

Proceso n.º 30572

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Aprobado Acta No. 396

Bogotá, D. C., primero (1) de diciembre de dos mil diez (2010)

V I S T O S

Decide la Sala el recurso de casación instaurado por el defensor de YERSON YAIR CLARO SÁNCHEZ y MILCÍADES BARRERA LOBO contra el fallo del 3 de abril de 2008 por medio del cual el Tribunal Superior de Cúcuta, confirmó la sentencia proferida el 3 de marzo de 2006 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ocaña, mediante la cual los condenó a seis (6) años de prisión, a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena privativa de la libertad, modificándola al revocar la prisión domiciliaria que les había sido concedida, como autores del delito de peculado por apropiación.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En la sentencia de primera instancia fueron reseñados de la siguiente manera:

“El 14 de agosto de 2002 MÍLCIADES BARRERA LOBO, empleado de la Caja Agraria sucursal de Hacarí (N. de S.), informó a la policía que en la madrugada de ese día, dos

sujetos armados habían llegado a su casa y lo amenazaron así como al gerente de ese banco YERSON YAIR CLARO SÁNCHEZ, diciendo que había en el banco más de cien millones y Barrera les dijo que sólo había treinta y seis millones, entonces le ordenó (sic) ir a traer ese dinero bajo la amenaza de matar a Claro, por tanto le había tocado desplazarse hasta las oficinas de la entidad y sacar el dinero, lo que hizo y sacó la suma de \$36.028.000 que entregó a quienes lo amenazaron, dándose éstos a la fuga.”¹.

El 5 de septiembre de 2002, el Fiscal de la Unidad Primera Fe Pública y Patrimonio Económico con fundamento en la investigación previa, dispuso abrir instrucción contra YERSON YAIR CLARO SÁNCHEZ y MÍLCIADES BARRERA LOBO por la conducta punible de peculado por apropiación².

El 21 de abril de 2003 después de escucharlos en indagatoria, el Fiscal Primero Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Ocaña, se abstuvo de imponer medida de aseguramiento a CLARO SÁNCHEZ y BARRERA LOBO por innecesaria, en consideración a los fines constitucionales y legales que deben tenerse en cuenta al momento de su imposición³.

El 28 de enero de 2004, el Fiscal Primero Seccional declaró cerrada la investigación y el 25 de mayo del mismo año, acusó a YERSON YAIR CLARO SÁNCHEZ y MÍLCIADES BARRERA LOBO como autores del delito de peculado por apropiación⁴.

El 22 de junio de 2004, la Juez Primero Penal del Circuito de Ocaña asumió el conocimiento del juicio; funcionaria que en la audiencia preparatoria ordenó algunas de las pruebas solicitadas por el Ministerio Público, negó otras y las pedidas por la parte civil.

Efectuada la audiencia pública, la Juez Primero Penal del Circuito profirió sentencia condenatoria contra los acusados, la que impugnada por su defensor fue confirmada por el Tribunal Superior de Cúcuta con la modificación relacionada con la revocatoria del sustituto de la prisión domiciliaria.

DE LA DEMANDA

Con fundamento en la causal 3ª del artículo 207 de la ley 600 de 2000, se acusa a la sentencia de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho de defensa, estructurado en “una evidente carencia de Defensa Técnica, por inactividad del defensor” y con sustento en la misma causal se denuncia “la violación del Derecho de Defensa en relación al principio de investigación integral”.

Reconociendo que los acusados CLARO SÁNCHEZ y BARRERA LOBO desde el inicio de la investigación y en sus injuradas contaron con abogado, el impugnante señala “que el mismo no ejerció efizcamente la labor encomendada”, limitándose a hacer acto de presencia durante la etapa instructiva como en el juzgamiento, notificándose de las providencias y asistiendo a las diligencias.

Critica que una vez abierta la instrucción, el defensor no hubiera presentado alegaciones previas a la resolución de situación jurídica de los indagados, ni elevado con posterioridad solicitud de pruebas, considerando las dudas e incongruencias existentes entre sus dichos con las versiones de los agentes de la policía, las cuales pudieron ser dilucidadas mediante la ampliación de sus testimonios y el pertinente contrainterrogatorio que ayudaría a aclarar los hechos y a favorecer a los procesados.

Considera que en la denuncia presentada por los acusados y en la versión de BARRERA LOBO se mencionan hechos que merecían investigación, tales como establecer las identidades del desconocido apodado el “venao”, de la mujer de sudadera verde y del señor llamado “Nono” que vio después de salir del banco, además de las de los dos sujetos que antes había visto, frente a lo cual la Fiscalía y el defensor guardaron silencio, desconociendo la primera su obligación impuesta en el inciso 2o del artículo 338 del Código de Procedimiento Penal.

Lamenta que la declaración del conductor de la ambulancia del puesto de salud del

municipio de Hacarí, así como el croquis del supuesto recorrido efectuado por BARRERA LOBO de su residencia al banco, no fueran objeto de discusión probatoria porque el defensor ignoró el derecho de contradicción que le asistía.

Agrega que el apoderado de los procesados tampoco presentó alegación precalificatoria, mientras su reemplazante en el juicio asistió a la audiencia preparatoria sin elevar ninguna petición, preguntándose cuáles fueron los fundamentos legales, probatorios y jurisprudenciales que le sirvieron para controvertir la prueba testimonial y desvirtuar los indicios que apuntaban a establecer la responsabilidad en ellos.

Señala que la consecuencia de ese comportamiento no pudo ser distinta a la imposición de sentencia condenatoria, frente a la cual ninguna alternativa tuvo el defensor que la impugnó, procediendo a citar decisiones de la Sala que considera pertinentes en la resolución de este asunto.

De otra parte, manifiesta que ante la evidente ausencia de defensa técnica, la Fiscalía violó el principio de investigación integral al dejar de comprobar las aseveraciones de BARRERA LOBO, acerca de los dos sospechosos vistos días antes y de las personas que observó al regresar del banco con el dinero.

Pide casar la sentencia condenatoria, anulando todo lo actuado a partir de la resolución de cierre de investigación inclusive.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Delegado manifiesta que la garantía de defensa es uno de los once elementos integradores del debido proceso, previsto en las dos últimas codificaciones como principio rector con contenido axiológico, imperativo y prevalente en su mandato.

En la práctica consiste en que efectivamente haya defensor y ejercicio de la función,

siendo necesaria la presencia de aquél incluso desde antes de la vinculación del imputado hasta la ejecución de la sentencia, mientras que la función de la defensa, a veces eventual o contingente, depende del contenido y alcances de la prueba recogida, enseñando el sentido común y la sensatez cuándo debe ejercerse a fondo, o cuándo de manera silente o estratégica.

De la asistencia prestada por el defensor a los imputados en la indagatoria, su notificación de la resolución de situación jurídica, su presencia en la investigación que le permitió conocer la intensidad y contenido de los elementos de juicio, su conocimiento del cierre de la instrucción, la acusación, la audiencia preparatoria y su participación en ésta como en la audiencia pública y la sustentación de la apelación contra la sentencia, le permite afirmar que hubo defensor y que la función la cumplió no a la manera indicada en la demanda.

Advierte que la defensa no puede comprometerse con el logro de libertades a ultranza, a menos que la prueba lo sugiera, mientras su función se mide por la conducencia y pertinencia de los medios y nunca de cara a meras expectativas del sindicado, encontrando estéril cuestionar el contenido y alcances de lo declarado por Libardo Ortiz Rueda, como también los dichos de los agentes acerca de la paz reinante la madrugada del 14 de agosto de 2002 en esa población.

En opinión del Delegado hubo absoluto respeto por la garantía de defensa a pesar de su ejercicio silente, porque la sensatez y racionalidad frente a la actividad investigativa no permitía otra actitud, sin que dejara a la deriva la investigación integral por no existir prueba que practicar a favor de los sindicados, a partir de sus negaciones sustentadas en narraciones carentes de toda credibilidad.

Bajo esas consideraciones, estima que la Fiscalía y Jueces no tenían otra alternativa que decidir con los elementos incorporados a la actuación, obviando las referencias

indeterminadas y visiblemente supuestas con el propósito de disipar la claridad y contundencia de los medios de convicción demostrativos de la responsabilidad penal de los procesados.

Encuentra plausible la fundamentación probatoria hecha por el Tribunal, transcribiendo parte de la sentencia de segunda instancia y concluyendo que el demandante no demuestra ni el Ministerio Público encuentra la inactividad de la defensa y la afectación del principio de investigación integral, razón por la cual pide no casar la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Ajustada como fuera la demanda de casación, la Sala se pronunciará de fondo sobre el reproche propuesto contra el fallo del Tribunal Superior de Cúcuta, sin que se ocupe en puntualizar las falencias de técnica que pudiera presentar, pues una declaración de tal naturaleza presupone el cumplimiento de los requisitos mínimos para que se hubiera dispuesto su trámite.

El marco conceptual fijado por la Sala en múltiples decisiones acerca del derecho de defensa técnica, impone frente a cada caso concreto constatar su preservación o vulneración con la forma en que es asumida por el defensor teniendo en cuenta los hechos objeto del proceso y las circunstancias probatorias que ofrezca la investigación.

Así mismo, el ejercicio del derecho de defensa técnica y no el derecho en sí mismo considerado, debe ser apreciado en los actos conjuntos y no individuales en que se manifiesta dentro del proceso, de ahí que la actividad insular mostrada como vulneración de él no lo sea ni tampoco su resultado.

Es el defensor quien decide su ejercicio, pues más que nadie con su conocimiento del proceso y experiencia profesional determina la forma en que ejercerá el derecho dentro de los límites legales que le impone el encargo, esto es, la posibilidad de prestar

adecuada asistencia al acusado sin que el mismo se entienda cumplido con la absolución, porque esa no es su finalidad aunque corresponda a uno de sus propósitos.

El ejercicio del derecho defensa técnica no se cuantifica ni tampoco se identifica con el número de recursos interpuestos, las solicitudes probatorias y las alegaciones presentadas, sino por el entendimiento del defensor acerca de las posibilidades del acusado frente al caso concreto, esto es, por la inteligencia y racionalidad en su desarrollo que por la cantidad de peticiones o intervenciones.

Conforme con esta perspectiva, el reparo sustentado en la afirmación hecha en la demanda según la cual el defensor “no ejerció eficazmente la labor encomendada”, obedece a una postura subjetiva y personal del impugnante relacionada con el resultado de la gestión y no con la labor cumplida por el encargado de la defensa técnica, lo que desde luego resulta inadmisibile.

En principio, corresponde señalar que durante todo el trámite del proceso los acusados contaron con la presencia de un defensor contratado por ellos, sin que exista reparo frente a este tópico.

Precisa advertir que con posterioridad a la vinculación de los acusados mediante indagatoria, ninguna actividad probatoria se llevó a cabo porque la Fiscalía había recaudado la que emergía del informe policial y de las versiones iniciales de los acusados, lo cual explica que con posterioridad a la resolución de situación jurídica notificada personalmente al defensor, éste no aparezca haciendo solicitudes.

Las declaraciones de CLARO SÁNCHEZ y BARRERA LOBO a la policía sobre el suceso al igual que las indagatorias, poca por no decir ninguna información contenían que permitiera adelantar la averiguación contra los supuestos desconocidos y menos a partir de ellas emprender una labor investigativa dirigida a confirmar lo dicho por el segundo, puesto que lo único que manifestó fue haber visto a su regreso del banco a

una señora de sudadera “verde o amarilla” y a “nono” el borracho.

Por lo demás, la aducción de la prueba se rige por principios de pertinencia, conducencia y utilidad, luego no toda referencia o cita que haga el acusado obliga a su verificación sino aquella que guarda relación con los hechos y por eso mismo contribuye a su esclarecimiento, lo que se echa de menos en la mencionada por BARRERA LOBO, porque si no lo conocían nada podían declarar o en caso contrario solo les constaría haberlo visto en la calle y nada más.

Luego la incipiente alegación de la vulneración del principio de investigación integral emerge precaria, sin fundamento, pues sabido es que esta clase de error obliga además de individualizar las pruebas dejadas de practicar, a indicar lo que ellas podrían mostrar y a señalar su incidencia en la situación del procesado, actividad omitida por el demandante al limitar su discurso a “que debieron ser objeto de investigación en la base de datos de los organismos de inteligencia y de seguridad del Estado”, debido a su mención por el acusado BARRERA LOBO en la denuncia como en la injurada, sin que se entienda cumplido su cometido porque agregue que eran “necesarias, para comprobar las aseveraciones del imputado”.

Ahora bien, la defensa técnica carecía de interés para recurrir la resolución mediante la cual la Fiscalía se abstuvo de imponerles medida de aseguramiento a los acusados, sin que en razón de él se entienda el abandono de la gestión, ya que el ejercicio del derecho de defensa técnica no significa que tenga que ser irracional.

De otro lado, el apoderado de confianza además de asistir a los implicados en sus indagatorias y notificarse de la resolución de situación jurídica, también se notificó personalmente de la acusación, intervino en las audiencias preparatoria y pública e impugnó el fallo condenatorio.

Sin embargo, detrás de esa actitud aparentemente pasiva y descuidada se observa una

estrategia defensiva, conforme lo muestran los actos que reflejan su atención sobre el desarrollo del proceso y el propósito de aprovechar las supuestas falencias de la instrucción atribuidas a la Fiscalía.

Encontrándose el proceso al despacho para su calificación, solicitó específicamente la expedición de copias de la prueba testimonial y documental que hasta ese momento hacía parte de la actuación, como de las decisiones interlocutorias adoptadas por la Fiscalía⁵.

Después para preparar su intervención en la audiencia pública, pidió copia de la resolución de acusación “con el propósito de preparar la defensa de mis representados”, mostrando interés no solo en asistir a ella al solicitar su aplazamiento por razones de salud y pedir que la nueva fecha se fijara después de determinado día, por motivos de estudios⁶.

Esas circunstancias hacen manifiestos los desaciertos del reparo, reforzando la tesis que el mismo responde a una expresión subjetiva del casacionista sobre lo que considera ejercicio eficaz del derecho de defensa técnica, cuando se pregunta por la base legal, probatoria y jurisprudencial que orientó la intervención del defensor en la audiencia pública, ignorando la actividad desarrollada por la defensa técnica en esta diligencia.

En ella, después de compartir los reproches que el Ministerio Público hiciera a la Fiscalía por su falta de actividad probatoria, el defensor mediante una extensa intervención se refirió a la prueba testimonial para indicar que ella no comprometía a los acusados, discutió la tipicidad de la conducta señalando que no está probada la apropiación de los dineros oficiales y criticó la validez de los indicios sobre los cuales se sustentaba la acusación, advirtiendo que la prueba indirecta tomada en cuenta por la Fiscalía únicamente indicaba probabilidad y con ella no podía convertirse a ciudadanos honestos en criminales.

Finalmente apeló la sentencia condenatoria y sustentó en el término legal la impugnación, profundizando acerca de la tipicidad de la conducta de peculado por apropiación, insistiendo en la ausencia de prueba demostrativa del delito imputado y criticando las inferencias hechas en la sentencia, pidió revocarla bajo el supuesto de la inocencia y subsidiariamente por el reconocimiento de la duda.

Ciertamente los resultados del ejercicio de la defensa técnica no correspondieron a su expectativa, pero de su fracaso no puede erigirse una falta de eficacia cuando su intervención en la audiencia pública como los argumentos expuestos en la sustentación de la impugnación, muestran una adecuada preparación de la misma a partir de su atención sobre el desarrollo del proceso y los elementos probatorios aportados a la investigación.

En conclusión, los acusados contaron con un defensor que estructuró su defensa de acuerdo a las posibilidades que ofrecía la investigación, actuó en los momentos que estimó adecuados para los fines por los cuales asumió el encargo, acudió a los recursos legales cuando lo consideró necesario, sin abusar del derecho ni tampoco de su función, ejercicio que se acomoda a los lineamientos jurisprudenciales establecidos sobre la defensa técnica.

Finalmente, la falta de coincidencia en la forma que el defensor en este proceso representó los intereses del acusado y el estilo que a juicio del casacionista debió imprimirle para hacerla “eficaz” considerando su resultado sin tener en cuenta su actividad, no es motivo para anular una sentencia y una actuación por la supuesta vulneración de la garantía aducida en la demanda, menos cuando el reparo se sustenta en ideales.

Como consecuencia de lo dicho la Sala no casa la sentencia impugnada, porque ninguna vocación de prosperidad tiene el cargo único propuesto en la demanda.

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

RESUELVE

NO CASAR el fallo de origen, naturaleza y contenido indicados de acuerdo con las motivaciones plasmadas en el cuerpo de esta sentencia.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

MARIA DEL ROSARIO GONZALEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS JULIO E. SOCHA
SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Sentencia de Primera Instancia, marzo 3 de 2006; Juzgado Primero Penal del Circuito de Ocaña; folio 333, cdno original 2.

2 Folio 61, cdno original 1.

3 Folios 102 a 110, cdno original 1.

4 La acusación no fue impugnada por ninguno de los sujetos procesales, causando ejecutoria el 12 de junio de 2004; folio 132 cdno 1.

5 Así se infiere de la petición, en la cual cita expresamente los folios relacionados con cada una de las pruebas y decisiones; folio 125 cdno 1.

6 Folio 295, cdno 2.