

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Luis Guillermo Salazar Otero

Magistrado Ponente

SP15912-2014

Radicación No. 40200

(Aprobado Acta No. 397)

Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014)

ASUNTO:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Jesús Armando Córdoba Muñoz contra la sentencia del 28 de junio de 2012, por medio de la cual el Tribunal Superior de Pasto confirmó la que en sentido condenatorio y por el punible de peculado por apropiación dictó el Juzgado Tercero Penal de dicho circuito el 16 de marzo del mismo año.

HECHOS:

Dentro del proceso ejecutivo adelantado por Clara Elisa Patiño de Moreno contra Humberto Enríquez Moreno ante el Juzgado Tercero Civil Municipal de Pasto, se practicó

el 26 de enero de 2000 diligencia de embargo y secuestro de bienes muebles, en la cual se designó como secuestre al auxiliar de la justicia Jesús Armando Córdoba Muñoz.

Requerido éste varias veces para que pusiera los bienes en su custodia a disposición de la perito evaluadora, se negó a cumplir tal obligación.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Con sustento en las copias que del proceso ejecutivo compulsó el Juzgado Civil, en las cuales se da cuenta de los hechos antes reseñados, la Fiscalía inició la correspondiente investigación el 30 de noviembre de 2005, ordenando la vinculación mediante indagatoria de Jesús Armando Córdoba Muñoz.

Como tal diligencia no fue posible realizarla no obstante las diversas citaciones que se le hicieran al sindicado, se dispusiera su conducción y que el mismo confiriera poder a una abogada para que asumiera su defensa, quien además obtuvo copias del expediente, mediante resolución de 23 de febrero de 2010 se le declaró persona ausente y consecuentemente se le designó un defensor de oficio; así se le definió su situación jurídica en proveído del 24 de marzo de dicha anualidad afectándosele con medida de aseguramiento no privativa de libertad, prohibición de salir del país, por el delito de peculado por apropiación.

2. El mérito de la instrucción fue calificado el 4 de junio de 2010 con acusación en contra del sindicado como presunto autor del punible objeto de la medida de aseguramiento.

3. Tras la ejecutoria de la anterior decisión, lo que aconteció el 28 de junio de 2010, se surtió la etapa de la causa ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pasto el cual la concluyó con sentencia de primera instancia del 16 de marzo de 2012, para condenar al

acusado a la pena principal de 50 meses de prisión, inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por igual lapso y multa por un millón de pesos, como autor responsable del delito de peculado por apropiación.

4. Durante el trámite de notificación de dicho fallo el procesado confirió poder a un defensor, a través del cual interpuso el recurso de apelación en cuya virtud el Tribunal Superior de Pasto dictó su sentencia del 28 de junio de 2012 para confirmar la cuestionada.

5. El mismo sujeto procesal impugnó por vía del recurso extraordinario de casación la sentencia del ad quem.

LA DEMANDA:

Primer cargo:

Con sustento en la causal tercera de casación acusa el recurrente el fallo cuestionado de haberse proferido en un asunto viciado de nulidad por desconocimiento de la garantía al debido proceso en tanto no se cumplieron los requisitos que deben preceder la vinculación de una persona al proceso penal en ausencia.

Formalmente, dice, tales exigencias implican el deber de adelantar las diligencias que sean necesarias para lograr la vinculación mediante indagatoria, bien a través de citación o de orden de captura, de modo que el mecanismo sucedáneo se viabiliza si pasados 3 días desde la citación o 10 a partir de la orden de aprehensión, no comparece el sindicado a rendir indagatoria, momento en el cual debe proferirse una resolución de sustanciación motivada que declare la ausencia y provea la defensa del vinculado, decisión que habrá de ser notificada al defensor designado y al Ministerio Público.

En este asunto, sostiene, fueron pretermitidos tales pasos que condicionan la

validez de la declaración de persona ausente, porque si bien al abrir la investigación la Fiscalía citó al sindicado a tres direcciones, gracias a lo cual designó una defensora de confianza, tres años después lo convocó a indagatoria a una dirección con la que el procesado no tiene relación alguna, sumándose a ello que nombrándose por el sindicado una defensora de confianza su comparecencia se habría logrado a través de la misma.

También se ordenó, añade, la conducción del procesado, pero sin obtener respuesta a dicho requerimiento se profirió resolución el 23 de febrero de 2010 declarándolo persona ausente, con lo cual se omitió entonces citar previamente al infractor o a su defensor, así como la orden de captura puesto que se trataba de un delito que comportaba detención preventiva.

De allí en adelante toda la actuación se surtió con el abogado de oficio sin que se desplegara actividad alguna en procura de informar a Córdoba Muñoz sobre la existencia del proceso, sólo en el juicio se hicieron algunos intentos por hacerlo comparecer personalmente, pero enviándole citaciones a la dirección con la cual éste no tenía conexión de ninguna clase, porque su residencia era la casa 12 y no la 11 de la manzana 2 del Barrio Prados del Niza; olvidándose además que había designado una defensora de confianza.

Si bien el ad quem, afirma, reconoce algunas de dichas fallas, les niega trascendencia so pretexto de que era el procesado quien debía estar pendiente de la causa, lo cual carece de fundamento porque eso sería adelantar procesos secretos, a espaldas del inculcado en la medida en que en esas condiciones no tendría oportunidad de conocer de manera previa y detallada la acusación para preparar su defensa.

Olvidó el Tribunal, agrega, que durante la instrucción ninguna citación fue enviada al sindicado, ni a su defensora de confianza y se equivoca al calificar la ausencia de aquél

como estrategia defensiva, cuando de haber sido así no habría nombrado apoderada en la oportunidad en que fue debidamente enterado de la actuación, eso sin dejar de mencionar que el asunto permaneció paralizado por más de 3 años y a nadie puede obligarse a un sometimiento eterno al poder punitivo del Estado.

La comunicación adecuada de los actos dentro del proceso penal son una carga del Estado y para eso debió agotar en este evento todas las acciones necesarias en procura de superar el error acerca de la dirección en que se ubicaba el procesado, mas como nada de esto se hizo solicita se declare la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de 23 de febrero de 2010 que declaró persona ausente al inculcado.

Segundo cargo:

También al amparo de la causal tercera de casación acusa el censor la sentencia recurrida de haberse proferido en un asunto viciado de nulidad en tanto se desconoció la garantía de defensa, por cuanto, de un lado, no se acató la decisión del procesado cuando nombró defensor de confianza y de otro, porque el de oficio no ejerció de manera eficiente su encargo, de modo que careció aquél de una defensa real y técnica.

Además de que el instructor y el fallador omitieron la libre designación que el procesado hizo de una abogada de confianza, la garantía en examen no puede entenderse satisfecha con la existencia de un defensor de oficio, porque tal encargo debe ejercerse de forma real o material y permanente, esto es a través de actividades que apunten a la objeción de los cargos o a la reducción del compromiso.

Aunque el silencio no es siempre anomalía imputable al togado, en este asunto su actividad se redujo a la posesión y a participar en las audiencias preparatoria y de juzgamiento; no presentó alegatos precalificatorios, ni interpuso recursos y ni siquiera reparó en que existía una abogada de confianza a quien informarle lo acaecido.

Huérfano por tanto, concluye, Córdoba Muñoz durante toda la actuación de una defensa real y técnica, solicita se anule el proceso a partir del proveído que lo declaró persona ausente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Como entiende el Procurador Delegado que el segundo cargo planteado en la demanda es consecuencia del primero, manifiesta emitir concepto sobre el conjunto de los dos reproches, así:

Si bien es cierto el funcionario judicial tiene la obligación de citar en forma personal al sindicado para que rinda indagatoria, la que se le hiciera a la casa 11 de la manzana 2 del Barrio Prados del Niza no constituye irregularidad alguna si se tiene en cuenta que dicha dirección fue suministrada por el demandante en el proceso ejecutivo, dentro del cual por demás la perito solicitó se requiriera a aquel en casa de sus progenitores dado que por su propios medios no le fue posible contactarlo, lo mismo que le sucedió a un segundo perito ante quien igualmente se esgrimieron diversas disculpas para justificar la evasividad del secuestre.

Actitud que prosiguió en el asunto penal cuando desde el momento mismo de la apertura de la investigación se le citó para indagatoria y sólo dos meses después apareció, pero no a rendir la injurada, sino confiriendo poder en una notaría a una abogada, quien obtuvo copias de la actuación.

En esas condiciones, posteriormente se le convocó a la referida dirección a fin de que se presentara a rendir indagatoria, se requirió información al juzgado civil acerca de si el secuestre había entregado o devuelto los bienes, obteniéndose respuesta negativa, con la precisión que desde mayo de 2004 se le estaba requiriendo con ese propósito y hasta esa fecha, marzo de 2009 no había satisfecho su obligación como auxiliar de la justicia, de modo que seguidamente se dispuso su conducción, se solicitó respuesta a

este procedimiento y como nada positivo se lograra, se dispuso entonces la declaratoria de persona ausente y se le designó un defensor de oficio, quien se notificó y posesionó debidamente.

Declaró luego el demandante en el proceso civil para asegurar que intentó por todos los medios contactar al secuestre con resultados negativos porque siempre se evadía, no obstante saber que se hallaba en la ciudad y que incluso se le veía en lugares públicos

Así se surtió la etapa de sumario y de juicio, en ésta última se le requirió a la misma dirección en varias oportunidades, pero sólo cuando se dictó sentencia de primera instancia, se presenta un apoderado del acusado con poder conferido antes de que se emitiera fallo por el a quo y en tal condición interpone el recurso de apelación.

De lo anterior, dice el Delegado, se infiere que a pesar de que Córdoba Muñoz no se presentó ante la justicia, la que evadió, sí estaba pendiente del estado de la investigación que se adelantaba en su contra, es decir tuvo la expresa intención de eludir la acción de las autoridades y así renunció voluntariamente a su derecho a ejercer la defensa material porque no quiso comparecer, por eso su comportamiento no puede ser amparado legalmente al punto de invalidar lo actuado so pretexto de proteger inexistentes infracciones a sus garantías a un debido proceso y a la defensa.

Es que, afirma el Ministerio Público, en punto del derecho de defensa el orden jurídico no puede amparar aquellos casos en que la persona ha tenido la intención de evadir los efectos de la respectiva decisión; una es la situación de quienes no se presentan al proceso penal porque se ocultan y otra la de quienes no lo hacen porque les fue imposible conocer su existencia.

La alternativa de vincular a alguien a un proceso penal mediante declaratoria de persona ausente, procede sólo cuando se ha evacuado todas las acciones legalmente posibles para citarlo sin lograr su comparecencia, bien porque no haya sido factible su ubicación o

conociendo la actuación decidió marginarse voluntariamente de la oportunidad de ser escuchado en indagatoria.

Acá el fiscal instructor adelantó las diligencias necesarias para hacer comparecer al inculcado; el error en la dirección de residencia no se advierte de identidad, en la medida en que de modo alguno se le sorprendió con la investigación adelantada en su contra.

Ahora, ineficaces las citaciones, igual aconteció con la orden de conducción, luego en esas circunstancias el fiscal tenía suficientes razones para acudir al mecanismo sucesivo de vinculación, máxime cuando se infiere razonablemente que el inculcado estaba al tanto del trámite penal bien directamente o a través del proceso civil, no de otra manera se entiende que 15 días antes de que se dictara sentencia de primera instancia le haya otorgado poder a un nuevo abogado, quien apeló la sentencia del a quo.

De acuerdo entonces con el principio de protección que rige la declaratoria de nulidades, según el cual el sujeto procesal que haya dado lugar al motivo de anulación no puede aducirlo en su beneficio, si el procesado decidió no comparecer para ser escuchado en indagatoria, fue él quien se privó de tal mecanismo de defensa sin que pueda ahora alegar tal circunstancia como factor invalidante de la actuación, por eso no resulta viable que el orden jurídico ampare eventuales deficiencias defensivas cuando la actitud evasiva del declarado ausente obedeció a su clara intención de eludir los efectos de la acción judicial tras conocer su existencia.

De otro lado, sostiene el Delegado, las fallas en la asistencia letrada son constitutivas de violación al derecho de defensa cuando hayan causado razonablemente algún perjuicio al procesado. En este evento el enjuiciado contó con un defensor desde el momento mismo de su vinculación y aunque su actividad en la etapa instructiva se limitó a la notificación de la resolución que lo declaró ausente, es evidente que ello obedeció a una

táctica defensiva si se contrasta con la labor que desplegó en el juicio y su intervención en la audiencia pública; la actitud vigilante como la que se dio en el sumario constituye una expresión válida del ejercicio de la defensa.

Antes de que Córdoba Muñoz fuera declarado ausente otorgó poder a una abogada de confianza y su actuación fue equiparable al de oficio dadas las condiciones en que asumió el cargo en la fase instructiva; éste conoció los hechos y las pruebas obrantes en contra de su defendido y si bien su actuar no se caracterizó por la interposición de recursos, solicitud de pruebas o presentación de alegatos, no puede desconocerse que, ausente el procesado, no contaba con la posibilidad de estructurar una argumentación defensiva que le permitiera optar por una estrategia diversa a la de permanecer expectante, más aún cuando en las condiciones en que intervino podía resultar aconsejable no solicitar pruebas cuyo sentido se desconocía y con las cuales eventualmente pudiera perjudicar a su defendido antes que favorecerlo o no interponer recursos por no contarse con un claro fundamento fáctico y jurídico.

No vislumbra por tanto el Delegado quebranto de la garantía de defensa, máxime cuando resulta inconsistente disponer la invalidación del proceso para conseguir que la defensa tenga momentos y oportunidades de intervención que ya tuvo y utilizó.

Al no advertir entonces desafuero procesal en la citación del procesado o en la forma en que se le vinculó, ni tampoco abandono del encargo profesional de quien fungió como defensor, ni se vislumbran situaciones que de manera objetiva favorezcan la situación del acusado, solicita el Ministerio Público no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES:

Primer cargo.

Sostiene el demandante que la sentencia fue dictada en juicio viciado de nulidad por

violación del debido proceso y el derecho de defensa, al haberse vinculado irregularmente a su representado al proceso, en tanto se le declaró persona ausente sin haber agotado las gestiones necesarias para su localización a fin de que pudiera comparecer personalmente al proceso y ejercer su defensa material.

Y aunque en tal postulación acierta relativamente en cuanto si bien se citó al procesado, se localizó, se ordenó su conducción y éste optó por no comparecer, pero se omitió ordenar su aprehensión, no logra lo mismo en lo concerniente al deber de acreditar la incidencia negativa que esta falencia pudo haber tenido para afectar el derecho de defensa u otra garantía fundamental del procesado.

Cierto es que la Corte ha sido reiterativa en sostener que la vinculación del imputado al proceso mediante declaración de persona ausente, no es un procedimiento alternativo al de vinculación personal (mediante indagatoria), sino residual o supletorio, al que sólo puede llegarse cuando no ha sido posible hacer comparecer al imputado para que asuma la defensa material, acorde con lo establecido en los artículos 332 y 344 del Código de Procedimiento Penal de 2000.

También ha dicho que en desarrollo de la actividad orientada a lograr que el sindicado concurra a rendir indagatoria, el Estado debe agotar todas las opciones razonablemente posibles para hacerlo, atendiendo la información de que dispone, de manera que la decisión de adelantar el proceso en ausencia suya, sea resultado de una cualquiera de dos situaciones: (i) Que no fue posible su localización, no obstante haberse agotado los medios disponibles para lograrlo; o (ii) que no obstante haber sido informado, ha asumido una actitud de rebeldía frente a los llamados de la justicia, marginándose voluntariamente de la posibilidad de comparecer a rendir indagatoria.

En ambas hipótesis, el artículo 336 de la Ley 600 de 2000 ordena cumplir ciertos pasos previos antes de proceder a la vinculación en ausencia: (i) citación a indagatoria; (ii)

conducción facultativa; (iii)orden de captura; y (iv) declaratoria de persona ausente, siendo cada uno de ellos presupuesto indispensable del siguiente, aunque del primero y del segundo puede prescindirse por ser este facultativo y cuando el delito por el que se procede permite librar directamente la aprehensión, o no ha sido posible establecer la dirección de ubicación del implicado.

Lo importante, sin embargo, para que el acto de vinculación en ausencia sea legítimo, y pueda entenderse garantizado el derecho de defensa, no es simplemente que se cumplan los pasos indicados, sino que el funcionario instructor haya agotado las gestiones necesarias para establecer el lugar o dirección donde puede ser localizado el imputado, y que los datos obtenidos sean incluidos correctamente en las citaciones telegráficas, y en las comunicaciones enviadas a los organismos de seguridad encargados de su localización o captura. De nada sirve que en el expediente aparezca registrado el lugar de residencia del implicado, si estos datos son ignorados por el órgano judicial, o equivocadamente transmitidos a las entidades encargadas de su búsqueda.

No obstante lo anterior, el censor omite considerar que en materia de nulidades opera el principio de trascendencia, parejo al de instrumentalidad de las formas, toda vez que si a pesar de la existencia de la irritualidad, el acto tildado irregular cumplió la finalidad para la cual estaba destinado y en la realidad no se presentó menoscabo alguno al debido proceso o el derecho de defensa, la pretensión de invalidez carece de fundamento.

Es incuestionable que el propósito esencial del acto de comunicación sobre la existencia de una investigación penal, es darle a conocer al procesado que en su contra cursa una actuación de esa naturaleza a fin de que pueda ejercer el derecho de defensa material y técnica, con la posibilidad de comparecer al proceso a brindar las explicaciones que considere pertinentes, allegar pruebas en su favor o controvertir las que se aduzcan en su contra, y de ser el caso, ejercer los derechos de controversia a las decisiones que le resulten adversas.

Y aunque evidentemente la vinculación del procesado mediante declaratoria de persona ausente, merma sus posibilidades defensivas, en cuanto no sólo le impide al órgano jurisdicente conocer las explicaciones que pueda brindar acerca de la conducta cuya realización se le imputa, sino porque además dificulta la labor defensiva que a su favor pudieran ejercer sus representantes judiciales, es lo cierto que dicha posibilidad ha sido prevista en la legislación colombiana y que incluso se la ha declarado conforme con los mandatos superiores establecidos en la Carta Política cuando es el procesado quien ha sido renuente a comparecer al proceso y es él quien determina que el trámite se adelante en su ausencia.

En este caso, según lo relievra el Ministerio Público, aparece incontestable que el procesado Jesús Armando Córdoba Muñoz, supo de la existencia de este proceso penal en su contra y que ello fue gracias a las diversas citaciones que se le hicieron, no de otra manera se explica que luego de dos meses de abierto el sumario y citado para indagatoria aparezca confiriendo poder a una abogada en una notaría para que asumiera su defensa en este asunto, en ejercicio del cual obtuvo copias de la actuación constituida en su totalidad por las compulsadas por el juzgado civil y por las informaciones que éste suministró, lo cual denota que a pesar de conocer que era requerido por la justicia, se abstuvo voluntariamente de comparecer y prefirió permanecer al margen del proceso.

Indica lo anterior a la vez, como lo reconoce el libelista, que aquellas primeras comunicaciones enviadas por la Fiscalía al procesado informándole sobre la existencia de un proceso en su contra y requiriéndolo para que compareciera a rendir diligencia de indagatoria, formalmente fueron recibidas por él, y además que materialmente el proceso no se adelantó a sus espaldas o que se le hubiera coartado sus posibilidades defensivas, al tenor de lo expuesto por el censor, porque lo cierto es que el derecho de defensa en todo momento le fue garantizado a tal punto que estuvo representado en principio por una

abogada de su confianza, quien en el curso de la actuación tuvo acceso a las copias del expediente que le fueron expedidas.

Que las posteriores citaciones, redundantes por demás, hubieren incluido una dirección errada no representa falencia alguna incidente en dichas garantías cuando lo incuestionable para este momento es que ya el sindicato había sido localizado, citado a su lugar de ubicación y consecuentemente se hallaba enterado de la existencia del proceso; diferente es que a pesar de esto se abstuviera de obedecer la citación, o que ni él ni su defensora de confianza solicitaran se le escuchara en indagatoria, demostrando con ello que de manera deliberada decidió no comparecer al proceso, en actitud de suyo legítima, pero que del mismo modo supone tener que asumir las consecuencias que se deriven de un tal proceder.

Más incontestables resultan tales asertos cuando, con acierto lo reseña el Delegado, el acusado le confirió poder a otro abogado días antes de proferirse la sentencia de primera instancia, pues eso evidencia una vez más que sabía del trámite y sus incidencias, sólo que ante la inminencia del fallo optó por aparecerse nuevamente.

Por tanto, la argumentación del casacionista en procura de sustentar su pretensión de nulidad resulta inidónea en torno a acreditar la trascendencia negativa del vicio denunciado, como que la actuación patentiza que la dirección errada en las segundas citaciones o en la orden de conducción constituyen una irregularidad carente de entidad para invalidar el proceso, al igual que sucede con el mandato de aprehensión, porque el proceso informa con claridad, la voluntaria determinación del sindicato de no comparecer a rendir las explicaciones con respecto a los hechos y de renunciar al ejercicio de su defensa material, no así de su defensa técnica que de todos modos le fue posible desplegar de modo directo al designar a una abogada de confianza que también conoció de la integridad de lo actuado al obtener copias de ello.

Opera entonces también otro principio que orienta la declaratoria de nulidades al que se refiere el Ministerio Público, el de protección, de acuerdo con el cual el sujeto procesal que haya dado lugar al motivo de anulación no puede aducirlo en su beneficio; si el procesado no se escuchó en indagatoria no fue porque los funcionarios judiciales se hubieran abstenido de realizar las diligencias necesarias para eso, sino porque fue él quien de manera voluntaria decidió privarse de ese medio de defensa, luego mal puede ahora alegar tal circunstancia en su favor como factor invalidante de la actuación.

Por eso la censura carece de prosperidad.

Segundo cargo:

Dos situaciones esgrime el censor en procura de que se declare la nulidad del proceso por afectación al derecho de defensa: una porque se pasó por alto la designación que el sindicato hiciera de una defensora de confianza y la otra relativa a que el de oficio no ejerció de manera eficiente su encargo.

Por lo primero, es patente que la alegación del demandante no es cierta en manera alguna, porque además de que de hecho la abogada fue reconocida por el instructor, se le expidieron las copias que de la actuación solicitó; diferente es que a partir de allí haya decidido con su prohijado marginarse del proceso, por eso la designación que se hizo del defensor de oficio aparece más consecuente con ese abandono en aras de garantizar la permanencia y continuidad de la defensa, que el desacato a la voluntad del sindicato de tener su abogada de confianza.

En cuanto a lo segundo, es innegable que el defensor de oficio limitó su intervención a reducidas actuaciones, mas eso no implica afectación alguna de dicha garantía cuando bien sabido es que una tal actitud entraña también una estrategia defensiva que en este evento resultó plausible si se tiene en cuenta la contundencia de la prueba recaudada, constituida toda por las copias compulsadas por el juzgado civil y la información que

el mismo suministrara, táctica que por demás se hizo evidente en las alegaciones de audiencia pública cuando, sin cuestionar la materialidad de los hechos, pretendió el abogado justificarla a través de circunstancias como la ausencia del secuestro en la ciudad o su eventual fallecimiento, luego yerra el censor nuevamente en la acreditación no sólo de la falencia misma, sino también en la demostración de su trascendencia.

Es que, sustentada la demanda de casación propuesta por el defensor del encausado, en la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal y siendo incuestionable su obligación de revestir el pedimento con aquellas exigencias propias a un tal reproche, no basta sin embargo precisar la causal de donde emana el alegado defecto, es decir, si se origina en la falta de competencia de los funcionarios judiciales, en el desconocimiento de las formas propias del juicio, en la violación del derecho de defensa, para que de tal manera se pretenda su prosperidad, sino que además de su específica concurrencia se impone demostrar la real afectación de los derechos del enjuiciado o de la estructura básica del proceso.

Reliévase, por tanto, dentro de ese esquema, el principio de trascendencia que, en términos del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, implica que “quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial, afecta garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento”, porque la nulidad como remedio procesal no opera por la simple enunciación de un supuesto vicio, ni en interés exclusivo del ordenamiento; sólo en cuanto aquél constituya un error de garantía o uno de estructura, a través del cual se afecten, por el primero, las prerrogativas procesales en perjuicio de los sujetos intervinientes, o, por el segundo, el esquema de la instrucción o el juzgamiento, se hace viable el éxito de un cargo en dicho sentido.

Si bien, al confrontar esos requerimientos con la demanda que se examina, el casacionista plantea situaciones que en su concepto constituyen irregularidades que

afectan sustancialmente la garantía procesal de la defensa, en su expresión técnica, es claro que su simple enunciación y eventual comprobación no conlleva a la invalidez si el censor, más allá de su escueta aserción, no ha demostrado, como ciertamente no lo ha hecho, que ellas conculcaron la referida garantía de su prohijado.

En efecto, mirada la defensa en su aspecto técnico, el demandante se limita, desde su propia óptica y en un conveniente análisis a posteriori, según los resultados finalmente adversos a su cliente, a criticar la actividad de quien le antecedió en el ejercicio del mismo encargo.

Una tal posición, carente así de contenido jurídico, no puede acarrear el extremo remedio que se demanda, porque indudablemente, dichas apreciaciones que de tal modo resultan subjetivas, no comportan lesión alguna a la defensa técnica, ya que, como fuere, el procesado, a través del defensor de oficio, contó con los servicios profesionales que propendían a amparar sus intereses en este proceso, conservando así la facultad de ejercer las diferentes y concretas actividades en el cumplimiento de esa obligación de medio, máxime que en momento alguno el sindicado careció de la asistencia profesional que él mismo en principio se proveyó y que luego le fue deferida por el Estado.

Ahora bien, aunque la formal existencia del defensor técnico dentro del proceso puede no necesariamente coincidir con el real ejercicio del cargo, éste no se comprende en el específico sentido como la interposición de recursos, la presentación de alegatos, la solicitud de pruebas, la formulación de interrogatorios en su práctica, porque aunque estas actividades aparentan ciertamente el ejercicio de la defensa, es obvio que no se confunden con el derecho mismo, habida cuenta que, frente a la especialidad de los diversos eventos, puede expresarse de diferentes maneras, que no excluye el silencio a modo de estrategia que indudablemente no es dable cotejarse con aquél abandono nugatorio de las posibilidades defensivas, ya que en tal caso sí podría estarse frente a un irresponsable incumplimiento del defensor.

Y aunque es esto último lo que cuestiona el censor, porque en su sentir el defensor de oficio no desplegó actividad probatoria, de recursos, ni de alegaciones en la instrucción, no implica ello la negligencia que él mismo señala ni el abandono irresponsable de las posibilidades defensivas con que en determinado momento contaba el imputado.

No puede conllevar una lesión a la garantía aducida, la crítica que, en relación con la explícita o implícita estrategia que planteó el abogado de oficio que actuó en el sumario y en el juicio, formula el casacionista, porque eso no es más que un juicio personal sobre la manera en que, en su concepto, debió llevarse a cabo la defensa.

Por cuanto el respeto al derecho de defensa, bajo el supuesto constitucional de su permanencia en toda la actividad procesal, sólo es posible determinarlo en cada caso concreto frente a los diversos matices que caractericen su específica dinámica, en eventos como el presente en que la censura se fundamenta en una presunta ausencia de defensa técnica, a pesar de que formalmente siempre actuó un defensor, resulta imperativo distinguir entre el material abandono del deber y la ausencia de manifestaciones externas u objetivas de su actividad en el proceso de cara a una aparente pasividad de quien como tal fungió, en relación con la presentación de solicitudes de diverso orden o de la formulación de recursos, toda vez que el ejercicio de la defensa, dada su razón de ser personal e individual, no puede obedecer a patrones preestablecidos por la normatividad o la experiencia y menos a la concepción que de aquella pueda asumir un tercero, porque siendo el propósito buscar una decisión en pro de los intereses del sindicado que no siempre ha de entenderse como la absolucón sino la que objetivamente resulte más benéfica al inculpatado, es aquel fin el que impone los medios a utilizar, lo cual ineluctablemente depende de la prueba y de la dinámica que a ésta le impriman el instructor y el fallador.

Toda vez que concerniendo al Estado, titular de la acción penal, la carga de la prueba y no obstante que en ese aspecto se faculta la intervención de los sujetos procesales, no

menos patente es que éstos mismos también tienen la prerrogativa de guardar silencio y de permitir que la oficiosidad sea la que se active en aras de descubrir los hechos y su autor, bien porque consideren que ello convenga jurídicamente de modo suficiente a los fines propuestos o si a través de tal actitud puedan beneficiarle de las eventuales deficiencias investigativas, lo cual es posible que acontezca en aquellos asuntos en que, a pesar del inicial compromiso probatorio, se espera que un cierto medio de convicción no arribe a la actuación, toda vez que así se estructuraría la duda en favor del procesado, táctica que evidentemente no podría calificarse demostrativa de desidia, omisión o abandono reprobable.

Se impone por ello diferenciar la ausencia de defensa técnica por apatía de la misma, de aquella postura defensiva que advierte la vigilancia del proceso y que no obstante aparentar indiferencia, pasividad o desidia, presta se encuentra a intervenir en el evento en que lo considere necesario, sin que la oportunidad tenga que coincidir con alguna etapa procesal específica, pudiendo incluso permanecerse en expectativa, según la situación procesal y probatoria o que éstas se presenten favorables al inculcado, dentro de las cuales es su expresión más clara la táctica que pretende sustentarse en la duda probatoria.

En este evento, como ya se dijo, la estrategia defensiva se planteó desde el comienzo, fue el silencio vigilante y la expectativa de que el juzgado civil informare las razones de la renuencia del secuestrado a entregar los bienes, lo que se patentizó en la audiencia pública, según las alegaciones que expuestas por el abogado de oficio releva el Ministerio Público.

A este respecto no puede olvidarse 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 debate..., Auto del 22 de julio de 2010, radicación 30.525.

...sustentado el cargo no en la inactividad de la defensa, sino en su inadecuado ejercicio, la inconformidad del impugnante resulta per se inatendible porque, conforme lo tiene dicho la Sala, en sede de casación no resulta dable juzgar el acierto o desatino de la gestión profesional de los defensores que precedieron al actor, pues cada letrado tiene su particular forma para afrontar la labor encomendada, sin que sea factible determinar en forma irrefutable cuál pudo ser la mejor y más afortunada estrategia defensiva. Auto del 27 de febrero de 2013, radicación 39.394.

Por ende, toda vez que la censura se restringe simplemente, en un análisis a posteriori, a discrepar sobre la manera en que se encauzó la defensa, su intrascendencia e improsperidad son ostensibles.

* * * * *

Por tanto 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, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen,

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

IMPEDIDO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria