

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No.26

Magistrado Ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 5 de julio de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá condenó a los procesados CESAR AUGUSTO ESPINOSA SOLANO, HELMER ASTUDILLO GARCIA y ALBERTO PARDO RUEDA, a las penas aflictivas de 58, 56 y 36 meses de prisión, respectivamente, como autores responsables de plurales delitos de estafa y falsedad de particular en documento público los primeros, y de varios delitos de estafa el último.

Hechos y actuación procesal.

En el primer semestre del año de 1990, César Augusto Espinosa Solano, comisionista en compra y venta de vehículos, tramitó y obtuvo del departamento de crédito de la empresa "FINANZAUTO S.A." de esta ciudad, un préstamo a nombre suyo por valor de \$1'680.000.00 para la adquisición de vehículo, y cuatro más con igual propósito, por valores diferentes, a nombre de Luz Marina Segura Ordóñez, José Ignacio Astudillo Astaiza, Leonicio Astudillo García, y Jorge Armando Castro Díaz, respectivamente, en cuyas negociaciones se hizo aparecer como supuesta vendedora de los vehículos a la empresa concesionaria "Llanera de Automotores S. A." (LLANAUTOS), de la cual era Coordinador de

Operaciones Alberto Pardo Rueda.

Entre la documentación aportada para la obtención de los créditos, se cuentan sendos pagarés signados por los mutuarios y sus codeudores, con reconocimiento de firmas ante Notario (fls.9, 59, 83, 102-1 y 134-2), e igual número de facturas proforma suscritas por Alberto Pardo Rueda (fl. 58, 82, 101 y 146-1), donde se incluían las características de los vehículos objeto de la venta y su precio.

En razón al incumplimiento en el pago de las cuotas mensuales pactadas, funcionarios de Finanzauto adelantaron las correspondientes averiguaciones, estableciendo que la firma de José Francisco Ruiz Rodríguez, quien se hacía aparecer como codeudor en el primero de los citados préstamos, había sido falsificada, y quienes ostentaban la condición de beneficiarios en los restantes casos, no habían gestionado créditos en dicha empresa.

También determinaron que los vehículos objeto de las supuestas negociaciones nunca estuvieron exhibidos en las vitrinas de la empresa concesionaria "Llanautos S. A", y que las personas que se hacían aparecer como directos responsables de los créditos, eran familiares de Helmer Astudillo García, socio de Cesar Augusto Espinosa Solano.

La investigación penal se encargaría de establecer posteriormente que las autenticaciones y reconocimientos de firmas ante Notario, eran también falsas, al igual que buena parte de la información suministrada para la obtención de los créditos.

Por estos hechos, el funcionario instructor vinculó al proceso mediante indagatoria a Alberto Pardo Rueda y Helmer Astudillo García (fls.282 y 308-1), y por declaración de persona ausente a César Augusto Espinosa Solano (fls.384-1).

Cerrada la investigación, la Fiscalía la calificó el 26 de febrero de 1993 con resolución de acusación contra César Augusto Espinosa Solano y Helmer Astudillo García, por los delitos de falsedad de particular en documento público agravada por el uso, y estafa, cada uno en concurso homogéneo; y, respecto de Alberto Pardo Rueda, por el segundo de los referidos ilícitos, también en concurso homogéneo (fls.474-1).

Rituada la causa, el Juzgado Cincuenta y Cinco Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá condenó a los procesados Espinosa Solano, Astudillo García y Pardo Rueda a las penas principales de 58, 56 y 36 meses de prisión, respectivamente, y multa de \$300.000.00 cada uno, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la pena privativa de la libertad, al declararlos responsables de los delitos imputados en la resolución de acusación. Finalmente, concedió a Pardo Rueda el subrogado penal de la condena de ejecución condicional (fls.402-2).

Apelado este fallo por el defensor del procesado Helmer Astudillo García, el Tribunal Superior de Bogotá, mediante el suyo de 5 de julio de 1994, que ahora recurre en casación el defensor de Alberto Pardo Rueda, lo confirmó en los aspectos objeto del recurso.

La demanda.

Con fundamento en la causal tercer de casación, el demandante acusa la sentencia impugnada de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad, por ausencia de defensa técnica.

En desarrollo del cargo, transcribe doctrina de la Corte sobre el punto, para sostener, con fundamento en ella, que su representado Pardo Rueda no contó con atención profesional durante buena parte de la actuación sumarial, puesto que el abogado encargado de su asistencia no se preocupó de encauzar la investigación, ni sugirió pruebas en orden a presentar una situación distinta de la que revelaba el proceso.

Precisa que Pardo Rueda fue vinculado mediante indagatoria el 5 de marzo de 1991, y llamado a responder en juicio casi dos años después, el 26 de febrero de 1993, sin que su defensor, durante ese tiempo, hubiera presentado escrito alguno en aras de precaver sus derechos sustanciales y procesales.

Una tal situación, no puede ser entendida como estrategia defensiva, puesto que en este caso el defensor no solo dejó de asistir a las diligencias, sino que no interpuso recursos, ni solicitó pruebas, ni copias de los folios procesales. Su efectiva presencia en el proceso vino a materializarse el 16 de marzo de 1993, cuando solicitó la modificación de la medida de aseguramiento, pero omitió sustentar el recurso interpuesto.

El 22 de octubre siguiente, el Juzgado designó a la doctora María Teresa Moreno Rodríguez su apoderada de oficio, quien cumplió con su deber en la audiencia pública, pero sin que hubiera podido solicitar pruebas, puesto que para la fecha en que fue designada ya había precluido el término para hacerlo.

En estas condiciones, fácil es advertir que quien atendió en un comienzo los intereses de Pardo Rueda dejó su suerte al libre albedrío; permitió que el proceso siguiera su trámite de manera impávida; y, no participó activamente en el debate, pues además de no haber solicitado pruebas que hubieran podido ser fundamentales, dejó de controvertir en el momento de su práctica la prueba testimonial que lo incriminaba.

Qué importante hubiese sido la presentación de alegatos precalificatorios; la sustentación de los recursos de reposición y apelación interpuestos contra la resolución acusatoria; o haber solicitado pruebas en el juicio; pero esta última oportunidad también se perdió por la inercia del abogado.

Pide, en consecuencia, casar el fallo impugnado, y decretar la nulidad de lo actuación procesal a partir de la indagatoria de Pardo Rueda (fls.37-3).

Alegato apreciatorio.

El representante de la parte civil asegura que la defensa técnica puede ser ejercitada en el acto de la indagatoria cuando el indagado es un 'técnico o experto' en la materia sobre la cual ha de versar el interrogatorio, como ocurrió en el caso sub judice con el procesado, y que en tales condiciones no es posible afimar su vulneración.

Cuestión diferente es que el funcionario judicial haya dejado de practicar pruebas en favor de Pardo Rueda, pero el proceso contiene todos los medios probatorios posibles de haber sido incorporadas, y si el procesado no se defendió de otra manera, fue por la contundencia incriminatoria de los mismos (fls.55-3).

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal inicia su concepto refiriéndose al contenido y alcance de las nuevas disposiciones constitucionales sobre el derecho a la defensa técnica, frente a la consagrada en la constitución anterior, para sostener que bajo los nuevos preceptos, la defensa técnica adquiere igual importancia en las distintas etapas del proceso, y una mayor cobertura, en tanto que no es suficiente el cumplimiento de las ritualidades que tienden a garantizar la asistencia letrada de un procesado, sino que se exige el real ejercicio de las facultades y actividades dirigidas a la protección de este derecho, según ha tenido oportunidad de precisarlo la propia Corte en jurisprudencia de 9 de mayo de 1995, cuyos apartes pertinentes transcribe.

Una primera conclusión que se deriva de este pronunciamiento, es que ya no es el formalismo de la designación de un abogado el que determina la existencia de defensa técnica, sino su real participación en la práctica de las pruebas y su contradicción, lo que impone reconocer la debida protección del derecho constitucional. Contrario sensu, en aquellos casos en que el defensor -nombrado y posesionado-

abandona el cumplimiento de sus obligaciones, resulta imperioso afirmar la violación de esta garantía fundamental, aún a pesar de la apariencia de su protección.

Este nuevo concepto irriga todo el ordenamiento penal y cubre todas aquellas situaciones no definidas, sin que puedan ser afectadas las decisiones tomadas al amparo de la antigua constitucionalidad, y que se cumplieron con respeto a los parámetros de entendimiento de los preceptos constitucionales correspondientes.

Analizado el caso concreto, se observa que Alberto Pardo Rueda, dentro de la indagatoria rendida el 5 de marzo de 1991, nombró como su apoderado de confianza al doctor Guillermo Rodríguez, quien, a pesar de la condición adquirida, no intervino en las tareas investigativas, ni presentó alegatos de conclusión, limitándose a tomar posesión del cargo, sin ocuparse del asunto que reclamaba su atención.

En ausencia suya se adelantaron no solo las pruebas que hasta el momento procesal de su vinculación habían sido evacuadas, sino otras de no menor importancia, tales como el aporte de varios documentos, la indagatoria de Helmer Astudillo García, inspecciones judiciales y algunas declaraciones de testigos.

La investigación se declaró cerrada el 13 de febrero de 1992. Esta decisión fue notificada de manera personal al apoderado de la parte civil y al representante del Ministerio Público, y por estado a los demás sujetos procesales, habiendo presentado alegaciones únicamente el primero. A partir de entonces solo aparece un auto dando respuesta a una solicitud de otra autoridad, y con fecha 26 de febrero de 1993 la calificación del sumario.

De manera diligente, el defensor del acusado acudió a notificarse de la resolución acusatoria, luego de lo cual presentó recurso de reposición contra la decisión atinente a la cuantía de la caución impuesta a Pardo Rueda, anunciando apelación subsidiaria, para desaparecer de nuevo de la esfera procesal, no volviéndose

a saber de su suerte hasta el 21 de septiembre de 1993, cuando secretaría dejó constancia de su fallecimiento un mes atrás.

Característica de esta actuación procesal es, entonces, la total inactividad del defensor, no como estrategia defensiva, sino como muestra de abandono de la función, constituyéndose esta circunstancia en motivo invalidante del proceso, pues si bien es cierto el abogado elevó una petición, esto no puede ser considerado como ejercicio de la defensa técnica. A tal punto llegó la desatención, que no se preocupó de establecer la suerte de esta petición.

Reafirma la desidia del defensor, el haber dejado vencer, sin actuar, el término previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal. Solo hasta el 22 de octubre siguiente el procesado fue provisto de una abogada de oficio, con quien tan solo se amplió la indagatoria y se desarrolló el debate público.

En estas condiciones, y atendiendo los criterios de la Corte sobre la falta de defensa técnica, se impone la anulación de lo actuado desde la vinculación al proceso del inculcado Alberto Pardo Rueda, por haber sido violada esta garantía fundamental.

Situación similar se presentó en relación con el procesado Augusto Espinosa. Su vinculación del proceso se cumplió mediante declaración de persona ausente el 21 de mayo de 1991, habiendo sido designada de oficio la doctora Ofelia Cecilia Dorado para que atendiera su defensa, quien, una vez posesionada, creyó haber cumplido su tarea, pues no se volvió a tener noticia de ella, y solo el 22 de octubre de 1993 vino a ser reemplazada, cuando ya había expirado el término probatorio, razón por la cual el nuevo defensor se limitó a intervenir en la audiencia pública.

Como puede verse, las particulares condiciones que acompañaron al procesado Pardo Rueda no le fueron extrañas a Augusto Espinosa, quien pese a su contumacia, goza

igualmente de las garantías constitucionales. Por tanto, también en relación con él, se impone la nulidad del proceso a partir de su vinculación.

En los anotados términos, pide casar la sentencia impugnada.

SE CONSIDERA:

Para la Corte ha sido y sigue siendo claro que la defensa técnica, como derecho que el procesado tiene de ser asistido permanentemente por un abogado que lo asesore y represente en el proceso, y que en términos de equilibrio e idoneidad pueda enfrentar al órgano represivo, debe ser ejercitado de manera real, continua y unitaria, de suerte que logre material y efectiva realización en el proceso, siendo el funcionario judicial el llamado a garantizar su ejercicio.

Plurales son los pronunciamientos de la Sala en este sentido, donde además ha sido dicho que la protección de este derecho constituye presupuesto esencial de validez en la relación adversarial que a través del proceso penal se constituye, y que su vulneración se erige en motivo de invalidación de lo actuado.

También ha sostenido que una tal situación puede llegar a presentarse cuando el abogado designado para atender la defensa omite cumplir con los deberes que el cargo le impone, pero que no es la ausencia objetiva de actos positivos de gestión, sino el real abandono del compromiso adquirido, lo que vicia de nulidad la actuación por este motivo, siendo obligación del demandante en casación acreditar su existencia.

Lo anterior, por cuanto no es posible dejar de tomar en cuenta que el defensor, en el cumplimiento de su labor, puede ejercer de manera amplia el derecho de contradicción mediante una activa controversia conceptual o probatoria, u optar por un silencio expectante dentro de los límites de la racionalidad, como estrategia defensiva, susceptible de ser determinada a través de actos procesales que permitan

inequívocamente establecerla, sin que por tal motivo pueda afirmarse inexistencia de tutela profesional.

En el caso sub judice, la propuesta de ataque se funda en la consideración de que el procesado Alberto Pardo Rueda careció de defensa técnica durante la instrucción y buena parte del juzgamiento, ya que el abogado designado por él para representar sus intereses, dejó de participar activamente en el debate procesal, permitiendo que el proceso siguiera su curso sin pedir pruebas, presentar alegaciones, interponer recursos, ni solicitar siquiera copias de la actuación. Solo después de proferida la resolución de acusación hizo presencia efectiva en el proceso, para interponer unos recursos que luego no sustentó.

El examen de la actuación procesal indica que la investigación la inició el Juzgado Treinta de Instrucción Criminal, el 9 de noviembre de 1990, con fundamento en la denuncia penal formulada por el doctor Luis Castañeda Salamanca, abogado de “Finanzauto S.A”, contra César Augusto Espinosa Solano (fls.4, 20, 179-1).

En los días siguientes, el instructor se ocupó de incorporar al proceso los documentos que soportaban los préstamos solicitados por Espinosa Solano, y de oír en declaración juramentada a los funcionarios de “Finanzauto S. A”, que estuvieron a cargo del estudio y aprobación de los créditos (fls.30, 186, 191, 206).

También escuchó en declaración juramentada a Alberto Pardo Rueda, en su condición de Coordinador de Operaciones de “Llanera de Automotores S. A.” (LLANAUTOS), y signatario de las facturas proforma donde aparecían los datos y el valor de los vehículos objeto de financiación, diligencia que se llevó a cabo el 28 de noviembre de 1990 (fls. 58, 82, 101, 146, 213-1).

En ella, Pardo Rueda aceptó haber suscrito las facturas proforma que sirvieron para soportar los préstamos de Luz Marina Segura Ordóñez, José Ignacio Astudillo

Astaiza, Leonicio Astudillo García y Jorge Armando Castro Díaz, y haber recibido el cheque No.3545421 por valor de \$3´600.000.00, correspondiente al préstamo de Astudillo Astaiza, tal como aparece en el documento obrante a folios 78-1, aclarando que de inmediato hizo entrega del mismo a Espinosa Solano. Las facturas las expidió no con el fin de negociar vehículos que estuvieran en su poder, sino porque Espinosa Solano, conocido suyo de negocios, le pidió el favor de facilitárselas para la obtención de unos créditos que ya tenía aprobados (fls.213-1).

No obstante estas explicaciones, el instructor consideró necesaria su vinculación al proceso mediante indagatoria, decisión que tomó en auto de enero 30 de 1991, cobijando con la misma medida a Helmer Astudillo García, y ordenando la captura de Espinosa Solano, en razón a sus reiterados desacatos a los requerimientos del juzgado para que compareciera voluntariamente a rendir descargos (fls. 247-1).

La indagatoria de Pardo Rueda se llevó a cabo el 5 de marzo siguiente, y en ella el imputado designó como su defensor al doctor Guillermo Rodríguez Bohórquez, para que lo asistiera en el trámite del proceso. En el desarrollo de esta diligencia, Pardo Rueda mantuvo lo dicho en su versión inicial (fls. 282 -1).

Después de esta diligencia y hasta antes del 13 de febrero de 1992, fecha en la cual fue clausurado el ciclo investigativo (fls.456), el funcionario instructor escuchó en indagatoria a Helmer Astudillo García (fls.308); declaró persona ausente a César Augusto Espinosa Solano (fls.348, 384 -1); oyó en declaración a Luz Marina Segura Ordóñez, Lilían Astudillo García, José Ignacio Astudillo Astaiza, y Leonicio Astudillo García (esposa, papá y hermanos, respectivamente, de Helmer Astudillo García), los últimos residentes en la ciudad de Popayán, donde se tomaron los testimonios (fls. 386, 447, 448, 449-1); y practicó dos inspecciones judiciales, una en las oficinas de

“FINANZAUTO S.A”, con el propósito de obtener información sobre el estado de las obligaciones contraídas a través de la documentación investigada (fls.359-1), y otra a la Notaría 17 del Círculo de Bogotá, con el fin de establecer la autenticidad de los reconocimientos de firmas y de contenido que presentaban los pagarés (fls. 354-1).

Durante este intervalo, y la actuación procesal subsiguiente, relativa a los traslados para la presentación de alegatos precalificatorios, ciertamente el defensor de Pardo Rueda no presentó petición alguna, pero una vez dictada la resolución acusatoria, se notificó personalmente de ella (fls.498-1), e impugnó la medida de aseguramiento de caución prendaria impuesta a su defendido en la misma providencia, para que le fuera sustituida por juratoria (fls.500-1).

Respecto de esta impugnación ha de precisarse que su rechazo no obedeció a la falta de sustentación, como lo sostiene el demandante. La razón expuesta por el Fiscal acusador para desestimarla, estuvo en la consideración de no haber sido propuesta contra la resolución acusatoria, sino contra una decisión distinta de ella, aunque adoptada en la misma providencia, situación que habría determinado la ejecutoria de la primera y, por ende, la pérdida de competencia para decidir sobre la última, como puede verificarse del estudio de su contenido (fls.503-1).

Iniciada la fase del juicio, el Juzgado 55 Penal del Circuito, mediante providencia de 28 de abril de 1993, ordenó correr traslado a las partes para la preparación de la audiencia pública, y dispuso de oficio la práctica de varias pruebas. De este pronunciamiento se notificó personalmente el doctor Rodríguez Bohórquez, defensor de Pardo Rueda (fls.3 y 11 vto.-2).

Vencido el término de traslado, el Juzgado ordenó seguir adelante con el juicio, tras rechazar las pruebas solicitadas por el apoderado de Helmer Astudillo García, en cuanto estaban referidas a situaciones ya establecidas en el proceso, cuando no a medios

ya oficiosamente ordenados (fls.18, 22-2).

En el desarrollo del período probatorio, se presentó el fallecimiento del doctor Rodríguez Bohórquez, según constancia de 21 de septiembre de 1993, dejada por la Secretaría del Despacho. Por tal motivo, el Juzgado, por auto de 23 de los mismos mes y año, dispuso requerir al procesado Pardo Rueda para que nombrara nuevo defensor, advirtiéndole que de no hacerlo le designaría uno de oficio (fls.209, 211 y 212-2). Transcurrido un término prudencial sin obtener respuesta, fue designada como su defensora la doctora María Teresa Moreno Rodríguez, quien de inmediato tomó posesión del cargo (fls.253 y 255-2).

Durante los días siguientes, el juzgado practicó la mayor parte de la prueba testimonial ordenada de oficio, y escuchó en ampliación de indagatoria a Pardo Rueda, quien estuvo asistido de su nueva defensora (fls.320 -2). Además de intervenir en esta diligencia, la referida profesional estuvo pendiente del trámite probatorio (fls. 313 y vto), compareció a las varias sesiones en que se desarrolló la vista pública, participó activamente en ella y, proferido el fallo de primera instancia, se notificó personalmente del mismo (fls.293, 313 y vto., 344, 356, 369, 380, 455 vto-2).

Dentro del término de ejecutoria de esta decisión, Pardo Rueda interpuso recurso de apelación en su contra y otorgó poder al doctor Diego Corredor Beltrán para que asumiera su defensa, quien de inmediato sustituyó en el hoy recurrente, doctor Luis Ignacio Lyons España. También interpuso recurso de apelación el defensor de Astudillo García (fl. 468, 471, 472-2).

El trámite de la primera instancia culminó con la concesión del recurso interpuesto por este último, y la declaratoria de deserción del propuesto directamente por Pardo Rueda, por no haber sido sustentado en tiempo (fls. 490, 535-2).

Desde una perspectiva puramente formal, resulta entonces claro que el

procesado Alberto Pardo Rueda contó con asistencia técnica durante todo el proceso, en cuanto que estuvo representado por un abogado desde el momento mismo en que fue vinculado mediante indagatoria, hasta la expiración de las instancias, situación que es reconocida tanto por el Procurador Delegado como por el demandante.

Desde el punto de vista de su ejercicio material, es de precisarse que si bien es cierto en algunos pasajes del acontecer procesal los abogados encargados de defender los intereses de Pardo Rueda no solicitaron pruebas, ni hicieron uso del derecho de contradicción, no por ello puede decirse que hayan abandonado la gestión encomendada, dejando al procesado desprovisto de defensa profesional.

Ya ha sido dicho que la ausencia de actos positivos de gestión en el ejercicio de la defensa técnica, no necesariamente implica menosprecio de la función encomendada, puesto que el silencio, dentro de los límites de la racionalidad, es también una forma de estrategia defensiva, no menos efectiva que una entusiasta postura controversial. Lo realmente importante es que el proceso ofrezca elementos de juicio que permitan objetivamente establecer que su inactividad estuvo determinada por una maniobra defensiva, no por abandono de sus obligaciones procesales.

En cuanto dice relación con el comportamiento asumido por el doctor Guillermo Rodríguez Bohórquez, ha de precisarse que la circunstancia de no haber hecho presencia en la fase final de la investigación sumarial, mediante una activa controversia probatoria, no es conclusiva de que hubiera desatendido la gestión encomendada.

De una parte, porque en la etapa procesal subsiguiente se presentaron actuaciones suyas que infirman esta apreciación, como haberse notificado personalmente de la resolución acusatoria y del auto de apertura a pruebas, y haber solicitado a través de los recursos de reposición y apelación la sustitución de la medida de aseguramiento. De otra, porque no puede pretenderse que el defensor asuma una posición inconsecuente

con la realidad probatoria, o asista a la práctica de pruebas que ninguna trascendencia podrían llegar a tener para los intereses que representa.

Del examen de la actividad procesal cumplida después de la indagatoria de Pardo Rueda, claramente se advierte que las pruebas testimoniales practicadas, además de haberlo sido en la ciudad de Popayán, no reportaban interés alguno para su defensa por estar referidas a la conducta de los otros procesados, situación que por igual resulta predicable de las inspecciones judiciales, y es claro que en la indagatoria de Astudillo García no podía estar presente.

Esto explica razonablemente su no intervención en las referidas diligencias, y permite afirmar, que no por haber dejado de asistir a su práctica, resulta posible sostener la tesis de la vulneración del derecho de defensa por abandono de la función de asistencia, sobre todo si se toma en cuenta que después de haber sido proferida la resolución acusatoria, hizo presencia procesal, a través de las actuaciones ya precisadas.

Su pasiva actitud como estrategia defensiva, que no como elemento indicativo de dejación o irresponsable indiferencia, surge inequívocamente de su silencio frente a la resolución acusatoria, para en cambio solicitar la sustitución de la medida de aseguramiento, pues una tal actitud es muestra fehaciente de que aceptaba la acusación, y estimaba no oportuno el ejercicio del derecho a impugnarla.

Otro elemento de juicio que permite afirmar su actitud de expectación frente al proceso, lo constituye la notificación personal del auto de apertura a prueba, y su posterior silencio, puesto que permite afirmar que no fue por descuido o desentendimiento que dejó de presentar memorial de petición de pruebas, sino porque consideró innecesario o inconveniente hacerlo.

Además, ha de tenerse presente que el juzgador ordenó oficiosamente la práctica de pruebas antes de la iniciación del traslado a los sujetos procesales para que presentaran solicitudes en ese sentido, mediante decisión que por su contenido exhaustivo agotó cualquier posibilidad de iniciativa probatoria por los sujetos intervinientes, situación que determinó que la mayoría de ellos guardaran silencio. De esto da cuenta el Fiscal Delegado, quien en memorial dirigido al Juez, sostuvo: “habida consideración de que de manera diligente, el Despacho a su cargo de manera oficiosa proveyó rigurosamente sobre las pruebas a practicar en la etapa de la causa, a ellos nos adherimos, y nos abstenemos de hacer uso del derecho de que trata el artículo 446 del C. P.P.” (fls.20-2).

Aunque el ataque está fundamentalmente referido a la actitud procesal asumida por el doctor Rodríguez Bohórquez, ha de precisarse que la doctora María Teresa Moreno Rodríguez, quien le sucedió en el cargo, además de haber estado al tanto del trámite procesal, asistió a su representado en ampliación de indagatoria, e intervino activamente en la audiencia pública. De suerte que, por razón de su actitud, tampoco es posible afirmar que el procesado Pardo Rueda haya estado privado de defensa técnica.

Las argumentaciones del casacionista en el sentido de cuán importante hubiese sido para el procesado que su defensor hubiera presentado alegatos, impugnado la resolución acusatoria, o pedido pruebas en el juicio, no dejan de ser apreciaciones personales sobre la forma como este profesional habría asumido la defensa de haber sido el apoderado del sindicato, que para nada inciden en la validez de la actuación procesal.

Tanto es así, que ni siquiera especifica las pruebas cuya práctica debió haber solicitado el defensor, y que de haber sido recaudadas habrían determinado una decisión distinta de la adoptada en el fallo, favorable a su representado, pues cuando alude este concreto aspecto se limita a destacar, a manera de ejemplo, la importancia

de haber averiguado sobre las operaciones anteriores de Pardo Rueda y Espinosa Solano con Finanzauto, sin hacer mas precisiones al respecto.

El cargo no prospera.

Casación oficiosa.

En su concepto, el Procurador Tercero Delegado solicita a la Corte hacer extensiva la declaratoria de nulidad parcial del proceso a la actuación cumplida en relación con el procesado no recurrente César Augusto Espinosa Solano, por violación del derecho de defensa, pues sostiene que la abogada encargada de su asistencia técnica omitió, al igual que en el caso anterior, cumplir el compromiso adquirido.

En punto a este planteamiento, es de precisarse que la situación de los procesados no recurrentes solo puede ser modificada por la Corte por virtud del principio de aplicación extensiva consagrado en el artículo 243 del estatuto procesal, que presupone la prosperidad de la censura, y la proyección de sus efectos jurídicos sobre la situación de quienes no ostentan la condición de recurrentes, presupuestos que no se cumplen en el caso objeto de estudio.

La Sala no puede, sin desbordar los marcos propios de su limitada competencia funcional, arrogarse la facultad de estudiar la actuación procesal de quienes no interpusieron el recurso, o habiéndolo interpuesto, les fue declarado desierto o improcedente por cualquier motivo, pues su condición de no recurrente excluye, en principio, la posibilidad de introducir cualquier modificación de su situación jurídica en sede extraordinaria.

Una tal variación, ha sido dicho por la Corte, solo es viable cuando adviene

como consecuencia necesaria de la decisión que se tome en la sentencia en relación con el procesado recurrente, bien sea de oficio o por virtud de la demanda, en cuyo caso, por disposición legal, la competencia de la Corte se amplía para hacer extensivos los efectos del fallo a los no impugnantes (Cfr. Casación de sept.4/96. Magistrado Ponente Dr. Arboleda Ripoll).

Por las razones anotadas, la Sala se abstendrá de analizar la situación planteada por el Procurador Delegado en su concepto.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase al tribunal de origen. CUMPLASE.

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

No

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE CORDOBA POVEDA CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

DIDIMO

PAEZ VELANDIA

NILSON PINILLA PINILLA

Patricia Salazar Cuéllar

SECRETARIA

Proceso No. 9998

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado acta No.18

Magistrado Ponente:

DR. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Santa Fe de Bogotá, D. C., once de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

Resuelve la Corte el recurso de reposición interpuesto por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal contra la providencia mediante la cual decretó la nulidad de lo actuado a partir de la concesión del recurso extraordinario de casación, y declaró desierta la impugnación.

Fundamentos de la decisión.

Se soportó en la ausencia de interés jurídico del recurrente para acceder

al recurso extraordinario, por no haber apelado el fallo de primera instancia, ni haber sido su situación jurídica desmejorada por el ad quem, o revisada en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Argumentos de la impugnación.

1) La conclusión de la Corte, en el sentido de que “el carácter preclusivo de los actos procesales impone a las partes la obligación de alegar la ilegalidad de las decisiones judiciales dentro de la oportunidad que el procedimiento otorga para hacerlo, siendo su silencio manifestación evidente de conformidad con lo resuelto”, no resulta acorde con los principios de derecho procesal.

Esto, porque las normas de procedimiento son de orden público, en cuanto regulan intereses, actuaciones y ritos indisponibles por quienes intervienen en los procesos y, por tanto, su legalidad no puede depender de la conformidad de los sujetos procesales con lo decidido, sino del respeto intrínseco de las providencias al orden jurídico.

La no interposición del recurso o su falta de sustentación, puede ciertamente revelar que el sujeto procesal afectado con la decisión la consiente, mas no que esta aceptación tácita purgue la ilegalidad propia del acto correspondiente.

De esta manera, el silencio de las partes no puede considerarse como renuncia a la revisión de la legalidad de la sentencia, cuando el mismo ordenamiento jurídico permite a los sujetos procesales acudir a la vía extraordinaria para que se produzca esa verificación por motivos constitutivos de nulidad de lo actuado, y cuando oficiosamente se otorga a la judicatura la posibilidad de examinar el fallo en casos en los cuales se han violado las normas sobre competencia, garantías fundamentales y

derecho de defensa.

2) Tampoco es válido sostener, como lo hace la Corte, que “el sujeto procesal cuya situación no ha sido examinada por el superior, carece no solo de interés para recurrir por ausencia de agravio, sino de objeto sobre el cual proyectar la impugnación extraordinaria”, en cuanto que “al no haberse debatido o resuelto favorablemente la nulidad del proceso antes del fallo de segundo grado, conserva interés para recurrir en casación, impugnación a la cual solamente puede acceder una vez dictada la sentencia de segunda instancia”.

En los casos de nulidad, la sentencia de segundo grado, “aún cuando no afecte la situación del recurrente respecto de lo decidido por el Juez a quo, es evidentemente el objeto del recurso extraordinario, dada su condición de decisión ineficaz a la luz del derecho, por haberse configurado una condición que hace ilegal su pronunciamiento -nulidad-”.

3) No es correcto sostener, como igualmente lo hace la Corte, que cuando se pretenda alegar la existencia de un vicio que afecte la “eficacia” de la sentencia de segunda instancia, “corresponde al actor demostrar que le asiste interés para acceder en casación, dando a conocer desde el momento mismo de la interposición del recurso los motivos que le impidieron expresar en tiempo su inconformidad con el fallo de primer grado”, porque esta es una exigencia que no aparece regulada en la ley, siendo por tanto contraria al artículo 84 de la Carta Política, y porque los artículos 306 y 307 del estatuto procesal admiten la posibilidad de alegar en casación la existencia de nulidades, sin someterla a condición alguna.

4) Dentro de una perspectiva garantista resulta inadecuado igualmente desconocer, como lo hace la Corte, la existencia de interés para denunciar violación del derecho de defensa por ausencia de asistencia técnica, si se tienen en cuenta las

finalidades del procedimiento penal y del recurso extraordinario.

Las normas adjetivas, más que reguladoras de formalismos, son mecanismos de protección de los derechos fundamentales de las partes, y su interpretación debe hacerse en la forma que con mayor alcance permita la protección de las garantías del inculcado. Por eso, al margen de que hubiera sido el hoy demandante quien dejó de sustentar el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, lo que debe examinarse es si la de segunda instancia ha sido dictada con respeto a los requisitos de validez establecidos en la ley, no si “causó agravio al recurrente”.

El procedimiento penal y el recurso de casación buscan la tutela de las garantías fundamentales, finalidad de la que surge con claridad que el silencio de las partes respecto de las nulidades ocurridas en fases anteriores al proceso, no afecta la decisión de admitir a trámite el recurso de casación, en tanto que siempre será interés del procesado defender sus derechos, y “el pronunciamiento de la sentencia no tiene la capacidad de subsanar aquellos factores de ineficacia de los actos procesales que surgen de la violación de las garantías fundamentales”.

5) La demanda de casación invoca como causal la tercera, por cuanto el procesado careció de defensa técnica durante toda la fase de instrucción y la primera parte del juicio. Con tal proposición se hace patente que se dirigía a lograr uno de los fines de la casación: la efectividad de las garantías debidas a las personas, en este caso el derecho a la defensa técnica, ciertamente vulnerado en el desarrollo del proceso, como se dejó plasmado en el concepto.

Esta causal de nulidad solo podía invocarse a través del recurso de casación, tal como lo indica el artículo 306 del estatuto procesal, en cuanto que, de haberse presentado antes, había podido ser rechazada por el funcionario judicial. Y, no se alegó dentro del término del artículo 446, porque para entonces el procesado carecía de

defensa.

En las anotadas condiciones, la casación era la vía indicada para proponerla, tal como se hizo, con el propósito de efectivizar uno de los fines del recurso.

6) Del contenido de la actuación se puede constatar que en el presente caso el procesado interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, y que durante el término de traslado para sustentarlo cambió la defensora de oficio por uno de confianza, quien a su vez sustituyó el poder en el casacionista, no habiendo sido fundamentado el recurso.

Esta situación, lejos de significar un acto de convalidación de la nulidad existente, es reflejo de la situación padecida por el procesado, “quien careció a lo largo del proceso de defensa técnica, lo que también impidió materialmente que se sustentara en debida forma el recurso interpuesto”.

Esto pone de presente que en el proceso sí existió manifestación de inconformidad con la sentencia de primera instancia, “pero por la afectación de la garantía del derecho de defensa no se logró la sustentación del mismo, situación diferente a la planteada por la Corte”.

Pide a la Colegiatura, en consecuencia, revocar la providencia impugnada y, en su lugar, pronunciarse sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor de Pardo Rueda.

SE CONSIDERA:

Facultad oficiosa de la Corte en casación.

Del contexto del escrito impugnatorio se advierte que buena parte de las reflexiones del Procurador Delegado están relacionadas con la facultad oficiosa consagrada en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, a la cual pretende darle un alcance que no corresponde a su regulación legal. Por esta razón, la primera tarea de la Corte será hacer claridad sobre este concreto aspecto.

En el trámite casacional pueden diferenciarse tres actos de naturaleza judicial: De concesión del recurso (art. 224 C.P.P.), de admisibilidad formal de la demanda (art. 226 C.P.P.), y de decisión de la impugnación (arts. 228 y 229 C. P. P.). El primero, debe cumplirse ante el Tribunal Superior que profirió la sentencia recurrida, y los últimos en esta corporación.

La facultad oficiosa consagrada en el artículo 228 del estatuto procesal es exclusiva del acto de decisión del recurso, y constituye una clara excepción al principio de limitación que lo preside, en la medida que permite a la Corte pronunciarse mutu proprio sobre motivos no alegados expresamente por el demandante, cuando advierta un factor de nulidad que afecte la legalidad del proceso, o violación manifiesta de las garantías fundamentales.

Los otros dos actos, el de concesión del recurso y calificación formal de la demanda, no participan del principio de oficiosidad, ni permiten su aplicación. De suerte que la Corte no puede, so pretexto de que lo alegado en la demanda es una nulidad, declarar en trámite la impugnación con prescindencia de las condiciones de procedibilidad o sustentación que deben presidirla.

Una tal extensión de este principio, además de no tener fundamento legal, conduciría al desconocimiento del carácter eminentemente rogado y dispositivo del recurso, propio de la razón de ser medio de impugnación extraordinario y no una tercera

instancia, y de claras normas de derecho procesal que imponen la declaración de su improcedencia o deserción cuando los presupuestos de procedibilidad o de sustentación no se cumplen (arts. 224 y 226), sea cual fuere el contenido o naturaleza de la inconformidad expresada por el recurrente.

En síntesis, la Corte no puede sustraerse de la obligación de examinar la concurrencia de los referidos presupuestos; ni avalar el trámite casacional cuando éstos no se cumplen, con el propósito de corregir supuestos vicios de legalidad formal o sustancial de la sentencia de segunda instancia, como pareciera entenderlo el Procurador Delegado, pues esto implicaría aceptar que el recurso de casación es de plena justicia, o una tercera instancia, de pronto con mayor amplitud que las dos ordinarias, y que, por el mero acto de su invocación, el órgano jurisdicente adquiere la facultad-deber de revisar la legalidad del proceso, lo cual contraría abiertamente su naturaleza jurídica como recurso extraordinario.

Del interés para recurrir. Demostración.

1. Principios elementales de procedimiento por todos conocidos enseñan que para hacer uso del derecho de impugnación se requiere tener interés para ejercerlo, y que esta vocación viene determinada por el carácter lesivo de la decisión cuya remoción se persigue, en cuanto haya irrogado un perjuicio concreto a la parte impugnante.

En ocasiones, el interés suele estar supeditado al cumplimiento de exigencias adicionales, como por ejemplo la cuantía de la pretensión (art.221 C.P.P), o circunscrito a unos precisos aspectos de la decisión (art.37B.4 ejusdem, modificado por el 5º de la ley 81 de 1993 y 12 de la ley 365 de 1997), pero siempre sobre el supuesto de existir un agravio.

Se entiende, entonces, que no existe interés para recurrir cuando la decisión no le reporta agravio alguno a la parte impugnante, o cuando existiendo, no se cumplen los requerimientos adicionales del procedimiento; y, se deja de tener, cuando el sujeto agraviado con la decisión la consiente con el silencio. Estos son principios de procedimiento ampliamente reconocidos e implícitamente contenidos y operantes en nuestro régimen procesal vigente.

Por razones de técnica legislativa, derivadas de la dificultad e inconveniencia de poder regular con efectos excluyentes los casos en los cuales faltaría interés para recurrir por ausencia de perjuicio, el ordenamiento jurídico no contiene una regulación expresa al respecto, como sí lo hace cuando introduce restricciones al ejercicio del derecho de impugnación, sino que defiere al funcionario judicial la facultad de determinarlo en cada caso concreto, de acuerdo con los criterios expresados.

Entender, entonces, que el carácter lesivo de una decisión judicial no constituye presupuesto necesario para acceder al derecho de impugnación, o que el silencio de la parte afectada no la priva de la posibilidad de intentar en cualquier tiempo su remoción, contraría la razón de ser del instituto de la impugnación, y por ende de los recursos, concebidos con el exclusivo propósito de ofrecerle a las partes la oportunidad de demandar la revisión de las resoluciones judiciales que sean lesivas a sus intereses, dentro de los perentorios términos que la propia ley establece.

2. La determinación del interés para recurrir no siempre es tarea fácil. Si bien es cierto hay casos en los cuales la naturaleza de la decisión permite al funcionario advertirlo *prima facie*, en otros será necesario consultar el contenido de la impugnación para darle viabilidad al recurso, pues solo de las alegaciones presentadas por el censor podrá inferirse su existencia.

Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando habiendo sido el procesado absuelto, su defensor decide impugnar la decisión, o cuando la sentencia condenatoria es recurrida por la parte civil, pues, en el primer evento, el impugnante deberá demostrar que la revisión que persigue no busca hacer más gravosa la situación de su patrocinado y, en el segundo, que la cuantía de su pretensión numeraria se ajusta a los requerimientos legales.

Cierto es que en el ordenamiento procesal vigente no existe disposición alguna que expresamente establezca esta carga al impugnante, pero no por ello puede afirmarse que no le pertenezca, o que su exigencia advenga contraria a lo establecido en el artículo 84 de la Constitución Nacional. Una comprensión sistemática de la normatividad procesal relativa a las impugnaciones, y un adecuado entendimiento de los principios de procedimiento en que se inspira este derecho, permiten llegar sin mayor esfuerzo a tal conclusión.

Para un intérprete desprevenido, es claro que el interés es un elemento inherente al instituto de las impugnaciones, y como tal, quien pretende ejercerlo debe demostrar su existencia, cuando menos en el acto de la sustentación del recurso.

3. Tampoco es literalmente cierto que siempre que se cuestiona la legalidad formal de la decisión por errores in procedendo, existe de hecho interés para recurrir, sea cual fuere el contenido de la pretensión. Para que el ataque por vicios de procedimiento pueda ser considerado legítimo, se requiere que la actuación irregularmente surtida haya ocasionado un perjuicio real, o represente un daño potencial a quien lo alega, pues no es el carácter público del procedimiento, sino la condición de sujeto procesal afectado, lo que legitima la impugnación. Así, por ejemplo, quien no haya sido comprometido en su derecho de defensa, carece de interés para demandar la nulidad del proceso

argumentando la vulneración de esta garantía en otro sindicado.

Apelación del fallo de primer grado e interés para recurrir en casación.

1. Con fundamento en los postulados que vienen de ser precisados, y en el examen y aplicación de los principios de preclusión de los actos procesales y de limitación funcional del juez de segunda instancia, entre otros, la Corte ha venido sosteniendo que para acceder al recurso extraordinario de casación es indispensable que la parte que lo intenta haya apelado en oportunidad la sentencia de primer grado o, en su defecto, que el superior haya examinado su situación jurídica en virtud del grado jurisdiccional de consulta, o la haya desmejorado con ocasión del recurso de apelación interpuesto por otro sujeto procesal, porque de lo contrario carecería de interés para recurrir.

El principio de preclusión de los actos procesales, inspirado a su vez en los postulados de seguridad de las actuaciones y resoluciones judiciales, ha sido dicho, impone a las partes la obligación de ejercitar sus derechos (entre ellos la impugnación), en las oportunidades que la ley establece para hacerlo, so pena de que la facultad procesal correspondiente precluya.

El de limitación, consagrado en el artículo 217 del estatuto procesal (modificado por el 34 de la ley 81 de 1993), circunscribe el ámbito de competencia del ad quem a los aspectos que constituyen el objeto de la impugnación, haciendo que el fallo de segundo grado tenga su propio ámbito de validez personal, formal y material.

En este orden de ideas, si cualquiera de los sujetos procesales se abstiene de interponer o sustentar en tiempo el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, estando en condiciones de hacerlo, ha de entenderse que se muestra conforme con la decisión proferida, y que en virtud de este derecho de conformidad, el superior no puede, motu proprio, entrar a examinar su situación jurídica.

Esta postura, que no es nueva, como pareciera entenderlo el Procurador Delegado, pues se remonta al mes de agosto de 1995, ha venido siendo objeto de precisiones y desarrollos jurisprudenciales, como es apenas normal que acontezcan en todo proceso de interpretación jurídica.

En una primera oportunidad la Corte, con ponencia del Magistrado doctor Dídimo Páez Velandia (Auto de agosto 9 de 1995), fue terminante en afirmar que si el recurrente en sede extraordinaria había dejado de apelar la sentencia de primer grado, carecía de interés para recurrir, a menos que se presentara una cualquiera de estas dos situaciones: a) Que el fallo de primer grado (no apelado) estuviera sujeto al grado jurisdiccional de consulta; y, b) Que la situación jurídica del recurrente en casación hubiese sido desmejorada por virtud de la apelación interpuesta por otro sujeto procesal, o los efectos vinculantes de la decisión de segundo grado.

En posterior decisión, con ponencia de quien ahora cumple igual cometido, la Corte admitió la existencia de interés para recurrir cuando el motivo de casación invocado consistía en la imposibilidad de haber podido impugnar el fallo de primer grado por ausencia de defensa técnica, o a causa de una indebida notificación de la sentencia, pues se consideró que la procedencia del recurso de casación no podía condicionarse al cumplimiento de una exigencia a la cual la parte no había tenido posibilidad de acceder (Auto de agosto 5 de 1997).

Estos criterios son los que en la actualidad sustentan la postura de la Sala en torno al punto analizado.

2. En su escrito impugnatorio, el Procurador Delegado pone de presente el contenido de los artículos 306 (artículo 39 ley 81/93) y 307 del Código de Procedimiento Penal, para sostener, que de acuerdo con estos preceptos, las nulidades originadas en la fase instructiva, hayan o no sido resueltas, solo pueden ser debatidas en el recurso de casación, y que en tales condiciones no resulta acertado exigir a quien la invoca, que apele el fallo de primer grado, cuando de antemano se sabe que puede ser rechazada por el juzgador ad quem.

Esta postura resulta razonable si se toma en cuenta que el sujeto procesal no tiene otra oportunidad para presentar o replantear esta clase de alegaciones, sino en el recurso extraordinario de casación, y que la negación o restricción de la posibilidad de hacerlo en dicho estadio procesal, puede derivar en la vulneración del derecho a la impugnación.

Una tal situación, lleva a la Sala a reexaminar el tema, para precisar que no solo en los casos señalados por la Delegada, sino en todos los eventos en los cuales se postule la existencia de vicios in procedendo, originados en la fase de la instrucción o la subsiguiente del juicio, resulta viable recurrir la sentencia de segunda instancia en sede extraordinaria, sin que sea necesario para acceder a ella, que el impugnante haya apelado el fallo de primer grado. Esto, en la medida que la actuación irregularmente surtida haya ocasionado un perjuicio real, o represente uno potencial para el recurrente.

Esta nueva postura jurisprudencial encuentra también sustento en la consideración de que la aceptación del contenido material del fallo, revelada a través del silencio de parte, solo resulta válida si el procedimiento que lo sustenta es legítimo, y

en la circunstancia de ser la casación en nuestro medio, fundamentalmente un juicio de validez, como puede inferirse del contenido de los artículos 219 y 228 del estatuto procesal.

Lo dicho no significa que quien acude en sede extraordinaria en procura de obtener la nulidad, pueda hacerlo sin que hubiese sido agotada la segunda instancia. En el procedimiento penal no tiene cabida el instituto de la casación per saltum. Por eso, quien pretenda ejercer este derecho, debe tener en cuenta que para ello debe mediar fallo de segundo grado, y que es su obligación propiciar este pronunciamiento cuando las otras partes no lo hagan, pues si omite hacerlo, no podrá después intentar el recurso de casación, por no existir sentencia de segunda instancia contra la cual proponerse.

En tratándose, entonces, de la alegación de errores in procedendo, derivados de irregularidades ocurridas en desarrollo del proceso, no necesariamente se requiere haber apelado el fallo de primer grado para poder acceder al recurso extraordinario, punto en el cual se precisan los pronunciamientos anteriores de la Sala.

3. Retomando los planteamientos expuestos, se concluye que el sujeto procesal que no haya impugnado el fallo de primer grado, solo tendría interés para recurrir en casación la sentencia de segunda instancia, en los siguientes casos:

a) Cuando por virtud del recurso interpuesto por otros sujetos procesales, o los efectos vinculantes de la decisión de segundo grado, el pronunciamiento afecte su situación jurídica en forma desfavorable;

b) Cuando el fallo de primera instancia esté sujeto al grado jurisdiccional de consulta, cualquiera que sea el contenido de la decisión de segunda instancia; y,

c) Cuando la casación verse sobre nulidades.

4. Atendiendo el contenido de las argumentaciones del Procurador Delegado en torno al punto de las nulidades, oportuno es precisar que la Corte no ha puesto en tela de juicio el carácter público de las normas procesales; tampoco ha pretendido desconocer el principio de obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley, ni se ha ocupado, porque no puede hacerlo, de establecer a priori si el proceso adolece o no de vicios in procedendo.

El Procurador olvida que el fallo de segunda instancia está amparado con la doble presunción de acierto y legalidad para todos los efectos, y que es este fenómeno jurídico lo que hace que deba considerársele exento de todo vicio, indistintamente que en relación con él las partes hayan o no guardado silencio.

El caso concreto.

Como se recuerda, contra la sentencia de primera instancia de 28 de febrero de 1994, mediante la cual el Juzgado 55 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá condenó a los procesados César A. Espinosa Solano, Helmer Astudillo García y Alberto Pardo Rueda, por los delitos de estafa y falsedad, interpusieron recurso de apelación los últimos, siendo sustentado en oportunidad únicamente por el defensor de Astudillo García. Esto determinó que el Juzgado declarara desierta la impugnación propuesta por Pardo Rueda, y que el Tribunal, al conocer en segunda instancia, solo se pronunciara sobre la situación jurídica de Astudillo García (fls. 535-2 y 4-3).

Uno de los varios argumentos presentados por el Procurador en punto a demostrar la existencia de interés jurídico del procesado Pardo Rueda para recurrir, consiste en que éste expresó oportunamente su inconformidad con la decisión proferida en primera instancia, pero debido a la ausencia de defensa técnica, el recurso interpuesto debió ser declarado desierto por falta de sustentación.

Esto es cierto solo en parte. Del examen del caso analizado se establece que Pardo Rueda efectivamente apeló en tiempo el fallo de primer grado, y que el juzgador debió luego declararlo desierto por no haber sido sustentado oportunamente (fls.467, 535), pero lo que no es verdad, es que esto haya obedecido a la ausencia de defensa técnica.

Dictada la sentencia, el procesado reemplazó su defensora de oficio por uno de confianza, quien antes de vencerse los términos para la fundamentación del recurso, sustituyó el poder acabado de recibir en el hoy recurrente en casación (fls. 468, 471 del cuaderno original No.2), profesional que no obstante encontrarse en término y condiciones de sustentarlo oportunamente, no lo hizo en tiempo.

De allí que no resulte pertinente afirmar que la ausencia de sustentación oportuna del recurso de apelación haya obedecido a las razones expuestas por la Delegada. Pero en cuanto el único cargo al que se acude en la demanda dice relación con un motivo de nulidad, ha de concluirse que al impugnante le asiste interés para recurrir, según se deja visto en precedencia.

Se revocará, por tanto, la decisión impugnada, y se ordenará proseguir el trámite de la casación.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

R E S U E L V E:

1. REVOCAR la decisión mediante la cual se decretó la nulidad del trámite casacional.
2. Ejecutoriada esta determinación, vuelvan las diligencias a Despacho

para decisión del recurso.

Notifíquese y cúmplase.

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL RICARDO CALVETE RANGEL

JORGE CORDOBA POVEDA CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

Salvamento de voto

DIDIMO PAEZ VELANDIA NILSON PINILLA PINILLA

Patricia Salazar Cuéllar

SECRETARIA

Proceso No. 9998

SALVAMENTO DE VOTO

Con toda la consideración que me merece la decisión mayoritaria de la Sala, estimo que no se debió haber revocado el auto de febrero 3 de 1998 que declaraba la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia sobre la base de que el recurrente en casación no tenía interés para impugnar, dado que no había cumplido con la carga de sustentar la apelación. Dijo así la Sala:

“Tampoco es dable afirmar interés por la posible presencia de vicios in procedendo que hubiesen vulnerado el derecho a impugnar en apelación el fallo de primer grado, pues si bien es cierto el cargo propuesto en la demanda de casación se fundamenta en la ausencia de defensa técnica, este presunto vicio ninguna relación guarda con la ausencia de sustentación del recurso de alzada, toda vez que cuando esta omisión se presentó, ya fungía como defensor del procesado Pardo Rueda el hoy demandante.

Si, como se ha señalado, para la procedencia del recurso extraordinario de casación, al igual que para los ordinarios (art.196 del C.P.P.) es presupuesto necesario la concurrencia de interés jurídico, y éste no se cumple en el presente caso, ha de concluirse que el interpuesto por el defensor del procesado Alberto Pardo Rueda no debió ser admitido”.

Ahora la Sala, para revocar su decisión, argumenta:

“Una tal situación (se refiere a la que se deriva de los artículos 306 y 307 del C.P.P. en la medida en que condicionan las oportunidades para alegar nulidad y, entonces, no resulta acertado exigir a quien la invoca que apele el fallo de primer grado, cuando de antemano se sabe que puede ser rechazada por el ad quem) lleva a la Sala a reexaminar el tema, para precisar que no solo en los casos señalados por la Delegada, sino en todos los eventos en los cuales se postule la existencia de vicios in procedendo, originados en la fase de la instrucción o la subsiguiente del juicio, resulta viable recurrir la sentencia de segunda instancia en sede extraordinaria, sin que sea necesario para acceder a ella, que el impugnante haya apelado el fallo de primer grado. Esto, en la medida que la actuación irregularmente surtida haya ocasionado un perjuicio real, o represente uno potencial para el recurrente”.

“...”

“Lo dicho no significa que quien acude en sede extraordinaria en procura de obtener la

nulidad, pueda hacerlo sin que hubiese sido agotada la segunda instancia. En el procedimiento penal no tiene cabida el instituto de la casación per saltum. Por eso, quien pretenda ejercer este derecho, debe tener en cuenta que para ello debe mediar fallo de segundo grado, y que es su obligación propiciar este pronunciamiento cuando las otras partes no lo hagan, pues si omite hacerlo, no podrá después intentar el recurso de casación, por no existir sentencia de segunda instancia contra la cual propone”.

Y frente al caso concreto, señala:

“Esto es cierto solo en parte (el argumento de que fué por ausencia de defensa técnica que la apelación contra el fallo de primer grado se declaró desierta por falta de sustentación). Del examen del caso analizado se establece que Pardo Rueda efectivamente apeló en tiempo el fallo de primer grado, y que el juzgador debió luego declararlo desierto por no haber sido sustentado oportunamente (fls. 467, 535), pero lo que no es verdad, es que esto haya obedecido a la ausencia de defensa técnica”.

“....”

“De ahí que no resulte pertinente afirmar que la ausencia de sustentación oportuna del recurso de apelación haya obedecido a las razones expuestas por la Delegada. Pero en cuanto el único cargo al que se acude en la demanda dice relación con un motivo de nulidad, ha de concluirse que al impugnante le asiste interés para recurrir, según se deja visto en precedencia “.

La decisión, así concebida, conduce a consecuencias prácticas que no me parecen consistentes con la estructura del proceso penal colombiano. Las glosas que le formulo podrían condensarse en lo siguiente:

1. El proceso, y cada acto procesal en particular, pueden ser defectuosos o incorrectos, es decir, pueden ser violatorios de las reglas del procedimiento, o pueden aplicar erróneamente la ley sustantiva.

1. Para preservar la actividad judicial de esa clase de errores, la ley regula un complejo sistema de medidas correctivas al interior del procedimiento, pero tales medidas no se manifiestan de cualquier manera, ni son de utilización o invocación libre, ni pueden proponerse de cualquier manera y en cualquier oportunidad, y lo hace porque el concepto mismo de proceso supone la existencia de un orden y una disciplina predefinidos por el legislador y, consiguientemente, no disponibles ni por las partes, ni por el juez, a su antojo o a su buen criterio.

1. Esas reglas que disciplinan el proceso han permitido construir una conceptualización del mismo. Han permitido predicar que se rige por razones de lógica y por razones de finalidad, y que sus actos, como sucesión de unos respecto de los otros, también responden a un criterio cronológico.

1. Sin embargo, es del resorte del legislador optar por el modelo de proceso y por sus particularidades, dentro del mínimo que la Constitución le exige. De ahí que pueda definir cuándo y cómo debe producirse el acto procesal, quien está autorizado para realizarlo, con qué condiciones y bajo qué presupuestos.

1. En lo que tiene que ver con recurso de casación, y en general con el derecho de impugnar las decisiones judiciales, la ley señala cuáles sentencias son susceptibles de cada una de las formas de impugnación y dentro de qué exigencias. Es una de éstas el interés para recurrir, y uno de sus desarrollos más consolidados sistemáticamente exige que la parte o sujeto procesal recurrente en casación haya apelado la sentencia de primera instancia o que, no habiéndolo hecho, la segunda le cobije desfavorablemente. El fallo, entonces, se consiente tanto por dejar de impugnarlo como por incumplir la carga de fundamentar el recurso habiéndolo recurrido. Y en esos eventos no puede habilitarse la Casación.

1. Precisamente eso fué lo ocurrido en este proceso. El acusado se abstuvo de sustentar el recurso de alzada contra el fallo de primera instancia; la defensa no lo impugnó y la sentencia de segunda instancia, simplemente se limitó a examinar la situación de quienes habiendo apelado fundamentaron el recurso.

1. La Sala, en cambio, admite el recurso por dos razones: Porque en éste evento, de todas maneras fué agotada la segunda instancia. Y porque como el único cargo es de nulidad (que no se podría haber alegado para propiciar la apelación dadas las limitantes impuestas en los arts. 306 y 307 del C.P.P.) al impugnante le asiste interés para recurrir en Casación.

1. El argumento, desenvuelto en su sentido contrario, implicaría: a) Que si el procesado hubiese sido único, no habría lugar a la casación. (Puesto que no existiendo otros recurrentes, el Tribunal no habría dictado sentencia de segunda instancia y, por

consecuencia, el recurso extraordinario implicaría una especie de Casación contra fallos de primer grado). b) Que el motivo de casación determina el interés como presupuesto procesal del recurso.

1. La tesis no solo constituye una injustificada discriminación para casos en que no se apela o sustenta la apelación, y por cualquier otro motivo no hay lugar a segunda instancia, sino que termina superponiendo el presupuesto procesal del interés con el motivo de Casación. Y por ese camino se superponen además la admisibilidad del recurso con su fundabilidad y con los momentos en que cada uno de ellos se examinan.

1. Por la vía que se adopta, cualquiera podrá invocar en un futuro que la ausencia del recurso de apelación evidencia la violación del derecho de defensa. De hecho, así se argumentó parcialmente la petición de reposición, hasta el punto de que la Sala termina realizando un análisis frente a la garantía aludida, aunque para expresar que esa no es la motivación por la que revoca.

1. Cuando los artículos 306 y 307 del C.P.P. señalan que las nulidades que no sean alegadas hasta el término de traslado común para preparar la audiencia, solo podrán ser debatidas en el recurso de casación, y que quien alegué una nulidad no podrá formular nueva solicitud sino por causal diferente o hechos posteriores, salvo en el recurso de casación, debe entenderse que tales salvedades suponen que sea posible dicho recurso.

El problema seguramente radica en que el legislador adoptó una fórmula que tendría plena

justificación, dentro de la instancia respectiva, en el sentido de impedir que la misma nulidad se invoque sucesiva y dilatoriamente primero en la instrucción y luego en el juzgamiento, pero cuya implicación no tiene que llevarse al extremo de que sería un motivo suficiente para dejar de recurrir la sentencia de primera instancia, o para denegar la procedencia del recurso contra ella.

Generalmente las fórmulas de éste corte no buscan crear momentos preclusivos o factores impeditivos, sino causales de saneamiento o de infundabilidad de la nulidad. Y es preferible, interpretar las normas pertinentes en la perspectiva de la improsperidad, que desestructurar el recurso de casación y sus presupuestos.

Con todo respeto,

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR