminal⁵⁰, en esa medida, se cumplió con el tercer requisito para emplazar y declarar contumaz al investigado.

⁴⁷ Folio 94 co 1

⁴⁸ Folio 95 co 1

⁴⁹ Folio 96 co 1, oficio No. 0055

⁵⁰ Folio 97 co 1, oficio No. 0056

Antes de proseguir debe resaltarse que las órdenes de captura emitidas por los funcionarios judiciales, una vez recibidas por los organismos de Policía Judicial son ingresadas en las bases de datos, las cuales pueden ser consultadas por sus integrantes y los miembros de la Policía Nacional a nivel nacional, en esa medida, la búsqueda no se limita a la jurisdicción en la que fue emitida la orden de aprehensión, sino a todo el territorio patrio.

Mediante oficio No. S-2015-40089 del 11 de febrero de 2015, el PT. IVAN DARIO MOSQUERA ORDOÑEZ de la SIJIN - DECHO, comunica al Juzgado que *"Se realizaron las labores respectivas tendientes a lograr ubicar el paradero de la persona en mención, con el fin de hacer efectiva su captura pero hasta la fecha con resultados negativos"*⁵¹.

Recibida la anterior comunicación, el Juez Instructor mediante auto del 12 de febrero de 2015⁵² dispone que se proceda a emplazarlo mediante edicto, orden que se cumple fijando edicto emplazatorio a partir de las 08:00 horas del día 13 de febrero de 2015 hasta las 17:00 del día 19 de febrero del mismo año⁵³, en esa medida, se cumplió con el cuarto requisito para declarar contumaz al investigado.

⁵¹ Folio 98 co 1

⁵² Folio 99 co 1

⁵³ Folio 100 co 1

Finalmente mediante auto de sustanciación motivado adiado el 24 de febrero de 2015⁵⁴, el Instructor declara persona ausente al SLR. VICTOR JULIAN MARRIAGA PEREZ y le designa como defensor al DR. HAROL DE JESUS LOPEZ MOSQUERA de la Defensoría Pública, a quien notifica esa decisión y posesiona en el cargo de forma inmediata, esto es, se cumplió con los dos últimos presupuestos para vincular en forma legal al imputado, mediante declaratoria de contumacia.

Mediante oficios No. 0320 y 0321 del 24 de febrero de 2015⁵⁵, dirigidos al procesado y enviados a Los Coquitos Apartadó - Antioquia y Los Coquitos - Turbo Antioquia, respectivamente, el Instructor le comunica a MARRIAGA PEREZ esa decisión y a su vez lo cita para que se presente al Juzgado.

El anterior recorrido de la actuación procesal, nos muestra sin ambages que no se presentó ninguna irregularidad en la vinculación del SLR. VICTOR JULIAN MARRIAGA PEREZ al proceso mediante declaratoria de persona ausente, pues, contrario a lo afirmado por el apelante, no solo se realizaron las diligencias necesarias para buscar la comparecencia del sindicado al proceso con el fin de escucharlo en indagatoria, sino que además, se realizaron un sinnúmero de actividades dirigidas a ubicar un arraigo diferente al registrado en los documentos de incorporación y a

⁵⁴ Folios 102 – 103 co 1

⁵⁵ Folios 104 – 105 co 1

su vez, para persuadirlo con el fin de obtener una presentación voluntaria o forzada a través de la captura, con resultados negativos.

Como se señaló arriba, el apelante además de plantear que el Instructor no realizó las diligencias necesarias para hacer comparecer al imputado, afirma que no obra "*prueba de la renuencia del sindicato a comparecer*"⁵⁶, pasando por alto que la renuencia se infiere de todas las actividades realizadas por el Instructor con ese fin, las citaciones por oficio, los comunicados a través de la EMISORA COLOMBIA ESTEREO, las citaciones mediante oficio a los padres del procesado, las órdenes de captura, etc.

Pero además de la deducción razonable a la que se llega de la valoración de las anteriores diligencias, hay una circunstancia que nos permite inferir ese aspecto, según refiere el ST. VICTOR ALFONSO GOMEZ CELY en testimonio rendido el 14 de mayo de 2014, "*Se le marcó al número personal y se llamó la familia y se le informó lo que había hecho el soldado, el Cabo MORENO habló con la mamá del soldado y ella le dijo que el soldado no había tomado contacto con ella, y ella no sabía dónde estaba*"⁵⁷, lo cual nos lleva a colegir que esa comunicación se produjo entre los meses de marzo, abril o mayo.

Luego, si para el día 27 de noviembre de 2014, la secretaria del Juzgado Instructor realizó

⁵⁶ Folio 225 co 1

⁵⁷ Folio 33 co 1

contacto telefónico con los mismos abonados, pero en esta oportunidad una señora manifestó no conocer a MARRIAGA PEREZ, evidente resulta que se trataba de la misma persona a la que se refiere el ST. VICTOR ALFONSO GOMEZ CELY, pero como ya tenía conocimiento de la existencia del proceso, naturalmente niega su relación con el soldado para no verse implicada y en un intento de encubrir al procesado.

Los anteriores razonamientos nos llevan a inferir que efectivamente los comunicados realizados en la emisora para el mes de mayo de 2014, las indagaciones realizadas por parte de la Policía Judicial para dar con el paradero del procesado en cumplimiento de la orden de trabajo, así como las demás gestiones realizadas con el fin de obtener información del paradero del soldado y comunicarle la existencia del proceso, fueron conocidos por el procesado y su familia, a pesar de ello no se presenta al proceso, contexto que nos muestra la renuencia del investigado, razón suficiente para no compartir el argumento del apelante.

Corolario de lo expuesto, ha de señalarse que se halla acreditado que el Juzgado de Instrucción realizó todas las diligencias posibles y necesarias con el fin de hacer comparecer al SLR. MARRIAGA PEREZ para ser escuchado en diligencia de indagatoria, no obstante, ante la imposibilidad de ubicarlo y la evidente renuencia

del imputado a comparecer de manera voluntaria, lo vinculó en forma supletoria declarándolo persona ausente y designándole un abogado para que lo representara en el trámite procesal, vinculación que se halla ajustada a los presupuestos determinados en la ley y precisados en la jurisprudencia, razón suficiente para despachar de manera desfavorable la pretensión de nulidad incoada por el apelante.

2.2.- Etapas de calificación y juicio

Señala el apelante que *"ni la Fiscalía 11 Penal Militar en la etapa de calificación, ni el Juez de Instancia en la eta de juicio hicieron actividad adicional alguna para lograr el conocimiento del acusado de las decisiones que se tomaron en esas etapas procesales. Esto también se cuestiona porque la jurisprudencia ha indicado que la obligación de búsqueda del procesado no cesa con la declaratoria de persona ausente"*⁵⁸.

Efectivamente como lo expresa el apelante la jurisprudencia ha señalado que la búsqueda del procesado no se termina con la declaratoria de persona ausente, pero lo que oculta de manera capciosa o mejor, de manera amañada no refiere que esa búsqueda posterior a la declaratoria de contumacia está condicionada al hallazgo de nuevos datos que permitan ubicar al investigado, por ello, de manera errónea llega a la conclusión

⁵⁸ Folio 219 co 1

que en las etapas de calificación y juicio se omitió esa búsqueda.

Así las cosas, se hace necesario recordar que la Corte Constitucional en la Sentencia C-488 del 26 de septiembre de 1996, con ponencia del DR. CARLOS GAVIRIA DIAZ, precisó lo siguiente:

"La búsqueda del procesado para efectos de informarle sobre la existencia del proceso no se agota con la declaración de persona ausente. Este mecanismo que permite nombrar o designar un defensor que represente al procesado ausente y con él adelantar el proceso, no sustituye la obligación permanente del funcionario judicial de continuar la búsqueda cuando del material probatorio recaudado en el curso de la investigación se hallen nuevos datos que permitan la ubicación del procesado, evento en el cual se debe proceder a comunicarle, en forma inmediata, la existencia del mismo, so pena de vulnerar el derecho de defensa del afectado".

En el caso bajo estudio, a pesar del maremágnum de actividades realizadas por el Juez Instructor no fue posible ubicar un arraigo distinto al referido en la documentación en la que se soportó la incorporación, amén de ello, es evidente que se agotaron las acciones posibles dirigidas a conseguir ese fin, luego, insistir en las mismas o similares actividades, sería como lo reconoce el apelante, obtener los mismos resultados.

Sin perjuicio de lo expresado en precedencia, debe señalarse que las diligencias de búsqueda del investigado nunca cesaron, tampoco se limitaron a la zona del Chocó donde ocurrió el hecho, ni han concluido hasta este momento, pues

la orden de captura 002-2015 proferida con fines de indagatoria, fue librada nuevamente en el auto del 24 de febrero 2015⁵⁹, al momento de definir la situación jurídica al procesado, decisión comunicada a los organismos de Policía Judicial mediante oficios 0600 y 0601 del 12 de marzo de 2015, lo cual significa que la búsqueda aún continúa por parte de esas colectividades en todo el territorio nacional.

Amén de ello, el Fiscal 11 Penal Militar, una vez decretado el cierre de la investigación cita al procesado mediante oficios 0580 y 0581 del 9 de septiembre de 2015, los cuales fueron remitidos a Los Coquitos Apartadó - Antioquia y Los Coquitos Turbo - Antioquia, direcciones acreditadas el proceso, con el fin de notificar esa decisión y lo propio hace con oficios 0803 y 0804 del 12 de noviembre de 2015, dirigidos a las direcciones antes anotadas, después de producida la resolución de acusación, con la misma finalidad.

El mismo procedimiento realiza el Juzgado de Conocimiento después de haber fijado fecha para la audiencia de corte marcial y una vez producida la sentencia, es decir, en estas dos etapas se realizaron las citaciones y comunicaciones correspondientes dirigidas al domicilio acreditado en el proceso.

⁵⁹ Folios 113 – 123 co 1

De los razonamientos precedentes refulge dentro del expediente que, como ocurrió en la etapa de instrucción, en las fases de calificación del sumario y juicio, no se incurrió en ninguna irregularidad en lo que a las garantías procesales de publicidad y comunicación de las decisiones concierne, en tanto que las citaciones al procesado se hallan ajustadas a las previsiones legales, en consecuencia, las pretensiones del apelante no están llamadas a prosperar.

2.3.- Otros aspectos relativos a la nulidad tratados por el apelante.

En un capítulo que denomina la declaratoria de la nulidad, el recurrente plantea varios temas que aunque los refiere de manera tácita a los principios que orientan la declaratoria de nulidades, simplemente los deja diseñados como hipótesis, pero no los desarrolla, es decir, meramente las enuncia pero no expresa las razones fáctico - procesales y jurídicas por las cuales estima que se estructura una causal de nulidad de nulidad y cual la causal concreta.

2.3.1.- Refiere el recurrente *"que en la medida que la Corte Marcial tiene un periodo probatorio, bien hubiese podido pasar que aunque el Juez Instructor hubiera incurrido en la irregularidad, la diligencia debida del Fiscal Penal Militar y el Juez de Conocimiento hubieran permitido la ubicación del sindicado a efectos de lograr la comparecencia o demostrar la renuencia a*

comparecer, siendo de esa manera subsanada la irregularidad y permitir la defensa en el juicio"⁶⁰, esto es, plantea que la presunta irregularidad había podido subsanarse conforme al principio de convalidación.

Partiendo de la conclusión a la que se llegó en el punto anterior, en gracia de discusión de haberse producido la presunta irregularidad alegada, la misma se habría materializado con la coadyuvancia del apelante, dado que viene actuando como defensor desde el cierre de la instrucción con la cual se dio inicio a la etapa de calificación, participó en la misma fase, así como en juicio y nunca solicitó la realización de diligencias diferentes a las ejercitadas dentro del proceso para que se continuara con la búsqueda del procesado.

Aquí ha de resaltarse que la etapa de instrucción se adelantó en el municipio de Unión Panamericana (Chocó), lugar donde se presentó el hecho y en el auto del 24 de febrero de 2015⁶¹ mediante el cual fue declarado persona ausente, le designaron como defensor de oficio al DR. HAROL DE JESUS LOPEZ MOSQUERA, profesional del derecho que tomó posesión el día 27 de febrero de 2015⁶² y que asistió al procesado hasta el cierre de la investigación.

⁶⁰ Folio 226 co 1

⁶¹ Folios 102-103 co 1

⁶² Folio 109 co 1.

Las fases de calificación y juicio fueron adelantadas en la ciudad de Medellín, dado que estos despachos tienen su sede en las instalaciones de la Cuarta Brigada, por lo cual en el auto del 9 de septiembre de 2015⁶³ mediante el cual se dispuso el cierre de la investigación, la Fiscalía Once Penal Militar le nombra al DR. LEONARDO ANDRES CARVAJAL VELASQUEZ como nuevo defensor, quien toma posesión al día siguiente 10 de septiembre de 2015, es decir, el profesional del derecho que presenta la impugnación, viene actuado como defensor desde que se inició la fase de calificación hasta este momento procesal, luego no se advierte la ausencia de defensa técnica que aduce la representante del Ministerio Público, en su concepto.

En ese orden, debe resaltarse que el 9 de septiembre de 2015⁶⁴, el DR. LEONARDO ANDRES CARVAJAL VELASQUEZ se notifica de manera personal del auto mediante el cual se decretó el cierre de la investigación y nuevamente el 13 de noviembre de 2015⁶⁵, se notifica personalmente de la resolución de acusación, no obstante guarda silencio sobre la supuesta omisión de la Fiscalía en la realización de diligencias para buscar al procesado, que hoy alega.

⁶³ Folio 138 co 1

⁶⁴ Folio 144 co 1

⁶⁵ Folio 160 co 1

El 13 de enero de 2016⁶⁶, el DR. LEONARDO ANDRES CARVAJAL VELASQUEZ se notifica de manera personal del auto que dispone la iniciación a juicio y fija la fecha y hora para la realización de la audiencia de corte marcial y también guarda silencio frente a la misma circunstancia.

Hay un hecho aún más diciente directamente relacionado con la audiencia de corte marcial en la que participa el aquí apelante y en la que a su juicio se hubieran podido subsanar las presuntas irregularidades que refiere, según aparece registrado en el acta de la corte marcial, una vez declarada formalmente instalada la audiencia, el Juez ordena que por secretaría se haga comparecer al procesado y ante el anuncio que no se presentó, lo declara ausente, no obstante, el aquí apelante guarda silencio, es decir, se muestra conforme con esa decisión y no hace ningún reparo sobre la presunta omisión del Juez de realizar una nueva búsqueda del procesado.

Continúa el trámite de la audiencia y el Juez corre traslado por el término de dos horas para que las partes soliciten las pruebas que consideren pertinentes y se deja expresa constancia que los sujetos procesales renuncian a ello, es decir, el apelante no solicita la práctica de las diligencias que hoy reclama.

⁶⁶ Folio 170 co 1

Luego, es evidente que el ilustre apelante tuvo varias oportunidades en la audiencia de corte marcial, para solicitar que se practicaran las diligencias necesarias para la lograr la comparecencia del procesado y no lo hizo, igualmente para oponerse a la declaratoria de persona ausente en el juicio y tampoco se opuso o manifestó su inconformidad con esa decisión, en esa medida, en gracia de discusión de haberse producido la irregularidad que reclama, conforme al principio de protección que regula la declaratoria de las nulidades, previsto en el artículo 392.3 de la ley 522 de 1999, el recurrente hoy no puede invocar la nulidad pues con su actuación habría coadyuvado con la ejecución del presunto acto irregular.

Ahora bien, como se dejó sentado en el numeral anterior, de la valoración de la actuación procesal realizada en las fases de calificación y juicio, no se evidencia irregularidad alguna relacionada con las diligencia de comunicación de los actos procesales allí proferidos y se insiste, dado que en la etapa de instrucción se habían agotado innumerables diligencias para buscar la comparecencia del procesado, hoy en estas etapas, repetir las mismas actividades serían actos puramente innecesarios, a más, que la actividad de búsqueda del procesado por parte de los organismos de seguridad del Estado, continúa en forma permanente y en todo el

territorio nacional, dado que la orden de captura sigue vigente.

2.3.2.- De otro lado, el apelante aduce que *"no puede invocarse por parte del A QUO ni del AD QUEM la aplicación del contenido del artículo 391 del Código Penal Militar, dado éste vicio tiene trascendencia en la misma sentencia sin que haya lugar a subsanarlo"*⁶⁷, es decir, de manera expresa cita el principio de trascendencia pero lo ata al contenido del artículo 391 de la ley 522 de 1999, que consagra la oportunidad para invocar las nulidades originadas en la etapa de instrucción, el cual no tiene ninguna relación dogmática con éste y termina reduciéndolo al contenido del principio de residualidad, planteamiento demasiado ambiguo sobre el cual no es posible determinar lo que el recurrente quiso decir.

Afirma además que este Juez Colegiado no puede invocar el contenido del artículo 391 de la ley 522 de 1999, porque el mismo Tribunal ha accedido a examinarlo en otras oportunidades sin esperar el recurso de casación, amén de ello, porque se trata de *"nulidades que tiene origen netamente constitucional con base en el artículo 29 superior que determinan el poder ser alegadas en cualquier momento"*⁶⁸.

Tales planteamientos además de resultar ambiguos, como se anotó, son generales y abstractos e

⁶⁷ Folio 226 co 1

⁶⁸ Folio 226 co 1

incurre en varios yerros protuberantes, al punto de plantear una diferencia inexistente entre nulidades de orden constitucional y legal, que como lo señala la Corte Suprema de Justicia (28 de febrero de 2002 - radicado 15024), la distinción *"entre nulidades de rango constitucional o supralegal (llamadas también jurisprudenciales), y nulidades legales, dejó de tener sentido desde cuando en nuestro sistema procesal penal se pasó de una regulación de formulación casuística de ellas, a una genérica, de actualización de los postulados constitucionales del juez natural, el debido proceso y el derecho de defensa, y se acogió el principio de taxatividad, de acuerdo con el cual solo pueden ser decretadas nulidades por los motivos expresamente previstos en el Código"*.

Ello, por cuanto el artículo 29 de la Constitución Política, solo consagra los principios y garantías elementales que estructuran el debido proceso, sin determinar un consolidado de actos irregulares que pueden considerarse como causales de nulidad, sino que ha delegado esta facultad en el legislador para que a través de la ley, desarrolle ese principio, *"La Constitución en el art. 29 señala los fundamentos básicos que rigen el debido proceso; pero corresponde al legislador dentro de su facultad discrecional, aunque con arreglo a criterios objetivos, razonables y racionales, desarrollar a través de las correspondientes fórmulas normativas las formas o actos procesales que deben ser cumplidos para asegurar su vigencia y respeto"* (CC. Sentencia C-491 de 1995).

El hecho que en el artículo 391 del código penal militar, el legislador haya consagrado que las irregularidades originadas en la etapa de instrucción que no hayan sido invocadas antes de la ejecutoria de la resolución de acusación, solo puedan ser alegadas en casación, no es un simple capricho del legislador derivado de la libertad de configuración legislativa, ni tampoco puede interpretarse como una especie de excepción, como pareciere entenderlo el apelante, por el contrario, corresponde a un claro desarrollo de los principios de progresividad y preclusión de las etapas procesales que rigen el procedimiento penal.

El fin de esa disposición no es otro que proteger la estructura del proceso y evitar la provocación de dilaciones injustificadas por parte de los sujetos procesales, en tanto que, *"Si la ley permitiera la formulación de nulidades contra la resolución de acusación en la fase instructiva, no solo desconocería la estructura fundamental del proceso penal, sino que permitiría a los sujetos dilatar el sumario hasta inclusive provocar prescripciones de la acción penal, ya que podrían presentar peticiones sucesivas e interponer recursos contra los proveídos que las decidieran, tornando interminable la actuación"*, (CSJ 29 julio 2014-radicado 43263).

Ese resultado nocivo para el proceso, es lo que se evidencia que puede presentarse en el caso que nos ocupa, pues bajo el manto de una presunta nulidad, de manera habilidosa el apelante alega

de un lado, presuntas irregularidades en el proceso de vinculación supletoria y extiende sus efectos a las fases de calificación y juicio, pero además, con un argumento falaz e intimidatorio, exige al Ad-quem, la no aplicación de la limitante del artículo 391 del código penal, pues efectivamente, de producirse la nulidad reclamada por el recurrente, automáticamente se materializaría el término de prescripción previsto en la ley, para el delito de deserción, como lo reclama el Ministerio Público de Segundo Grado.

Coherente con las razones expuestas en precedencia, la Sala debe señalar que las irregularidades reclamadas por el apelante, no se evidencian dentro del proceso y por el contrario, salta de bulto que el Juez de Instrucción realizó las diligencias posibles y necesarias para hacer comparecer al imputado al proceso, lo mismo ocurre en las etapas de calificación y juicio, motivos suficientes para no compartir los argumentos del recurrente y del Ministerio Público Ad-quem y despachar de manera negativa las pretensiones de la alzada, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia.

Sin más consideraciones jurídicas, la Segunda Sala de Decisión del Tribunal Superior Militar, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: DESPACHAR DE MANERA DESFAVORABLE Las pretensiones incoadas en el recurso de apelación interpuesto por el DR. LEONARDO ANDRES CARVAJAL VELASQUEZ, en consecuencia, **CONFIRMAR** la decisión adoptada en la providencia adiada el 28 de enero de 2016, mediante la cual el Juzgado Octavo Militar de Brigada, condenó al SLR. VICTOR JULIAN MARRIAGA PEREZ como autor responsable de la comisión del delito de DESERCIÓN, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DEVUELVASE el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Mayor (r) . JOSE LIBORIO MORALES CHINOME
Magistrado Ponente

Brigadier General MARIA PAULINA LEGUIZAMON ZARATE
Magistrada

Coronel (RA) FABIO ENRIQUE ARAQUE VARGAS

Magistrado

Abogada **MARTHA LOZANO BERNAL**
Secretaria