

Proceso n.º 33764

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Aprobado: Acta No. 107

Bogotá. D.C., ocho (08) de abril de dos mil diez (2010)

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Resuelve la Sala el recurso de casación presentado por el defensor de AYDEE GUZMÁN RAMÍREZ contra la sentencia proferida el 26 de octubre de 2009 por el Tribunal Superior de Cali.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Según denuncia formulada por el señor Richard Balanta Campo¹, Delegado de la Contraloría del Banco de Crédito y Desarrollo Social MEGABANCO S.A., sucursal Cali, el día 18 de octubre de 2001, en la agencia Ciudad Córdoba, la funcionaria Libia Inés Rocha detectó que existían dos operaciones realizadas a las 10:20 horas, con el código 03146 correspondiente a la Asesora Comercial AYDEE GUZMÁN RAMÍREZ, por un valor total de \$102.672.000.00, transadas como “consignación en efectivo” con destino a las cuentas de ahorro 211914132-6, perteneciente a José Eider Cuero López, por la suma de \$57.352.000.00, y 21120033559 a nombre de Ubaldo Antonio Virgen Navarrete, por la suma de \$45.320.000.00.

De la revisión pormenorizada que se llevó a cabo, se pudo establecer que dicha suma no ingresó físicamente a los fondos de la oficina, como tampoco se encontró copia u original de los comprobantes de consignación de las cantidades mencionadas.

Ante esa situación la subgerente operativa, Lorena Rojas Escobar, procedió a comunicarse con las agencias a donde pertenecían las aludidas cuentas. La oficina Plaza Caicedo informó que ese día, de la cuenta No 2119141326, a nombre de José Eider Cuero López se efectuó un retiro por valor de \$22.500.000.00, transacción realizada a las 12:10 a.m.

Así mismo, el señor Cuero López solicitó un cheque de gerencia sin cruzar, a nombre de Carlos Octavio Caicedo por la suma de \$25.000.000.00, el cual fue pagado por ventanilla el mismo 18 de octubre de 2001 a las 14:37.

Por parte de la agencia Avenida Tercera se informó que de la cuenta 21200335596, a nombre de Ubaldo Antonio Virgen, ese mismo día se hizo un retiro en efectivo por la suma de \$20.000.000.00, operación realizada a las 11:59 a.m.

A solicitud del mismo señor, se expidió de su cuenta corriente No 7120999987 el cheque de gerencia No 1023342 a nombre de Carlos Octavio Caicedo por la suma de \$23.000.000.00, el cual no ha sido presentado para su pago.

La funcionaria AYDEE GUZMÁN RAMÍREZ, titular del código 03146 que fue empleado para realizar las transacciones señaladas, señaló que en el horario comprendido entre las 10:00 y las 10:30 de la mañana del mismo día, acompañó al señor Amilkar Zúñiga, titular de la tarjeta de crédito No 4916170000982443, al cajero automático para ayudarle y enseñarle a realizar un avance de \$120.000.00 y que luego ingresó a la oficina a su puesto de trabajo, observando que en el área del segundo piso, en el computador ubicado al pie de la oficina de la gerente, se encontraba el cajero auxiliar Carlos Chávez Vacca, realizando labores comerciales a través de llamadas telefónicas.

2. Adelantada la investigación, la Fiscalía 63 Seccional de Cali calificó el mérito del sumario el 17 de junio de 2004, con resolución acusatoria contra AYDEE GUZMÁN RAMÍREZ, José Eider Cuero López y Ubaldo Antonio Virgen por el delito de hurto agravado por la confianza y por la cuantía, de conformidad con los artículos 239, 241 numerales 2º y 10 y 267 numeral 1º del Código Penal.

La decisión cobró ejecutoria el 27 de abril de 2005.

3. El 26 de mayo de 2009, el Juzgado Once Penal del Circuito Adjunto de Cali condenó a los procesados como coautores responsables del delito de hurto agravado por la confianza, de que tratan los artículos 239 y 241 numerales 2º y 10 del Código Penal, a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, al pago de los perjuicios materiales ocasionados con la infracción, sin derecho al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni a la prisión domiciliaria.

4. El Tribunal Superior de Cali confirmó la sentencia de primera instancia, en providencia del 26 de octubre de 2009.

LA DEMANDA

Cargo único.

Con fundamento en la causal de nulidad, el recurrente acusa la sentencia por violación del derecho a la defensa técnica, porque se condenó a su representada con desconocimiento de los principios de raigambre constitucional e instrumentos internacionales de derechos humanos, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, descritos en los artículos 8º del Código de Procedimiento Penal, 29 de la Carta Política, 14 literal d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8º, numeral 2º, literal e) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Las irregularidades que afectan el derecho a la defensa a causa de la falta de actividad e idoneidad del defensor, se pueden concretar así:

1. Falta de controversia de la prueba, por cuanto la defensa de la procesada no interrogó a los testigos de la fiscalía y no presentó pruebas en el término concedido por el juzgado de conocimiento para preparar la audiencia pública, teniendo el deber de hacerlo. El haber dejado pasar esa oportunidad, implicó que el fallo fuera adverso a los intereses de la señora GUZMÁN RAMÍREZ porque dichas declaraciones sirvieron de sustento para la formulación de la acusación.

De haber solicitado la práctica de las pruebas testimoniales que no fueron controvertidas durante la investigación preliminar, el juez las hubiese decretado y se habría rescatado información valiosa para ir construyendo la duda probatoria con aspectos que quedaron sin auscultar, como los vertidos por el testigo Javier Lucumí, cajero principal, quien aportó información útil que la defensa de la procesada no exploró, pues se refirió al señor Carlos Chávez Vacca como la única persona que estuvo al lado de la procesada para la hora en que se realizaron las operaciones fraudulentas, y de quien se conoce tiene un gran manejo de los sistemas, “cualidad que da para construir el indicio presencia y de oportunidad contra esta persona” pues además la encartada en su indagatoria señaló que sospechaba de él.

A la Fiscalía sólo le interesó conocer aspectos que no favorecían a su representada y no investigó la conducta de dicho señor, quien fue citado a declarar pero cuando acudió, se le informó que la fecha a la que se le había citado era otra anterior.

Y, aún cuando la procesada fue vinculada mediante indagatoria varios años después, a la defensa le correspondía analizar cada uno de los medios de prueba e inmediatamente solicitar al instructor que citara al mencionado señor Chávez Vacca para conocer su versión sobre la actuación el día de los hechos, y al Cuerpo Técnico de

Investigación que realizara las correspondientes pesquisas, reuniendo información suficiente sobre dicho ciudadano y los vínculos que tenía con José Eider Cuero López y Ubaldo Antonio Virgen Navarrete – procesados ausentes- “pero por falta de defensa idónea nunca se pudo conocer sobre estos dos señores, ni mucho menos de CARLOS CHÁVEZ VACCA”.

2. Falta de conocimiento sobre aspectos e información de testigos que pudo ser útil, como Richard Balanta Campo, Delegado de la Contraloría del Banco MEGABANCO, quien podía aportar mayor información que hubiese servido para fortalecer la estrategia defensiva de la duda probatoria, pues según su propio dicho, no se pudo demostrar desde qué terminal se realizaron las operaciones fraudulentas.

3. La defensa no presentó alegatos de conclusión; solamente allegó un escrito con fecha 3 de junio de 2004 que la fiscalía no mencionó seguramente por ser extemporáneo. Y si bien es cierto que solicitó la nulidad, por omisión probatoria, ese no era el momento indicado para hacer esa petición, sino en la audiencia preparatoria.

4. La defensa de la procesada no interpuso recurso de reposición contra el auto que declaró cerrada la instrucción, pues aún faltaban las pruebas que se solicitaron en la diligencia de indagatoria, y de esa manera tener más elementos para valorar, en orden a fundamentar la duda probatoria y preparar el camino para obtener una decisión más favorable a los intereses de la procesada.

También tenía que recurrir la resolución de acusación por no haberse atendido a la solicitud de pruebas hecha en la diligencia de indagatoria, las cuales hubiesen servido para esclarecer los hechos y aspectos sobre la participación de la procesada, y que muy probablemente el fiscal de segundo grado hubiese examinado en garantía del derecho a la defensa y del principio de investigación integral.

La defensa contaba con suficientes elementos de juicio para fundamentar la inconformidad contra la pieza acusatoria, dada la inadecuada confección de la prueba indiciaria y la superficial apreciación de los testimonios, el dictamen contable y la denuncia formulada por el Delegado de la Contraloría del Banco.

5. En la audiencia pública la defensa no hizo un juicioso análisis de las pruebas de cargo, pues no hubo de descargo, ni dedicó el correspondiente ataque a la figura de la coautoría, existiendo elementos de juicio para hacerlo, habida cuenta que no se demostró el previo acuerdo expreso o tácito para cometer el hurto entre la procesada y los otros dos implicados, ni que ellos tuvieran alguna relación o vínculo de amistad.

En cambio, se refirió a la ausencia de antecedentes de la procesada, con lo cual anticipó una condena; y en cuanto a la duda probatoria, tampoco hizo una argumentación suficiente, existiendo circunstancias favorables, como la presencia de Carlos Chávez Vacca en el lugar de trabajo, quien estuvo al lado de ella en la mañana en que se perpetró el fraude, quedando solo por un espacio de tiempo suficiente en el que se realizaron las operaciones, todo ello, unido a la manifestación de AYDEE GUZMÁN sobre la falta de experiencia en ese tipo de operaciones.

6. En la sustentación del recurso de apelación la defensa hizo una manifestación superficial de sus inconformidades, incurriendo en el desafuero de invocar una norma inexistente en el ordenamiento legal y de no profundizar, conforme a la doctrina y la jurisprudencia, en la falta de notificación del cambio de defensor, situación que también se presentó frente a las inconsistencias en los números de las cuentas de ahorros indicados en la denuncia.

Y lo referente a la omisión probatoria lo planteó sin ningún fundamento jurídico, cuando ello debió invocarlo en los alegatos de conclusión, en la audiencia preparatoria, en la audiencia pública o si hubiere recurrido la resolución acusatoria.

La defensa no tuvo en cuenta la norma que trata sobre el término de investigación (artículo 329 incisos 3o y 4º) y elevó peticiones que no corresponden a lo sustentado. Tampoco se refirió a la condena en perjuicios materiales, que el A quo estimó en la suma de \$102.672.000.00, pues a esa cantidad se le debió restar \$23.000.000.00., equivalentes al cheque de gerencia que no fue cobrado y que la fiscalía ordenó la suspensión del pago para obtener como resultado la cifra de \$79.672.000.00.

En punto de la trascendencia, aduce el casacionista que la falta de actividad e idoneidad aludida generó un vicio insaneable que conduce a la invalidez de lo actuado para que la procesada pueda demostrar su inocencia y se obtenga la reparación de los agravios inferidos, el restablecimiento de las garantías sustanciales quebrantadas y la efectividad del derecho material.

Solicita se decrete la nulidad de todo lo actuado a partir de la resolución de apertura de investigación.

EL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, solicita casar la sentencia recurrida, por las siguientes razones:

1. Si bien en la Ley 600 de 2000 no se exige una participación activa del defensor técnico en cuanto a la intervención en las diligencias, la interposición de recursos o la insistente contra argumentación frente a la imputado a su defendido, por cuanto en muchos casos es viable e incluso recomendable una estrategia de defensa pasiva, este presupuesto debe ser analizado en cada caso, para concluir si realmente el comportamiento procesal del profesional obedeció a omisión o falta de sus deberes, con repercusión negativa en el derecho a la defensa técnica del procesado.
2. El ataque del demandante, dirigido a la ausencia de interrogatorio de la defensa a

los testigos escuchados por la Fiscalía, obliga a precisar que ellos se recepcionaron durante la investigación previa, sin presencia de defensor alguno, al no haberse establecido aún los probables autores o partícipes del delito y, por sustracción de materia, no se pudo ejercer contradicción de la defensa en ese momento. Además, en el calificadorio no se hizo alusión a tales declaraciones y lo atinente a Richard Balanza Campo se limitó a la detallada denuncia que presentó y al informe que se allegó posteriormente.

3. Con posterioridad a la apertura de instrucción, la señora AYDEE GUZMÁN RAMÍREZ concedió mandato judicial al abogado Jair Zapata Mosquera, y si bien irregularmente la Fiscalía 63 Seccional la declaró contumaz junto con los demás procesados y le designó un defensor de oficio, dicha situación fue corregida con posterioridad y el referido defensor la acompañó durante la indagatoria. Al final de la diligencia se realizaron solicitudes probatorias que, si bien fueron descartadas casi en su totalidad, sin argumento alguno, más adelante se resolvieron y seguidamente se declaró cerrada la investigación, sin que hasta ese momento se observe falencia alguna respecto al derecho a la defensa técnica de la enjuiciada.

Contrario al criterio del libelista, no se vislumbra desacierto de la defensa por no haber recurrido el cierre de investigación, no solo porque el profesional del derecho se encontraba al tanto de la actuación, sino que con posterioridad presentó una solicitud de nulidad por ausencia de pronunciamiento sobre la totalidad de las pruebas deprecadas por la sindicada y el defensor, lo cual indica la actuación jurídica procedente del abogado.

A partir de ese momento, no se constata actuación alguna del abogado de confianza, tanto que, transcurridos más de diez (10) meses, se logró notificar la resolución de acusación al segundo defensor de oficio designado en ese interregno, quien no interpuso recursos, cobrando ejecutoria el 27 de abril de 2005.

4. La omisión planteada por el libelista, en cuanto a la controversia del llamamiento a juicio sí repercutió negativamente en el derecho de defensa de la procesada, por cuanto la interposición de recursos contra la resolución acusatoria era el mecanismo idóneo para hacer ver al Fiscal del caso las falencias suasorias que precedían dicha resolución y, dado el caso, contar con el análisis de su superior funcional, no solo por el lacónico ejercicio probatorio del ente instructor en su providencia, sino por la necesidad de establecer la relación existente entre la asesora comercial -para ese entonces- y los demás acusados en el contexto de la coautoría, cuyo sustento demostrativo brilla por su ausencia y desdibuja el concepto de investigación integral.

Pasmosa y tácitamente, el ente acusador admite la imperfección probatoria de la investigación, solicitando en la parte resolutive que el juez de conocimiento decrete y practique algunas pruebas relativas a la plena identificación de los procesados.

5. Con igual infortunio, la deficiente defensa técnica se constata en la dirección procesal de la Juez de la causa, al iniciar dicha etapa pretermitiendo la audiencia preparatoria establecida en el artículo 401 del Código de Procedimiento Penal, y con fundamento en un informe secretarial que habla de la inexistencia de pruebas por practicar y causales de nulidad, procedió a fijar fecha y hora para la realización de la audiencia pública de juzgamiento, cuyo desarrollo fue suspendido por más de dos años, a la espera de la intervención del defensor de oficio de la acusada GUZMÁN RAMÍREZ.

6. El Juzgado Adjunto al que se reasignó el proceso, con menor análisis que en la providencia calificatoria, profirió sentencia condenatoria omitiendo uno de los agravantes contemplados en la acusación, imponiendo una pena accesoria que nada tenía que ver con el hecho punible y ordenando el pago de perjuicios por suma superior a lo realmente apropiado.

7. Si bien el funcionario judicial a cargo del proceso, principalmente debió enmendar la

cadena de anomalías señaladas, igualmente un defensor probo y diligente pudo impetrar su corrección a través de las correspondientes intervenciones dirigidas a realizar las solicitudes probatorias correctivas del proveído acusatorio, exigir la realización de la audiencia preparatoria y superar los yerros de la sentencia a través de los distintos mecanismos.

Ello no ocurrió, y la posterior reaparición del defensor de confianza no subsana la nítida ausencia de defensa técnica existente desde la notificación de la resolución de acusación, hasta dicho momento.

Con fundamento en lo anterior, la señora representante del Ministerio Público solicita casar la sentencia recurrida, decretando la nulidad de lo actuado a partir de la notificación de la resolución de acusación - inclusive- para restablecer la garantía esencial del derecho a la defensa como integrante del debido proceso de la acusada, advirtiendo a los funcionarios competentes la prioridad del trámite a efectos de evitar la prescripción de la acción penal.

CONSIDERACIONES

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 29 de la Carta Política, el derecho a la defensa, en su doble expresión material y técnica, como parte integrante del debido proceso, es presupuesto de validez de la actuación penal y alcanza concreción cuando se le garantiza al inculpado la posibilidad de intervenir durante toda la actuación en orden a controvertir las pruebas allegadas en su contra, aportar y solicitar las que considere favorables a sus intereses, interponer recursos y, además, cuando es asistido por un abogado contractual o de oficio para que se desarrolle el contradictorio en forma equitativa.

Se trata de una garantía fundamental que también se encuentra inserta en diversos instrumentos internacionales y propende por enfrentar la actividad del poder punitivo del

Estado, con miras a la realización de un juicio justo.

En punto de la defensa técnica o letrada, se concibe como la posibilidad de responder a la imputación derivada de la comisión de un hecho punible, a través un profesional del derecho que por su formación se presume idóneo y capaz para asumir con responsabilidad el encargo.

Por ello, la Sala ha sido consistente en afirmar que no es suficiente con la simple designación del defensor y su presencia nominal y formal para entender garantizado el derecho a la defensa técnica, sino que es necesario establecer que el desempeño de su encargo estuvo orientado a proteger los intereses del imputado.

Así entonces, cuando el procesado ha contado formalmente con abogado en el transcurso del proceso, surge indispensable efectuar un análisis riguroso de la situación en particular, en consideración a que no existe una fórmula predeterminada que permita señalar cuándo se entiende vulnerada la defensa técnica, dado que el profesional goza de total iniciativa y así como puede mantenerse activo en todo el desarrollo del debate, presentando solicitudes, recurriendo las decisiones y demás, también puede adoptar una actitud pasiva y vigilante, que la doctrina jurisprudencial ha concebido como límite mínimo tolerable de ejercicio de la actividad defensiva y, por tanto, no necesariamente traduce un abandono irresponsable de la misión encomendada de manera convencional u oficiosa, sino una estrategia defensiva del abogado, quien prefiere mantenerse expectante pero atento al desarrollo de la actividad probatoria para luego sacar provecho de posibles omisiones investigativas.

En todo caso, la defensa técnica no se puede evaluar desde el resultado obtenido en el debate, sino en virtud de la coherencia y razonabilidad de la postura adoptada por el profesional del derecho, de cara a la realidad procesal.

2. En el asunto que ocupa la atención de la Sala, es perceptible que la procesada AYDEE

GUZMÁN RAMÍREZ formalmente contó con defensor técnico en todo el desarrollo del proceso. No obstante, la falencia radica en el precario desempeño de los togados, contractual y oficioso, situación que determinó la emisión de una condena precedida de irregularidades manifiestamente vulneradoras del derecho a la defensa técnica, pues en realidad, como bien lo puntualiza la señora representante del Ministerio Público, a partir de la calificación del mérito del sumario, la sentenciada estuvo abandonada a su propia suerte y los funcionarios judiciales, fiscalía y juzgador de primer grado, se sustrajeron del deber que les asiste de verificar que de dicha garantía alcance efectiva materialización y se limitaron a establecer si formalmente contaban con un abogado al que le pudieran notificar las distintas decisiones proferidas en el curso de la actuación, situación que el Tribunal Superior de Cali pasó inadvertida.

2.1. El siguiente recuento procesal permite verificar las falencias aludidas:

Se constata de la foliatura que una vez la Fiscalía 63 Seccional de Cali ordenó la apertura de investigación previa el 30 de octubre de 2001, procedió a escuchar en declaración al denunciante Richard Balanta Campo, Delegado de la Contraloría de la Sucursal Cali de Megabanco S.A., a los empleados de esa misma entidad, Libia Inés Rocha, Javier Lucumi Delgado, AYDEE GUZMÁN RAMÍREZ, Liz Yenni Cárdenas, Lorena Rojas Escobar y William José Buelvas, y recibió los informes de la Contraloría y de la oficina jurídica del banco, así como del Cuerpo Técnico de Investigación³.

Por auto del 27 de diciembre de 2002 dispuso la apertura de instrucción en contra de AYDEE GUZMÁN RAMÍREZ, José Eider Cuero López y Ubaldo Antonio Virgen Navarrete y ordenó escucharlos en indagatoria⁴.

En memorial presentado el 6 de febrero de 2003, la señora GUZMÁN RAMÍREZ otorgó poder a un abogado de confianza, el cual solicitó se fijara nueva fecha para la diligencia de indagatoria⁵.

No obstante la fiscalía, por auto del 10 de marzo siguiente, procedió a declarar personas ausentes a todos los implicados y a designarles defensor de oficio. Dado que el profesional en quien recayó el nombramiento manifestó la imposibilidad de aceptar el cargo, por auto del 28 de julio del mismo año el instructor nombró a otro abogado, quien se notificó de la decisión aludida el 24 de septiembre de 2003⁶.

Por auto del 21 de octubre del mismo año, previo informe secretarial, la fiscalía reconoció personería al abogado de confianza que con antelación había designado por la procesada y, en consecuencia, ordenó escucharla en indagatoria, citándola para el 26 de noviembre de 2003, fecha en que efectivamente se llevó a cabo la diligencia, dentro de la cual se efectuaron solicitudes probatorias por parte del apoderado y su prohijada⁷.

Por auto del 17 de marzo de 2004 la fiscalía señaló que ordenaría las pruebas aludidas por el defensor.

Por auto del 10 de mayo siguiente la fiscalía dispuso el cierre de investigación y una vez ejecutoriada la providencia ordenó los traslados de rigor que, según constancia secretarial, vencieron el 2 de junio de ese año⁸.

Al día siguiente - 3 de junio- el defensor contractual de la procesada presentó escrito impetrando la nulidad de la actuación por omisión probatoria con fundamento en que no se verificaron las citas ni se decretaron las pruebas solicitadas en la diligencia de indagatoria⁹.

El 17 de junio de 2004 se calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria y para notificar la decisión, se enviaron las correspondientes citaciones a la procesada y a su defensor ¹⁰.

Con fecha 1º de diciembre de la misma anualidad el técnico judicial II informó a la

señora Fiscal 63 Seccional sobre la imposibilidad de notificar a los apoderados de los procesados, por lo cual, mediante auto del 15 de diciembre siguiente, dispuso el nombramiento de defensores de oficio. Así, el designado para AYDEE GUZMÁN RAMÍREZ se notificó personalmente de la acusación el 29 de diciembre de ese año, en tanto que el escogido para representar a los otros procesados se notificó el 21 de abril de 2005 11.

En la etapa de la causa, el Juzgado 11 Penal del Circuito de Cali avocó el conocimiento del asunto el 5 de mayo de 2005 y ordenó el traslado a los sujetos procesales de lo dispuesto en el artículo 400 del Código de Procedimiento Penal. Según constancia secretarial, el término transcurrió del 5 al 26 de mayo, sin que ninguno hubiese solicitado la práctica de pruebas 12.

Por auto del 24 de junio de 2005 se señaló el 10 de octubre siguiente para la realización de la audiencia pública, fecha en que se llevó a cabo la diligencia, a la que asistió el apoderado judicial de los procesados José Eider Cuero López y Ubaldo Antonio Virgen. En esa oportunidad no compareció el defensor de oficio de la procesada, quien llevó a cabo su intervención hasta el 28 de agosto de 2008¹³.

Por auto del 5 de mayo de 2009, según Acuerdo No 5613 del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, se envió el proceso al Juzgado 11 Penal del Circuito Adjunto de Cali, que dictó el fallo de primer grado el 26 de mayo siguiente¹⁴.

En memorial con fecha de presentación 20 de junio de 2009, la procesada GUZMÁN RAMÍREZ confirió poder a su abogado de confianza, quien interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión¹⁵.

El Tribunal Superior de Cali, en providencia del 26 de octubre del mismo año, confirmó en su integridad la decisión del A quo.

2.2. Del anterior recuento procesal se constata que en el momento en que la Fiscalía ordenó la apertura de instrucción, la acusada GUZMÁN RAMÍREZ otorgó poder a su abogado de confianza para que la representara. Dicho profesional, en memorial del 6 de febrero de 2003 solicitó se fijara nueva fecha para la injurada, y si bien el instructor, sin percatarse de la presentación del poder y del aludido memorial, procedió a declararla persona ausente, así como a los otros dos implicados, siete (7) meses después, previo informe secretarial, corrigió el yerro y procedió a reconocerle personería jurídica al abogado contractual y a escuchar en indagatoria a la implicada el 26 de noviembre de 2003.

En esa oportunidad, AYDEE GUZMÁN RAMÍREZ negó haber realizado las transacciones objeto de investigación y solicitó que se investigara a las personas encargadas de realizar la apertura de las cuentas a las que se hicieron las consignaciones fraudulentas, a los cajeros que entregaron los dineros, a las personas que autorizaron los cheques para hacer los pagos y levantar los sellos, al señor Carlos Chávez Vacca, quien se encontraba en su oficina durante su ausencia, así como las llamadas que éste hizo y recibió de su celular durante el mes de octubre de 2001, al tiempo que se verificaran los procedimientos de seguridad bancaria realizados para la entrega de los dineros, la existencia de videos y se solicitara el movimiento bancario de los empleados que, en las dos sucursales, intervinieron en las operaciones materia de investigación.

El defensor, por su parte, solicitó que se citara al Jefe de sistemas de la oficina principal, Regional Bogotá, para que ilustrara al despacho sobre el funcionamiento de operación dentro del banco, así como la hoja de vida del señor Carlos Chávez, la declaración del cliente del banco José Amilkar Zúñiga y copia de todas las piezas procesales¹⁶.

No obstante las solicitudes probatorias, cuatro (4) meses después la Fiscalía se pronunció indicando que ordenaría la práctica de las pruebas aludidas por el togado, y nada dijo de las solicitadas por la indagada. Lo cierto es que sin agotar la actividad

probatoria anunciada¹⁷, procedió a cerrar la investigación y a calificar el mérito del sumario con resolución acusatoria.

Al respecto se observa que el defensor allegó escrito invocando una nulidad por omisión probatoria, pero su solicitud no fue tomada en cuenta por el instructor, dado que fue presentada un (1) día después de que venciera el término para alegar de conclusión¹⁸.

En ese orden, no se puede afirmar que dicho profesional del derecho incurrió en abandono de la gestión, ni su actitud se muestra indiferente. Más bien, se percibe que en ese interregno de la investigación estuvo vigilante y tanto la solicitud probatoria como la petición de nulidad, exhiben un razonable ejercicio defensivo en procura de obtener el acopio de mayor información susceptible de ser valorada en pro de su representada.

En cambio, lo ocurrido a partir de este momento, evidencia con nitidez la desidia y el desinterés por parte los togados encargados de la defensa convencional y de oficio de la procesada, quienes no desplegaron ningún acto en procura de obtener una decisión favorable a sus intereses, sino que abandonaron por completo su encargo y a consecuencia de ello, la actuación avanzó sin mediar controversia jurídica alguna.

El abogado contractual, debió recurrir la providencia calificatoria, con miras a insistir en la falta de aducción a la foliatura de las pruebas solicitadas por él y su representada, en aras de obtener mayores elementos de juicio para efectos de establecer la realidad de lo acontecido y, por esa vía, comprobar la realidad de lo afirmado por la señora AYDEE GUZMÁN RAMÍREZ al momento de rendir indagatoria.

Adicionalmente, el precario fundamento argumentativo del instructor para deducir la responsabilidad de la acusada y construir la prueba indiciaria, sin mediar análisis probatorio de fondo, refulge como otro motivo de peso para haber recurrido la decisión, con miras a obtener que el funcionario de segunda instancia evaluara la procedencia, pertinencia y utilidad de las solicitudes probatorias efectuadas desde la indagatoria, y

examinara el contenido de las motivaciones que condujeron al fiscal instructor a proferir contra los encartados, resolución de acusación.

Sin embargo, nada le preocupó verificar el resultado de su solicitud de invalidez de la actuación y menos aún la decisión adoptada por el instructor en la calificación del mérito del sumario. Tanto así, que para notificar la resolución acusatoria fue necesario que la fiscalía seccional, seis (6) meses después, nombrara un defensor de oficio a la señora GUZMÁN RAMÍREZ, quien se notificó de la decisión y contra ella no interpuso recurso alguno.

La desidia y el vacío defensivo en el desempeño de la labor encomendada al profesional designado por la fiscalía, es aún más elocuente, dado que la etapa de la causa tramitada por el Juzgado 11 Penal del Circuito de Cali, transcurrió sin manifestación alguna en pro de los intereses de la procesada, teniendo reales posibilidades de hacerlo, haciéndole ver al juzgador que faltaron por practicar en la etapa instructiva a solicitud de su prohijada y de su antecesor, máxime cuando de manera olímpica, ese vacío fue expresamente reconocido por la Fiscalía en la parte resolutive de la providencia calificatoria, aduciendo que:

Al funcionario de reparto que asuma el conocimiento del asunto se le solicita respetuosamente que dentro del término probatorio de la causa decrete y practique las pruebas técnicas pertinentes y coteje los dactilogramas debitados e indubitados de los folios 52,53-1, 53, 62,68, 69,70, 81, 43,97 y 99 del cuaderno original¹⁹.

Evidentemente el defensor oficioso se desentendió de sus obligaciones, dejando transcurrir en un silencio reprochable la etapa del juzgamiento, que dicho sea de paso, se adelantó sin mediar la audiencia preparatoria, espacio procesal consagrado precisamente para solicitar las nulidades originadas en la etapa de la investigación y las pruebas que sean procedentes.

Más evidente se exhibe la desprotección de la procesada cuando el juez de conocimiento señala el 10 octubre 2005 para realizar la diligencia de audiencia pública, pero el defensor de oficio sólo llevó a cabo su intervención casi más de tres años después, esto es el 28 agosto 2008, con argumentos superficiales y genéricos acerca de la ausencia de prueba para condenar y la falta de demostración del nexo de la procesada con los demás vinculados a la actuación, quienes fueron condenados como coautores del delito de hurto agravado por la confianza.

3. Razón de sobra le asiste al casacionista en afirmar vulnerado el derecho a la defensa técnica de la procesada AYDEE GUZMÁN RAMÍREZ, dada la precaria defensa material realizada por el abogado contractual -con posterioridad a la calificación del mérito de la instrucción- y la actitud omisiva del defensor oficioso, todo lo cual se traduce en evidente incumplimiento de la gestión encomendada, cuando el proceso arrojaba concretas posibilidades de ejercer el contradictorio.

Un examen más detallado de la actuación, especialmente de la cumplida en la etapa preliminar, permite derivar que los togados dejaron pasar importantes datos allí suministrados, como lo referente a la imposibilidad de establecer técnicamente la terminal del banco desde la cual se hicieron las consignaciones fraudulentas, la presencia del cajero Carlos Chavez Vacca en el lugar y horas aproximadas en que ocurrió el hecho, el procedimiento cumplido por los funcionarios de las sucursales donde se pagaron los dineros, la existencia de videos, entre otros muchos aspectos.

El cúmulo de inconsistencias también se advierte al revisar la abreviada intervención del apoderado de la procesada RAMÍREZ GUZMÁN, casi tres años después de iniciada la diligencia de audiencia pública, quien apenas mencionó los aspectos de su inconformidad, situación que no remedió el profesional de confianza en su nueva intervención, al momento de sustentar el recurso de apelación contra el fallo del A quo, con manifestaciones que nada aportaron en beneficio de la sentenciada.

4. Así las cosas, vulnerada como se encuentra la garantía procesal del derecho a la defensa, surge imperativo corregir el yerro en sede de casación, a través de la nulidad, única manera de enmendar las irregularidades detectadas, en orden a que los funcionarios judiciales recompongan la actuación garantizando esta vez que en todo momento el derecho a la defensa se ejerza de manera absoluta, real y continua hace a través de sus dos expresiones, material y técnica.

Para ese efecto se dispone invalidar lo actuado a partir de la notificación de la resolución de acusación, inclusive, advirtiendo a los funcionarios judiciales encargados de restablecer el trámite, acerca de la pronta la prescripción, tal como lo solicita la señora Procuradora en su concepto, sobre la consideración adicional de que se trata de un delito de hurto agravado por la confianza y por la cuantía.

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:

PRIMERO: CASAR la sentencia impugnada.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de lo actuado a partir de la notificación de la resolución de acusación, inclusive.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
PÉREZ

SIGIFREDO ESPINOSA

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO
J. IBAÑEZ GUZMÁN

AUGUSTO

Excusa justificada

JORGE LUIS QUINTERO MILANES
BASTIDAS

YESID RAMÍREZ

JULIO ENRIQUE SOCHA
SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

1 Fls 1 al 5 y ss C.1.

2 Cfr fl 177 íd.

3 Fls 6, 9, y 15 al 91 C.O.

4 Fls 92 y ss.

5 Fls 98 y 99.

6 Fls 107 a 115.

7 Fls 118 y 120.

8 Fls 128, 145 y 146.

9 Fl 147.

10 Fls 149 y ss y 161 y 163.

11 Fls 165 y 176.

12 Fls 181 y 195.

13 Fls 196, 201 y 261.

14 Fl 265 y ss.

15 Fls 299 y 305.

16 Fls 117 a 123.

17 Al respecto se constata que únicamente se ofició al Jefe de la Sección Jurídica de Megabanco para que aportara copia del Manual de Funciones del Asesor Comercial y del Cajero, la hoja de vida del cajero auxiliar Carlos Chávez Vacca y para que hiciera comparecer al jefe de sistemas el 18 de mayo de ese año. En cumplimiento de ello, dicho funcionario remitió los manuales requeridos, pero igualmente informó que no se encontró dato alguno de Carlos Chávez y solicitó que se ampliaran los datos de dicho señor.

18 Fl 149.

19 Fl 158.