

Proceso No 21303

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 021

Bogotá, D.C., seis (6) de abril de dos mil cinco (2.005).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado JHON ALBERTO MORENO MATEUS contra la sentencia del 9 de diciembre de 2002, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó el fallo anticipado proferido el 25 de junio de ese mismo año por el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal del Circuito, que lo condenó a la pena de prisión de cuarenta (40) meses y dieciséis (16) días y le impuso la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo período de la privativa de la libertad, al hallarlo responsable de un concurso heterogéneo de peculado por apropiación y falsedad en documento privado en concurso homogéneo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

El 14 de marzo de 2000 ante la Fiscalía General de la Nación, Flor Elisa Noriega Murcia abogada de la división jurídica del banco del Estado denunció a JHON ALBERTO MORENO MATEUS porque en su condición de inspector de caja de la Oficina San Martín de esa entidad crediticia, el 24 de diciembre de 1999, los días 5, 21 y 27 de enero y el 2 de

febrero de 2000 mediante notas de débito falsas de cuentas por pagar del Fondo de Empleados del Banco del Estado y del Instituto de los Seguros Sociales, se apropió de la suma de \$19.232.280 que acreditó a su cuenta personal a través de notas también espurias.

Con fundamento en la denuncia y las copias de la investigación interna adelantada por funcionarios del citado banco, el 30 de marzo de 2000 la Fiscal Seccional 195 ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá declaró la apertura formal de investigación.

El 12 de junio de ese año fue oído en indagatoria MORENO MATEUS y luego de practicarse algunas pruebas pedidas por la defensa y atender múltiples solicitudes elevadas por ésta, el 17 de noviembre

de 2000 se decretó su detención preventiva como autor de los delitos de falsedad material de particular en documento público agravada por el uso y estafa.

Luego de modificada por el ad quem la calificación jurídica provisional de la conducta por apelación del Ministerio Público y escuchado un testigo, el 17 de septiembre de 2001 la Fiscal 199 Seccional clausuró formalmente la investigación y el 7 de noviembre de ese año acusó al procesado de los punibles de peculado por apropiación y falsedad en documento privado en concurso homogéneo de conductas punibles.

Ejecutoriada la acusación, el adelantamiento del juicio correspondió al Juez Cuarenta y Cinco Penal del Circuito de Bogotá, ante quien el acusado formuló petición de sometimiento a sentencia anticipada en el término de traslado y efectuada la audiencia de imposición de cargos, dictó la sentencia que al ser recurrida fue confirmada por el Tribunal, fallo este objeto de la impugnación extraordinaria.

DE LA DEMANDA:

Al amparo de la causal 3ª del artículo 207 de la ley 600 de 2000 se postula un único cargo relativo a la nulidad de la actuación por la comprobada inexistencia de defensa técnica.

En la censura se expresa que aunque el procesado fue asistido por un abogado a lo largo del proceso no contó con defensa, porque el mismo lo mantuvo engañado al apoderarse del dinero que debía ser entregado a la fiscalía, razón por la cual en el fallo se habla de un reintegro parcial de los dineros.

Luego de señalar que en la injurada el acusado se comprometió a cancelar en el plazo de un mes el saldo de lo apropiado, pues para esa fecha había reintegrado \$11.757.130, su representante se quedó con \$17.500.000 que le fueron entregados en el período comprendido del 29 de febrero de 2000 al 12 de enero de 2001 con ese fin.

Ese comportamiento del profesional del derecho según el censor, le negó la posibilidad al inculpado de acogerse a la sentencia anticipada en la etapa instructiva y de obtener otros beneficios, pues la pena que debía corresponderle con arreglo a ella -20 meses 21 días- es muy inferior a la finalmente impuesta.

El demandante advierte que antes de la resolución de la situación jurídica de MORENO MATEUS este ya había reintegrado la totalidad de lo apropiado ilícitamente, obedeciendo la duplicación de la pena al comportamiento del togado que tomó para sí el dinero, como inconcebible también que hubiera dejado transcurrir el tiempo sin solicitar la sentencia anticipada, con lo cual le hizo perder beneficios a los que tenía derecho su asistido.

Señala el actor que la falta de sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la acusación es una prueba más de la ausencia de defensa técnica, pues lo que perseguía el abogado era dilatar el proceso para que al proferirse la sentencia obtuviera algún beneficio que le impidiera al encausado percatarse del engaño al cual se encontraba

sometido, lo cual le mereció una mayor pena y la pérdida del sustituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Luego de apoyarse en decisiones de la Sala sobre el ejercicio de la defensa técnica, concluye que el apoderado de MORENO MATEUS fue negligente y le causó perjuicio a los intereses de su defendido, señalando como inexplicable que el tribunal no hubiera atendido su petición de nulidad, haciendo de ese modo más gravosa la situación de aquel.

Para el censor las irregularidades que se describen en la demanda originaron el cambio de defensor y su denuncia en el Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía General de la Nación antes de que se hubiera proferido el fallo de segunda instancia, por lo que la Corporación incurrió en error de hecho y de derecho cuando se abstuvo de pronunciarse frente a la petición de nulidad, sin que advirtiera la anomalía que afectaba las garantías del inculpado.

Pide el recurrente casar la sentencia decretando la nulidad de lo actuado porque la irregularidad es insubsanable.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

El Procurador Tercero Delegado con la finalidad de establecer si la pretensión del libelista puede acogerse, examina la versión libre que ante las autoridades del banco rindiera el encausado donde confesó la apropiación, la demanda de constitución de parte civil en la cual se señala que por autorización de él se le retuvieron \$1.127.999 correspondientes a su liquidación y la indagatoria en donde además de admitir el anterior reintegro, hizo entrega de una copia de consignación en depósitos judiciales por un valor de \$4.500.000, comprometiéndose a la cancelación total del dinero tomado con sus cesantías, los ahorros que tenía en la caja de empleados y con otros recursos que obtendría dentro del mes siguiente.

Observa que posteriormente el apoderado del acusado entregó un nuevo recibo de depósitos judiciales por un millón de pesos y que la fiscalía a petición de aquel insistió ante el fondo de cesantías Porvenir en la consignación de ellas a nombre de la autoridad judicial como abono a lo adeudado, con lo cual queda demostrada su intención de reintegrar todo el dinero apropiado.

Seguidamente señala que no hay constancia procesal que el fondo de cesantías hubiera procedido conforme lo solicitara la fiscalía ni la parte civil informó sobre abonos distintos a los reseñados, mientras en la audiencia de formulación de cargos el defensor públicamente y en presencia de su asistido manifestaba que el dinero reintegrado no superaba los once millones de pesos, sin que el inculcado expresara alguna inconformidad ni se la comunicara al juez a pesar de haber tenido oportunidad de hablar directamente con él.

Encuentra que a partir del trámite de la segunda instancia por intermedio de un nuevo profesional del derecho el procesado hace saber que su anterior apoderado se quedó con 12 millones de pesos destinados al reintegro del dinero apropiado, aportando copias simples de dos letras de cambio por ese valor extendidas a favor de MORENO MATEUS y de varios recibos expedidos por aquel que suman \$9.500.000.

De ese modo el Procurador Delegado concluye que no está probado que el acusado hubiera reintegrado la totalidad de lo apropiado antes de la resolución de acusación o de la sentencia de segunda instancia ni ahora, lo cual no le impide aceptar que le asiste razón al casacionista cuando afirma que la garantía de la defensa técnica no se satisface con la simple designación de un abogado, pues se exige que las obligaciones y deberes asumidos los cumpla con honestidad, eficiencia, eficacia y pulcritud.

En su sentir un defensor que se apodere de los dineros destinados para el resarcimiento del daño no responde con las exigencias que la protección de los derechos fundamentales reclama, pues en lugar de mejorar la situación perjudica al encausado

que confiado en sus conocimientos, experiencia profesional y pulcritud se desentiende del proceso y se entrega a los buenos oficios de quien presume está atento a las incidencias procesales.

Sin embargo, como la afirmación de la demanda se sustenta en las afirmaciones del inculcado y no en lo que revela el expediente, como en copias simples aportadas en el trámite del recurso cuando habían precluido las oportunidades probatorias, así eventualmente pudieran ser apreciadas en guarda de las garantías fundamentales, y sin que las aseveraciones de dinero entregado sin recibo fueran incorporadas como evidencia al proceso lo que impide tenerlas por probadas en esta sede, concluye que no se ha demostrado el hecho que fundamenta la petición de nulidad.

Por lo demás, precisa que si el cumplimiento de los deberes del togado se encuentra cuestionado, el expediente no cuenta con pruebas que permitan afirmar que específicamente en esa forma traicionó sus obligaciones, porque aun cuando se aceptara que se apropió del dinero que con otros fines le entregara MORENO MATEUS, no se ha probado cuando se hizo su entrega en un monto igual a lo que debía reintegrarse, ni que se le hubieran impartido instrucciones para que solicitara la sentencia anticipada en la investigación sin que lo hiciera.

En consecuencia, el Procurador Delegado pide que la demanda sea desestimada y no se case la sentencia materia de impugnación.

CONSIDERACIONES:

La censura se encamina a demostrar la ausencia de defensa técnica del procesado a partir del incumplimiento de los deberes de lealtad y honradez del abogado que lo representó en gran parte del proceso, pues al supuestamente quedarse con parte del dinero que le fuera entregado por aquel para reintegrar la totalidad del apropiado ilícitamente, le habría impedido obtener una mayor rebaja de pena y solicitar la sentencia anticipada en

la etapa instructiva con la finalidad de obtener mayores beneficios legales.

La defensa técnica en su carácter de garantía constitucional, al disponer el artículo 29 de la Carta Política que el sindicado tiene derecho “a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento”, implica que los intereses de aquel sean confiados a profesionales debidamente preparados en el campo del saber y del conocimiento del derecho.

Pero más allá de la preparación académica, el ejercicio independiente y libre de la defensa debe ser asumido con absoluta responsabilidad e ímpolita rectitud sin otras limitaciones que las impuestas por los marcos éticos y legales que regulan su práctica, pues en el evento de ser sobrepasadas por esa vía pueden afectarse las garantías fundamentales de quienes le han encomendado velar y proteger sus intereses.

Desde luego que a la Sala no le compete evaluar la gestión de los apoderados en la actuación procesal cuando los mismos han procedido conforme a su mandato, por lo que es imprescindible al cuestionar la labor ética demostrar con fundamento en el expediente que la violación de sus deberes evidentemente se tradujo en una afectación cierta de sus garantías y en un empeoramiento de la situación jurídica definida en el proceso que hace inevitable su anulación.

Será lo probado en el proceso mas no las manifestaciones extra procesales ni tampoco los documentos aportados por fuera de cualquier oportunidad procesal como evidencia de los hechos denunciados, lo que permitirá establecer si el comportamiento del abogado calificado de deshonesto, antiético y contrario a sus deberes y obligaciones fue determinante en las consecuencias jurídicas que se acusan desfavorables a la situación del inculpado.

Con ese propósito, la confesión del procesado permite señalar que lo apropiado indebidamente por él ascendió a la suma de \$19.232.280 y que para la época en que rindió

indagatoria entregó un recibo de consignación en depósitos especiales por \$4.500.000, discriminando la manera como aportaría dinero con el propósito en el mes siguiente a ella de reintegrar totalmente lo sustraído ilícitamente.

Posteriormente se incorporaron a la actuación las copias de los títulos de depósito 7960880 -correspondiente a aquélla- y 8022860 de fecha 9 de junio y 8 de agosto de 2000 por cuantías de \$4.500.000 y \$1.000.000, que hiciera Patricia Novoa a nombre de las Fiscalías que conocían del proceso, mientras el Banco a instancias de lo solicitado por el apoderado del procesado certificaba haber aplicado a deudores del ilícito \$1.127.999 correspondientes a sus cesantías.

Las solicitudes de MORENO MATEUS y de su apoderado para que los dineros correspondientes a los aportes y ahorros del Fondo de Empleados y a sus cesantías depositadas en la administradora de pensiones y cesantías Porvenir S.A fueran entregados a la persona jurídica ofendida para “aumentar el reintegro” finalmente tuvieron respuesta, porque en el escrito aclaratorio presentado por su defensor con posterioridad al acta de sentencia anticipada se precisa que al Banco del Estado se le restituyeron \$697.636 y \$4.431.495,60 -4 de diciembre de 2000-, correspondientes a lo que en esas dos entidades poseía el encausado.

En consecuencia, no está demostrado -como se afirma por el censor- que para la época en que fue oído en indagatoria hubiera devuelto \$11.757.130, ni tampoco que para la fecha de la definición de su situación jurídica -17 de noviembre de 2000- o antes de la clausura formal de la investigación -septiembre 8 de 2001- el acusado hubiese reembolsado la totalidad de la suma apropiada.

Luego las afirmaciones del libelista no se sustentan en lo probado en el proceso sino en los hechos reiterados en la demanda, pues ya antes en el escrito presentado al tribunal solicitando la declaración de la nulidad de la actuación hizo mención a ellas por

primera vez, oportunidad en la cual allegó copias informales de algunos recibos y letras de cambio que revelarían la conducta deshonesta y contraria a sus deberes asumida por el defensor con perjuicio para el acusado.

De ese modo el recurrente desconoce que los errores in procedendo -sean de estructura o de garantía- son aquellas irregularidades que emergen durante el trámite y el desarrollo del proceso y que por eso mismo resultan verificables y comprobables en la actuación, esto es, corresponden a hechos que los sujetos intervinientes claramente perciben y fácilmente detectan en el expediente, los que dada su trascendencia se erigen en motivo de anulación de la averiguación a partir del momento en que se presentan.

Al invocarse en esta sede nulidades por errores de la naturaleza indicada, le compete a la Corte adelantar un juicio sobre la legalidad del proceso que obviamente abarcará los actos, hechos y pruebas ejecutados, probados y aportados en las oportunidades procesales debidas y en las etapas probatorias definidas por el procedimiento, sin que puedan ser objeto de su consideración los que no hacen parte de él y los allegados por fuera de los períodos señalados en la ley.

En las prenotadas circunstancias el reparo postulado en la demanda carece de fundamento, como que el censor lo desarrolla a partir de las manifestaciones del inculcado referidas a él pero que no hacen parte del proceso y de copias de documentos que aun cuando podían constituir evidencia de los hechos denunciados son aportadas por fuera de toda oportunidad probatoria.

En efecto, a pesar de haber expresado el inculcado en su injurada la voluntad de reintegrar la totalidad del dinero sustraído dentro del mes siguiente a esa diligencia, lo devuelto hasta antes de la solicitud de sentencia anticipada -\$11.757.230- demuestra que su intención fue la de restituirlos parcialmente, pues no existen pruebas que ratifiquen esa inicial manifestación.

Basta con observar que por su ocupación laboral de esa época el procesado tenía experiencia en el manejo contable, de manera que resulta inexplicable que no hubiese formulado objeción u observación a la amplia exposición que hiciera su abogado en la diligencia para sentencia anticipada, en la cual siempre habló de un reintegro parcial de dineros ligeramente superior a los 11 millones, ni antes ni después de ella cuando tuvo la oportunidad de hacerlo personalmente o que mediante escrito diera cuenta alguna de los hechos referidos a su nuevo apoderado y motivo de la impugnación extraordinaria.

También es inopinada la pretensión de probar esas aseveraciones con copias de recibos que probarían la entrega de dineros a su abogado en cuantía de \$12.100.000, los que además de haber sido allegados por fuera de todo período probatorio no prueban que en su totalidad estuvieran destinados al reintegro de la plata que el encausado había tomado ilícitamente ni por objeto el mismo proceso.

La Sala ha hecho el anterior análisis con el propósito de dejar en evidencia que la intención del libelista por desarrollar la censura con fundamento en manifestaciones y hechos extra procesales es ajena a la naturaleza de la casación, pues como con toda razón observa el Delegado así el togado se hubiera apropiado de los dineros no existe al interior de la actuación prueba que demuestre que la suma recibida era igual a la que debía ser reintegrada ni tampoco de actos que le hubiesen impedido a MORENO MATEUS acudir a la sentencia anticipada antes de la acusación.

Del mismo modo si la titularidad del derecho a someterse a ese mecanismo está en cabeza del procesado, ninguna manifestación ni expresión hay en el expediente de que esa haya sido su intención antes de la solicitud presentada en el juicio en coadyuvancia con el togado, para que pudiera afirmarse un supuesto desfavorecimiento con la actividad defensiva asumida por este y que se traduciría finalmente en la imposición de una pena mayor, como se razona sin base alguna en la demanda.

Asimismo, la insular referencia en la demanda a que la falta de sustentación de la apelación interpuesta contra la acusación que condujo a que el mismo se declarara desierto es una prueba más de la carencia de defensa técnica, corresponde a una desafortunada manifestación del recurrente deshilvanada de su inicial discurso y contraria a lo que el proceso refleja.

En efecto, el defensor además de asistir al acusado en la injurada solicitó pruebas con la finalidad de establecer cuál era la conducta típica a la que mejor se ajustaba el comportamiento de aquél, insistió mediante escritos para que la Fiscalía interviniera ante personas jurídicas propiciando el mayor reintegro posible de dineros, se notificó personalmente de las resoluciones adoptadas en la actuación e impugnó con éxito aquella mediante la cual se le había negado a MORENO MATEUS la detención domiciliaria.

Asimismo presentó alegato precalificadorio buscando la modificación de la calificación jurídica provisional de la conducta imputada al procesado, intervino activamente en la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada demandando del juez beneficios para su asistido y recurrió la sentencia por haberle sido negado el sustituto de la prisión domiciliaria.

Todos esos actos de la defensa que demuestran el ejercicio coherente del encargo asumido por el profesional del derecho, no pueden ser desconocidos con el simplista argumento de que la falta de sustentación de un recurso es una omisión que comporta la violación del derecho a la defensa técnica del inculpado, cuando no se ha probado cuál fue el perjuicio causado por el olvido, abandono o la voluntaria renuncia a la impugnación mediante esa conducta.

Sin la comprobación del cargo postulado y que la pena impuesta a MORENO MATEUS haya sido consecuencia de una violación de la garantía constitucional de la defensa técnica, la

Sala desestima el reproche y no casa la sentencia impugnada.

En razón y mérito de lo expuesto la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, cúmplase, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ HERMAN GALÁN CASTELLANOS

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS MAURO SOLARTE PORTILLA

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria