

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado Ponente

AP5103-2015

Rad. 44389

Aprobado Acta No. 314

Bogotá, D.C., nueve (9) de septiembre de dos mil quince (2015).

ASUNTO:

La Corte decide si admite o no la demanda de casación formulada por el defensor de FERNANDO ROJAS ANTONIO, contra la sentencia del 30 de mayo de 2014, a través de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta confirmó el fallo emitido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Los Patios (Norte de Santander), que lo condenó como autor responsable del delito de favorecimiento de contrabando.

HECHOS

El 24 de octubre de 2009, en el puesto de control aduanero ubicado en el sector de Los Vados, vía que conduce de Cúcuta a Pamplona, agentes de la Policía Aduanera inspeccionaron el vehículo de carga de placas SYR 334, conducido por Agustín Niño Pabón, en cuyo interior hallaron láminas de acero de diferentes diámetros de procedencia extranjera que no coincidían con las descritas en la documentación presentada por el

transportador (factura de venta No. C0092 y declaración de importación con sticker No. 02453010684891), quien a su turno indicó como propietario de la misma a FERNANDO ROJAS ANTONIO. Dicha mercancía fue incautada y avaluada, según acta de ingreso No. 38071107919 en \$53.760.000.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 15 de marzo de 2011, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Los Patios, a FERNANDO ROJAS ANTONIO le fue imputado el delito de favorecimiento de contrabando, prescrito en el artículo 320 del Código Penal.
2. El 13 de abril siguiente, la Fiscalía Primera Seccional de Los Patios radicó escrito de acusación por la conducta señalada, que se materializó en audiencia del 12 de julio de 2011 en el Juzgado Promiscuo del Circuito de la ciudad.
3. Evacuado el juicio oral y público, el Juzgado cognoscente, mediante sentencia del 2 de diciembre de 2013, condenó al acusado como autor responsable del delito de favorecimiento de contrabando a la pena principal de 12 meses de prisión y multa de \$97.416.00 y a las accesorias de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 12 meses y privación para ejercer el comercio por 24 meses.
4. Apelada tal determinación por la defensa, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, en proveído del 30 de mayo de 2014, impartió su confirmación.

LA DEMANDA:

La defensa, con el fin de procurar la efectividad del derecho material y la defensa del

derecho fundamental al debido proceso, postuló dos cargos en contra de la sentencia de segunda instancia, así:

1. Con fundamento en la causal 3ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, acusó el fallo por violación indirecta de la ley sustancial consistente en error de derecho por falso juicio de legalidad, con ocasión de la valoración del testimonio del patrullero José Alberto Peñalosa Márquez y la incorporación del acta de aprehensión No. 89-03619, documento de inventario y avalúo No. 38071101919, el cual fue aportado al proceso con violación de las formalidades legales para su aducción.

Si bien el testimonio del referido oficial de aduanas fue debidamente decretado en audiencia preparatoria y practicado en desarrollo del juicio oral, sujeto a la debida contradicción, no sucedió lo mismo con el avalúo de la mercancía incautada y del cual se sirvió el funcionario judicial para adecuar típicamente la conducta, en tanto el oficial que lo suscribió no tenía facultad para ello de acuerdo con lo establecido en los artículos 35, 36 y 37 del Decreto 4048 de 2008 del Ministerio de Hacienda y las Resoluciones 009 y 1241 de 2008 expedidas por el Director General de la Unidad Administrativa, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, de igual modo excedió sus funciones al olvidar lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 12 de la resolución 2201 de 2005, proferido por la DIAN.

Por consiguiente, al ser ilegal tal avalúo no era posible determinar con fundamento en él el valor de la mercancía supuestamente incautada y objeto del ilícito, máxime cuando el hoy condenado en su declaración en juicio precisó la condición de chatarra de tal material, de modo que carece de soporte probatorio la pretensión del ente acusador.

2. Al amparo de la causal 2ª de casación reprobó la determinación sancionatoria, por desconocimiento de la estructura del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes, en razón a la inactividad

del defensor en desarrollo del proceso.

Pese a que la labor del profesional del derecho que previamente asistió a su representado no fue absolutamente pasiva, no privilegió el ejercicio a la contradicción en favor de los intereses del encartado. Si bien, luego de asumir tal rol en la audiencia de formulación de acusación, peticionó pruebas, contrainterrogó a los testigos, presentó teoría del caso y alegatos de conclusión, al tiempo que impugnó la condena, su actividad no fue eficaz, pues conforme con elementos e ingredientes del tipo penal y la carga probatoria de la Fiscalía, no adelantó de manera adecuada su gestión.

Lo anterior se constata de los planteamientos expuestos en (i) su teoría del caso, la cual fue confusa y se comprometió a demostrar un procedimiento irregular sin contar con elementos probatorios; (ii) contrainterrogatorio, donde no dejó percibir punto de contrariedad, pese a existir una probabilidad real de éxito de haber atacado el avalúo aportado de conformidad con la normativa de la DIAN, para, a su turno, acreditar la atipicidad de la conducta; y, (iii) recurso de alzada, en el que hizo alusión a documentos que no ingresaron a la actuación. Asimismo, dejó de lado documentos con vocación probatoria importante.

En consecuencia, solicitó decretar la nulidad del proceso desde el momento de la audiencia preparatoria.

CONSIDERACIONES:

1. La demanda de casación presentada por el defensor incumple los presupuestos de técnica que permitan su admisión, en razón a que los cargos postulados contra la sentencia del Tribunal se desarrollan sin la observancia de los requisitos formales y materiales previstos en los artículos 183 y 184, inciso 2º, de la ley 906 de 2004.

2. Los censuras elevadas no consultan los principios de prioridad, claridad, rogación, suficiencia y autonomía que imponen al recurrente la obligación de postular de forma separada y subsidiaria las censuras que propone, de acuerdo con la pretensión buscada y su impacto en la actuación, de tal forma que tengan la capacidad de anularla o de derrumbar la doble presunción de acierto y legalidad que le asiste a la providencia judicial.

Tales lineamientos imponían al demandante el deber de acudir de manera principal e inicial a los motivos relacionados con la existencia de irregularidades que viciaban la actuación conforme con la causal segunda de casación, en tanto, sólo ante la ausencia de ésta, es posible cuestionar la sentencia por la vía directa o indirecta, de manera subsidiaria.

3. En el primero de los reproches invocados, el recurrente carece de interés para proponerlo al faltar al principio de la unidad temática. En efecto, la demanda de casación debe guardar coherencia con los asuntos que fueron objeto de la apelación, pues sólo de esa manera se habilita al ad quem para emitir un pronunciamiento sobre determinado asunto, de modo que la falta de identidad de las pretensiones del recurso de apelación con las de la demanda, imposibilita atribuir un error respecto de un tema que no fue propuesto en la alzada ni planteado a la segunda instancia¹.

Sobre el tema, la Sala tiene dicho que:

En sede extraordinaria, una de las manifestaciones de tal interés se plasma en el principio de identidad temática, de acuerdo con el cual el marco teórico en el que se desarrolla el discurso contentivo de la inconformidad debe haber sido expuesto previamente en el recurso de apelación, ya que no podría predicarse error en los razonamientos del sentenciador de segundo grado respecto de asuntos que no tuvo la oportunidad de examinar. CSJ AP 2130-2015

No se constata que la defensa, en su momento, alegara la imposibilidad de considerar el

testimonio de patrullero José Alberto Peñalosa Márquez o de alguno de los documentos que introdujo al juicio oral por existencia de un vicio en la producción de la prueba que la tornara ilegal, pues su recurso estuvo enfocado a la acreditación del ingreso de la mercancía de manera legal al país así como un supuesto prejuzgamiento de su conducta de acuerdo con el resultado de la actuación administrativa que evacuó la Dirección de Aduanas Nacionales, luego se torna novedosa la temática que expone en sede extraordinaria y desvanece su interés para recurrir por este aspecto.

3.1. De ignorarse lo anterior, también es dable desechar su reclamo ante la ausencia de presupuestos que acrediten la existencia de error de derecho por falso juicio de legalidad, toda vez que, de un lado, su queja se observa contradictoria y, de otro, carece de la debida fundamentación.

El demandante cuestionó el testimonio del patrullero José Alberto Peñalosa Márquez y la aducción a través de este de documentos, en particular el avalúo de la mercancía incautada, para lo cual reconoció que el primero fue debidamente decretado en la audiencia preparatoria y practicado en el desarrollo del juicio oral sujeto a la debida contradicción. No obstante, no comparte su valoración y empleo para demostrar el hecho ilegal objeto de reproche, luego, no denotó cuál fue el equívoco en la producción de la probanza sino que evidenció su descontento con el mérito probatorio conferido.

Adicionalmente, no se observa que las normas citadas en el libelo se hubiesen infringido, pues ninguna de ellas desmiente la facultad de la Policía fiscal para expedir el referido avalúo, por cuanto hacen relación a la estructura de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de impuestos y aduanas nacionales (Decreto 4048 de 2008), sus funciones (Resolución 0009 de 2008), competencia (Resolución 1241 de 2008) y, criterio para el avalúo de mercancía (Resolución 2201 de 2005), y no restringen de manera alguna la competencia del oficial para adelantar la diligencia.

Ahora en cuanto al procedimiento para la estimación del material incautado y al cual hace mención el demandante, cuando deprecia que se omitió lo dispuesto en el artículo 13 de la Resolución 2201 de 2005, téngase en cuenta el motivo por el cual inició la actuación, que fue el previsto en el numeral 1.6 del artículo 502 del estatuto Aduanero, Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 6 del Decreto 1161 de 2002, según el cual «Cuando la mercancía no se encuentre amparada en una Planilla de Envío, Factura de Nacionalización o Declaración de Importación, o no corresponda con la descripción declarada, o se encuentre una cantidad superior a la señalada en la Declaración de Importación, o se haya incurrido en errores u omisiones en su descripción, salvo que estos últimos se hayan subsanado en la forma prevista en los numerales 4 y 7 del artículo 128 y en los párrafos primero y segundo del artículo 231 del presente decreto, en cuyo caso no habrá lugar a la aprehensión.».

Punto para el cual era dable aplicar el artículo 505 del mismo cuerpo normativo, modificado por el artículo 13 de Decreto 4431 de 2004, párrafo 2º, que indica:

«Artículo 505. Reconocimiento y avalúo. El reconocimiento y avalúo definitivo se entenderá surtido dentro de la misma diligencia de aprehensión de las mercancías, salvo cuando se trate de mercancías que requieran conceptos o análisis especializados, caso en el cual, dentro de un plazo hasta de diez (10) días siguientes a la fecha de notificación del acta de aprehensión, se deberá efectuar la diligencia de reconocimiento y avalúo definitivo de la mercancía aprehendida.

El avalúo se deberá consignar en el documento de ingreso de la mercancía aprehendida, sin perjuicio de la facultad de la Aduana de determinar el valor en aduana de la misma cuando a ello hubiere lugar.

(..)

Parágrafo 2°. Cuando con ocasión de la diligencia de inspección en los procesos de importación, exportación o tránsito, se produzca la aprehensión de la mercancía declarada, se tomará como avalúo el valor de la mercancía señalado en la respectiva Declaración, para los efectos previstos en el inciso primero del presente artículo, salvo que existan precios de referencia. En consecuencia, en estos eventos, no será necesario el avalúo de la misma”»

Por consiguiente no se verifica omisión alguna de la autoridad administrativa susceptible de ataque en esta sede, menos cuando no se comprueba que tal asunto fuera reprobado en su momento al interior del proceso administrativo de comiso que se gestionó en contra del inculpado.

Tampoco patentizó una falta en el procedimiento de ingreso del avalúo a la actuación por trasgresión de las formas predeterminadas para ello, ya que el discurso desplegado por el togado tuvo como enfoque la ausencia de facultades del policial para expedir tal documento al momento de la incautación, punto disímil al error invocado. Al respecto, se tiene que:

El error de derecho por falso juicio de legalidad se relaciona con la validez o existencia jurídica de la prueba, el cual se manifiesta de dos maneras: una, cuando al apreciar el medio de convicción el juzgador le otorga validez jurídica, porque estima que cumple las exigencias formales de producción sin reunirlos (positivo); y dos, cuando le niega existencia jurídica por suponer que no las satisface a pesar de llenarlas (negativo).

En la demostración del vicio, es imperativo que el censor identifique el medio sobre el cual predica el error y acreditar que el fallador le reconoció valor a una prueba que incumple los requisitos legales previstos para su formación o aducción a la actuación.

Resulta indispensable que la demanda indique las normas que regulan las formalidades establecidas para el medio de conocimiento objeto de reproche y demuestre con

claridad y precisión cuál fue el requisito omitido o el que dio por supuesto, mediante la exposición de argumentos que hagan evidente el yerro atribuido a la sentencia. CSJ AP 3381-2015

Nada de ello evocó el libelista, simplemente dirigió su esfuerzo a exhibir que el avalúo no tenía la suficiencia para exigirse como prueba demostrativa del valor de la mercancía incautada, propuesta en la cual subyace una discusión sobre el sistema de libertad probatoria instituido en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004 y por ello, atacable por el error de derecho por falso juicio de convicción.

4. El segundo reproche, que debió postularse como cargo principal al implicar la nulidad del proceso por violación del derecho a la defensa técnica, carece de elementos que acrediten su prosperidad, por cuanto, es unánime, pacífica y reiterada la posición de esta Sala respecto de que la apreciación diversa del nuevo defensor acerca de la gestión realizada por su antecesor no resulta suficiente para predicar la violación de la aludida garantía.

En efecto, para enrostrar un vicio de tal naturaleza resulta indispensable acreditar cómo la presunta falta de gestión del profesional del derecho a cuyo cargo estuvo la asistencia del procesado tuvo injerencia cierta y efectiva en el resultado del proceso, al no ser suficiente que el nuevo defensor asuma un modo de razonar distinto y mejor que su predecesor.

Así lo tiene decantado la Sala (CSJ SP, 20 may. 2003. Rad. 28.013):

Es claro que en el ejercicio de esa asistencia técnica, el profesional cuenta con total libertad para establecer la estrategia que en su criterio sea la idónea para beneficiar a su protegido. Solamente el defensor, nadie más, puede determinar cuál es la táctica apropiada, para determinar la cual (sic) tiene como únicas limitantes el ordenamiento jurídico aplicable, lo actuado dentro del proceso y su compromiso ético para con su

cliente, que juró cumplir al acceder al título.

En ese contexto, el juicio que corresponde hacer, cuando se cuestiona la gestión defensiva se trata, no puede partir de los resultados a que finalmente llegó el trámite, ni puede hacerse desde una valoración posterior, según el mejor modo de pensar de quien sucedió al profesional inicial. La estimación se impone realizarla desde una posición ex ante, esto es, que quien pretende hacer la censura debe realizar el ejercicio mental de situarse en el momento previo a aquel tachado de negligente y objetivamente razonar y concluir si en idénticas circunstancias una persona (abogado) promedio con mediana diligencia hubiese actuado de igual o diversa manera.

Dentro de esa perspectiva, la inactividad del defensor, por sí misma, no puede ser tachada de negligente, como que solamente la consideración de los lineamientos reseñados permitirá inferir si de conformidad con las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar que enfrentaba el abogado una omisión concreta pudo obedecer a una estrategia o fue producto de la desidia.

No debe dejarse de lado que el defensor, por serlo, no pierde la condición de abogado, que comporta, más allá de buscar el mejor estar de su asistido, el respeto irrestricto por el ordenamiento jurídico, esto es, que debe ser leal en la búsqueda de una cumplida administración de justicia, que no es cosa diferente a coadyuvar en la aplicación de la Constitución y la ley.

En esas condiciones, al abogado-defensor debe complementar todos esos deberes en el ejercicio de su función, consecuencia de lo cual es que no se le puede exigir que, a pretexto de ser calificado como diligente, recurra todos los pronunciamientos judiciales, ni que pase infinidad de escritos haciendo toda clase de postulaciones, en tanto impugnaciones o peticiones inoficiosas puede tornarse en dilatorias, desleales, toda vez que solamente apuntarían a entorpecer el desarrollo del juicio. (Subrayas fuera

del texto original).

Y más recientemente, en el mismo sentido, la Corte precisó (CSJ AP. 9 mar. 2011. rad. 35.364):

(...) cabe reiterar que en materia del ejercicio de la defensa técnica, la Corte se ha orientado por sostener que el defensor, sea de confianza, de oficio o vinculado al servicio de defensoría pública, en ejercicio de la función de asistencia profesional goza de total iniciativa, pudiendo presentar las solicitudes que considere acordes con la gestión encomendada, o interponer los recursos pertinentes, o incluso a pesar de tener una actitud vigilante del desarrollo de la actuación, asumir una pasiva por estimar que esa puede ser la mejor alternativa de defensa, y no por estar en desacuerdo con la estrategia asumida, o haber sido adversos los resultados del juicio, hay lugar a sostener que el derecho de defensa ha sido violado por ausencia de defensor idóneo, pues la ley no le impone al abogado derroteros en torno a la estrategia, contenido, forma o alcance de sus propuestas, ni la aptitud de estas gestiones se establece por los resultados del debate². CSJ AP 4436-2015

De los argumentos expuestos por el abogado recurrente se observa simplemente que él hubiese adoptado una estrategia defensiva diferente a la utilizada en el asunto por quien lo precedió, pero no la demostración de un yerro, hecho o circunstancia que denotara falencia alguna en la misión emprendida en curso de la defensa técnica. De tal manera que no puede reprobar, luego de la emisión de un fallo condenatorio, la maniobra que en su momento desplegó otro togado bajo el pretexto de que, de haber sido otra, el resultado favorecería al implicado, ya que eso torna su reproche en especulación.

Por manera que la propuesta carece de fundamento suficiente para dar por acreditado la violación del aludido derecho.

5. En consecuencia, las censuras contenidas en el libelo se tornan infundadas y

surgen como el intento del defensor de continuar con el debate probatorio culminado en su momento, en contravía de la naturaleza extraordinaria del recurso de casación que descarta su procedencia a modo de instancia adicional.

6. En tal virtud, la Sala habrá de inadmitir la demanda que se examina, más aun cuando no se advierte que el recurso esté convocado cumplir alguna de sus finalidades o que se hayan vulnerado garantías de orden fundamental que impongan su protección oficiosa.

7. Finalmente, contra la determinación que se adopta es viable el mecanismo de insistencia previsto en el inciso segundo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuyo trámite a falta de regulación legal es el señalado en CSJ AP, 12 Dic. 2005, Rad. 24322 y de acuerdo al plazo precisado en CSJ AP3481-2014.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1. No admitir la demanda de casación presentada por el defensor de FERNANDO ROJAS ANTONIO.

2. Contra esta decisión procede el mecanismo de insistencia.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen,

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 CSJ AP, 18 Abr. 2012, rad. 36608; CSJ AP, 17 Oct 2012, rad. 33145.

2 Casación de junio 13 de 2002. Rad. 11324.