

Proceso No 36.763

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

APROBADO ACTA N°. 382-

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil once (2011).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala si es procedente admitir la demanda de casación presentada por el defensor de Álvaro Cruz Alonso contra la sentencia dictada el 15 de abril de 2011 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que confirmó la proferida el 3 de febrero del mismo año, por el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de esta ciudad, por cuyo medio lo condenó en calidad de autor del delito de acceso carnal abusivo en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años, ambos agravados y en concurso homogéneo y sucesivo.

ANTECEDENTES

1. Entre los años 2008 y 2009, en la ciudad de Bogotá, en varias oportunidades, Álvaro Cruz Alonso aprovechó que la menor Y.M.C.C. de 12 años de edad, era dejada por su madre -quien trabajaba- al cuidado de su esposa Marlén Lancheros, para hacerle sexo oral y tocamientos erótico sexuales en sus partes pudendas ("cola", senos y vagina).

2. Producida la captura del presunto responsable, el 23 de mayo de 2010, ante el Juzgado Diecisiete Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se legalizó la captura de Álvaro Cruz Alonso y la Fiscal 30 Seccional de la misma ciudad le imputó las conductas punibles descritas en los artículos 208, 209, 212, 211.2.4 del Código Penal. En la misma diligencia se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario¹.

3. El 22 de junio del mismo año, la Fiscalía presentó el escrito de acusación contra el imputado por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años agravado por la circunstancia prevista en el numeral 2º del artículo 211 ibídem².

4. Ante el Juez Veintitrés Penal del Circuito de Bogotá el 23 de julio de 2010 se formuló la acusación, en los términos del escrito correspondiente³.

5. A instancia del mismo juzgador, el 17 de agosto de ese año se surtió la audiencia preparatoria⁴.

6. El juicio oral inició el 17 de septiembre de 2010⁵ y concluyó el 3 de diciembre del mismo año⁶. Al cabo de esta diligencia, el funcionario judicial expresó que el sentido del fallo era condenatorio.

7. Mediante sentencia del 3 de febrero de 2011, el Juez condenó a Álvaro Cruz Alonso como autor responsable de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con el de actos sexuales con menor de catorce años, ambos en concurso homogéneo y sucesivo, agravados conforme a la circunstancia consagrada en el numeral 2º del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, a la pena principal de doscientos sesenta (260) meses de prisión y, a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años⁷. Además, le

negó cualquier beneficio en aplicación de expresa prohibición de la Ley 1098 de 2006.

8. Recurrido el fallo por la defensa, fue confirmado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 15 de abril de 2011⁸.

9. La defensa técnica interpuso⁹ y sustentó el recurso extraordinario de casación¹⁰.

10. El expediente fue remitido a la Corte.

LA DEMANDA

Cargo único.

Tras identificar las partes e intervinientes y hacer una síntesis de la situación fáctica y la actuación procesal, el impugnante invocó la causal 2ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 y acusó la sentencia de segunda instancia de incurrir en “desconocimiento de la estructura del debido proceso por afectación sustancial de la garantía debida en el presente evento al acusado señor Álvaro Cruz Alonso, por ausencia de defensa técnica”¹¹.

Para fundamentar el disenso explicó que el defecto se generó por falta de gestión –“activa o pasiva”¹²- que evidenciara un ejercicio eficaz de la asistencia técnica por parte de quienes representaron judicialmente al procesado. No basta –dice- con la presencia física de un abogado de confianza en las audiencias pues “es menester que real y materialmente el encargado de la defensa técnica despliegue a si sea mínimo un ejercicio encaminado a apadrinar los intereses de su procurado”¹³.

Precisó que quien asistió al encartado en las audiencias preparatoria y de juicio oral no logró hacer valer ninguna prueba ya que “más allá de la aptitud que tuvo el defensor de

turno de aportar los elementos probatorios, lo cierto es que solamente uno fue decretado”¹⁴ y los testimonios de la menor y de su madre fueron negados por improcedentes.

Agregó que el referido togado no descubrió elementos probatorios para controvertir la acusación, no solicitó pruebas en la audiencia preparatoria, pese a que fue requerido en ese sentido por el juez; en el juicio no presentó la teoría del caso ni alegatos finales y le bastó presenciar la práctica de los medios de conocimiento pedidos por el ente acusador sin ofrecer crítica alguna. Finalmente, tampoco intervino durante el traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

Con apoyo en decisiones de la Sala de Casación Penal¹⁵ y de la Corte Constitucional¹⁶ acerca del rol del defensor en el nuevo sistema de enjuiciamiento penal y conforme a los artículos 118, 124 y 125 de la ley 906 de 2004, advirtió que la actitud procesal del defensor de su procurado no está avalada por este régimen adjetivo.

Seguidamente, aludió al fundamento del principio de igualdad de armas y dijo que este se concreta para la defensa técnica cuando quien la ejerce es dinámico, activo y está pendiente de que el descubrimiento probatorio que haga la Fiscalía sea efectivo y completo; sin embargo, en el caso concreto el letrado “no requirió al ente acusador, por intermedio del juez, para que presentara los elementos probatorios que acreditaban los motivos fundados de la interceptación del procesado”¹⁷.

De otra parte, criticó al Ad quem por imputar al procesado la carga de tener asistencia técnica suficiente cuando señaló que atendiendo la calidad del memorial mediante el cual sustentó el recurso de apelación, él “estaba en condiciones de subsanar oportunamente cualquier deficiencia o inquietud que albergara, si acaso observó deficiencias en la gestión de su defensor; ya removiéndolo, ya reestructurando su estrategia de defensa o

en última instancia predicando tal situación en ejercicio de su defensa material para que se le designara otro”¹⁸.

Así mismo, aunque el recurrente admite que de acuerdo con el artículo 125.8 ibídem el defensor no está obligado a presentar prueba de descargo en el juicio, dice que ello “debe mirarse en concreto frente a la situación fáctica y probatoria de la acusación y, obviamente en consonancia con lo expresado por el propio acusado ante la pretensión de la fiscalía”¹⁹, pues no es lógico que su gestión en esa fase procesal se reduzca a no hacer oposición a la pretensión acusatoria, sobre todo porque si la prueba incriminatorias es irrefutable existe la posibilidad de acudir a alguno de los mecanismos de terminación anticipada del proceso.

Remató afirmando que de tenerse como intrascendente el no ejercicio del descubrimiento probatorio, de todas maneras, el resto de vicios denunciados constituyen omisiones que afectan con severidad el debido proceso y en particular, el derecho a la defensa técnica.

En consecuencia, solicitó casar la sentencia impugnada y en su lugar, declarar la nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria.

CONSIDERACIONES

La demanda no reúne los requisitos mínimos que exige el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004 para su admisión y, por lo tanto, no puede ser seleccionada. Las razones son las siguientes:

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 180 del mismo Estatuto el recurso extraordinario de casación tiene como finalidad “la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, y la unificación de la jurisprudencia”.

Con tal propósito, el inciso 2º del artículo 184 ibídem fijó las reglas mínimas de admisión de la correspondiente demanda, estableciendo que no se seleccionará aquella que i) carezca de interés para acceder al recurso, ii) no invoque la causal conforme a la cual se edifica el reproche de las contempladas en el artículo 181 ibídem, iii) omita desarrollar los cargos correspondientes o, iv) fundadamente se logre establecer que no se requiere de la sentencia para cumplir las finalidades previstas en el aludido artículo 180; lo anterior, salvo que el cumplimiento de alguno de esos fines permita superar los defectos técnicos que exhiba el libelo y decidir de fondo.

La demanda que nos ocupa acata sólo parcialmente esta previsión normativa porque aunque enuncia la causal en la que apoya el disenso –segunda- y en el único cargo que postula deja ver que el motivo esencial de inconformidad es la presunta falta de defensa técnica, omitió la ineludible labor de identificar razonadamente cuál es la finalidad concreta de la impugnación, de aquellas descritas en el referido artículo 180.

Así mismo, desconoció que si bien cuando se acude a dicha causal, la fundamentación del cargo con miras a demostrar la ineficacia de un acto procesal es medianamente flexible, existen algunos parámetros lógico argumentativos que no se pueden soslayar.

Recuérdese que la acreditación de las nulidades está atada a la comprobación cierta de yerros de garantía o de estructura insalvables que hagan que la actuación y la decisión de segunda instancia pierdan toda validez formal y material, por lo que corresponde al libelista expresar con claridad y precisión los motivos de ataque, señalar conforme al principio de taxatividad la irregularidad sustancial que afecta la actuación, determinar la forma en que ellas rompen la estructura del proceso o afectan las garantías de los intervinientes y la fase en la que se produjeron.

Ahora, si el vicio denunciado corresponde a una violación del debido proceso, es necesario que el actor identifique la irregularidad sustancial que alteró el rito legal, pero si afecta el derecho de defensa, se debe especificar la actuación que lesionó esa garantía, en cada hipótesis la argumentación debe estar acompañada de la solución respectiva.

Igualmente, la fundamentación del ataque se debe hacer a la luz de los postulados que rigen la declaración de las nulidades, esto es, los de convalidación, protección, instrumentalidad de las formas, trascendencia y residualidad, pues de avizorarse que el defecto denunciado no logra afectar en grado sumo el desarrollo de la actuación, ni alterar lo decidido en el fallo censurado, no hay lugar a la admisión del reproche.

Ninguna de tales precauciones fue atendida por el demandante.

En verdad, se tiene que el recurrente se limitó a enunciar que la ausencia de defensa técnica durante el juicio oral comporta la ruptura de la estructura del proceso debido; sin embargo, ninguna justificación específica acerca de cómo el pretendido vicio afecta con verticalidad las ritualidades previstas por el legislador en la referida fase procesal, exhibió en el libelo.

Además, evadió el principio de taxatividad porque no indicó la causal específica de nulidad en que se apoya, de aquellas descritas en el título VI de la Ley 906 de 2004, y mucho menos, se valió de los principios recién enunciados para demostrar que la nulidad era el único remedio procesal posible, es decir, no se ocupó de establecer la relevancia del supuesto defecto en el fallo cuestionado.

Infringió asimismo los principios de fundamentación debida y no contradicción pues aunque adujo que la gestión judicial puede ser de carácter “activa o pasiva”²⁰, pudiendo incluso ser “mínimo [el] ejercicio encaminado a apadrinar los intereses de su procurado”²¹, criticó a la defensa técnica, en cabeza de los abogados

contractuales de su representado durante el juicio, justamente, por desplegar una agencia judicial de naturaleza pasiva, que como se sabe no está proscrita y corresponde a una estrategia defensiva que bien puede ser asumida por el profesional del derecho sin afectar por ello, el componente de contradicción.

Así lo tiene decantado la Sala:

“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.”²² (Subrayas fuera del texto original).

Y más recientemente, en el mismo sentido, la Corte precisó:

“(…) 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 debate²³.”²⁴

Siendo ello así, no basta para el casacionista oponer su sola inconformidad con la

estrategia planteada por quienes le precedieron en la representación judicial de los intereses de su prohijado, o repudiar en términos genéricos la actividad o pasividad procesal que rigió su desempeño para condenar su gestión para atribuirle la responsabilidad de haber desencadenado un fallo adverso.

La demostración de la ausencia de defensa técnica como vicio capaz de quebrantar las garantías esenciales del individuo sometido a juzgamiento requiere probar entonces que la actitud procesal asumida por el defensor obedeció a la decisión negligente de agenciar sus derechos sin apego a los lineamientos que el ejercicio de la profesión de abogado -con especial énfasis en el área del derecho penal- le demandan, reseñar la omisión o la actuación desplegada que se tacha de inapropiada y, mostrar por consecuencia, la actividad objetiva que debió desarrollar, para finalmente precisar su incidencia de cara a las conclusiones del fallo cuestionado.

Estas fases demostrativas no fueron abordadas por el impugnante porque si bien acusó a su predecesor de no cumplir con las que desde su particular punto de vista corresponden a las actuaciones que debió realizar a favor de su procurado, el reproche se quedó en el solo enunciado, ya que dejó de lado la ineludible tarea de justificar cuál hubiera sido el aporte real y específico de cada una de esas gestiones con la entidad necesaria para robustecer el ejercicio defensivo en su componente de contradicción y variar el sentido del contenido de justicia representado en la sentencia acusada.

En verdad, se observa que el recurrente ataca la labor del togado de confianza que representó a Cruz Alonso en la etapa del juicio porque en la audiencia preparatoria no logró hacer valer ninguna prueba, en especial, los testimonios de la menor afectada y de su madre.

Sin embargo, su reparo se edifica, así lo afirma, “más allá de la aptitud que tuvo el defensor de turno de aportar los elementos probatorios”, pues reconoce que una

de las pruebas solicitadas –no dice cuál- fue decretada, y con ello, entonces, reduce el ataque a la eficacia de la petición probatoria.

Es decir, admite que hubo una actividad del abogado de su prohijado tendiente a hacer efectivo el derecho de defensa pero, es el resultado concreto, representado en la negativa del juzgador a decretar otras pruebas –entre ellas, los testimonios de la víctima y su progenitora- lo que en últimas, constituye el motivo de disenso del libelista, ataque que entonces, no se perfila contra el ejercicio técnico de la defensa sino contra la decisión del juez.

En efecto, la insuficiencia del argumento es palpable si se considera que es el mismo demandante quien dice que dicha prueba testimonial fue negada por improcedente y ningún argumento ofrece para acreditar que de haber mediado una gestión diferente por el togado de la época, la determinación del juzgador hubiera sido distinta, por ejemplo, porque la procedencia fuera irrefutable y hubiere sido la ineptitud del sustrato de la solicitud probatoria la que provocó la decisión adversa; mucho menos, identifica la relevancia indiscutible de esos medios de conocimiento para las resultas del proceso.

Recuérdese además que “[e]l análisis de la diligencia o negligencia del defensor técnico no puede hacerse depender de la eficacia, esto es, del resultado que sus gestiones pudiesen haber alcanzado, pues en tal contexto una debida asesoría técnica podría declararse exclusivamente cuando los juicios culminen en fallos absolutorios, que, incluso, pueden darse sin una sola intervención del apoderado, en tanto oficiosamente el juez está obligado a declarar esa situación, cuando las pruebas así lo indiquen.”²⁵

En el mismo sentido, el impugnante omitió señalar cuáles son los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida que el defensor no

descubrió, la que dejó de solicitar con miras a hacerla valer en el juicio oral para controvertir los medios de persuasión de la Fiscalía y la que “no requirió al ente acusador, por intermedio del juez, para que presentara los elementos probatorios que acreditaban los motivos fundados de la interceptación del procesado”²⁶. Recuérdese que la crítica a la labor defensiva no puede cifrarse en hipótesis indemostradas.

Es más, si el hoy defensor afirma que quien lo antecedió en igual labor, no pidió el decreto de pruebas tendientes a derruir la acusación pese a que así lo inquirió el fallador, refulge con mayor nitidez la idea de que la actitud procesal que asumió no comporta un plan preconcebido del letrado para dejar desamparado a su mandante sino al arquetipo de una posición pasiva pero libre y consciente en el ejercicio de la contradicción.

Esta deducción se apuntala con mayor solidez cuando se advierte la verificación que hizo el Tribunal en el sentido que el defensor participó activamente durante las audiencias preliminares haciendo uso de los recursos de ley²⁷.

Así mismo, partiendo de la solidez de la prueba incriminatoria valorada por los sentenciadores, el libelista dejó de indicar cuál debió ser la postura de la defensa al presentar la teoría del caso y los alegatos de cierre, con efecto determinante en el fallo, máxime cuando por disposición legal, la facultad que le asiste a la defensa para hacer uso de dichos actos procesales es apenas potestativa, que no impositiva.

Evidentemente, de acuerdo con el artículo 371 de la Ley 906 de 2004, “[a]ntes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas, la Fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio.” (Subrayas y negrillas propias).

La Corte Constitucional en la sentencia C-069 de 2009, al hacer el control abstracto de constitucionalidad sobre la expresión “si lo desea, podrá hacer” contenida en la referida norma, luego de avalar el silencio del defensor en el proceso penal como una expresión

del derecho a la defensa técnica y del respeto al principio de no autoincriminación y a la presunción de inocencia, siempre que se trate de una estrategia implementada de forma reflexiva y no de una sindéresis de la negligencia o la desidia, consideró que este precepto se aviene a la [Constitución Política](#) en tanto estrategia defensiva. Estas fueron en síntesis, sus consideraciones:

“7.3.- En cuanto tiene que ver con la Fiscalía, la Corte considera que la exposición de la teoría del caso resulta imprescindible si se tiene en cuenta el rol que cumple dentro del sistema penal, donde tiene “la función de actuar eminentemente como ente de acusación. Dado que una de las tareas constitucionales asignadas a la Fiscalía es la de presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, “con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías” (CP. art.250-4), es necesario que al comienzo del juicio el ente acusador exponga la teoría del caso con la cual pretenderá persuadir al juez sobre la responsabilidad del sindicado.

No obstante, en cuanto tiene que ver con el sindicado y su defensa, el principio de presunción de inocencia lo sitúa en un plano diferente que le permite guardar silencio y no exponer su teoría del caso, al menos en ese momento procesal. La facultad que le brinda la norma acusada, lejos de ser vista como una restricción del derecho a la defensa o del debido proceso en el juicio oral (CP art. 29 y 250-4), debe ser interpretada como una garantía adicional para el sindicado, que le permite conocer de antemano la hipótesis de trabajo de su contraparte y, de ser necesario, reconfigurar su postura defensiva sin que por ello se vea afectada su credibilidad, como sí ocurriría cuando ya ha hecho expresa su hipótesis pero luego decide replantearla teniendo en cuenta la dinámica del proceso y el desarrollo probatorio durante el juicio. En este punto es preciso recordar que “cada promesa hecha en el alegato de apertura e incumplida en la prueba va a ser cobrada por el tribunal en moneda de credibilidad, de manera que en ocasiones el silencio durante la declaración inicial puede convertirse en una mejor estrategia defensiva.

No en vano se ha dicho que los silencios no prestan testimonio contra sí mismos (Aldous Huxley), o que a veces es mejor una silenciosa prudencia a una tonta locuacidad (Cicerón).

La Sala comparte plenamente la postura de los intervinientes y del Ministerio Público, en cuanto consideran que la facultad de presentar o no la teoría del caso es una garantía para los intereses del procesado y su defensor, y en ciertos eventos una estrategia idónea de defensa según las circunstancias que se presenten en desarrollo de un proceso penal.

Así pues, para la Corte no existe fundamento constitucional que, desde el punto de vista del derecho de defensa y las garantías del debido proceso, haga imperativo que la defensa exponga su teoría del caso en la declaración inicial del juicio. Más aún cuando en ese momento procesal el silencio no necesariamente implica consecuencias adversas al sindicado, sino que, por el contrario, aunque en forma excepcional y dependiendo de las circunstancias del caso, puede reportarle algunos beneficios. Ello, además, en nada afecta los principios de dignidad humana ni de efectividad de los derechos (CP art. 1 y 2), pues se mantiene inalterado el reconocimiento del sindicado como titular de derechos fundamentales en el proceso penal y la obligación del Estado de garantizarlos a lo largo de todas las instancias del mismo.

7.4.- Las consideraciones precedentes también llevan a concluir que el cargo por violación del derecho a la igualdad debe ser desestimado, puesto que los destinatarios de la norma, el Fiscal y la Defensa, se hallan en una situación jurídica diferente que justifica un tratamiento también disímil. En efecto, fiscal y defensor cumplen roles específicos y diferentes en el proceso penal, ya que mientras al primero corresponde

dirigir la acusación en el juicio y probar la responsabilidad del sindicado, al segundo compete procurar por los intereses de su cliente.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido insistente en explicar que la igualdad en el proceso penal no se concibe desde la óptica tradicional, de modo que lo que se exige no es un tratamiento análogo o simétrico entre la Fiscalía y la Defensa, sino la existencia de “igualdad de armas” para enfrentar con las mismas posibilidades de éxito las diferentes etapas del proceso. (...).

(...)

Así las cosas, teniendo en cuenta el papel acusador que cumple la Fiscalía, es razonable que el Legislador le haya exigido presentar la teoría del caso desde la declaración inicial del juicio, pues tiene el deber de desvirtuar la presunción de inocencia y demostrar de manera coherente la responsabilidad del sindicado. Sin embargo, como ya se explicó, la situación de la defensa es bien diferente porque no tiene la carga de demostrar la inocencia del sindicado en virtud del principio constitucional que hace presumirla.

En ese panorama, bien puede la Defensa hacer lo propio y exponer la teoría del caso anticipando su estrategia desde la declaración inicial del juicio; pero también es legítimo -y constitucionalmente válido- que se le permita optar por el silencio para que exponga sus hipótesis posteriormente, de acuerdo con el devenir procesal y el descubrimiento probatorio. De esta manera, la posición jurídica en que se encuentran las partes, justifica el tratamiento diferencial previsto en la norma ahora impugnada.

Con todo, aún cuando el silencio es una estrategia plausible en este específico momento procesal, ello no significa que el abogado no tenga la obligación de ejercer una defensa activa y dinámica durante las demás instancias del proceso, pues tiene otros deberes en relación con la defensa de su cliente, de modo que una conducta absolutamente pasiva podría dar lugar no sólo a la nulidad del proceso por falta de defensa técnica, sino a la imposición de las sanciones a que hubiere lugar en caso de incumplimiento de los deberes como abogado.

7.5.- Las consideraciones expuestas llevan a la Corte a concluir que la expresión “si lo desea, podrá hacer”, del artículo 371 del Código de Procedimiento Penal, no desconoce los artículos 1, 2, 5, 13, 29 y 250-4 de la Carta Política. En consecuencia, se declarará su exequibilidad.”

Del mismo modo, frente a los alegatos conclusivos, el artículo 443 ibídem obliga al fiscal a exponer “oralmente los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación”, lo que no sucede de un lado, con el representante legal de las víctimas, si lo hubiere, y el Ministerio Público, pues en su orden, pueden –no deben– presentar sus “alegatos atinentes a la responsabilidad del acusado” y del otro, con la defensa, quien sólo “si lo considera pertinente, expondrá sus argumentos los cuales podrán ser controvertidos exclusivamente por la Fiscalía. Si esto ocurriere la defensa tendrá derecho de réplica y, en todo caso, dispondrá del último turno de intervención argumentativa. Las réplicas se limitarán a los temas abordados” (Negrillas de la Sala).

Por manera que, no habiendo el recurrente presentado a la Corte ningún fundamento objetivo para acreditar que el silencio de quien le precedió obedeció al abandono manifiesto de la gestión que le fue encomendada por el procesado, es claro que ninguna

obligación recaía sobre dicho togado en orden a i) hacer un compromiso al inicio del debate oral sobre lo que habría de demostrar al culminarlo, (y la carga de cumplirlo generada por el hecho de la promesa) mientras una actitud expectante frente al trabajo probatorio de la Fiscalía podría redundar en mejores beneficios y, ii) presentar unos alegatos de cierre que dependiendo del debate probatorio pudieran resultar contraevidentes con la prueba practicada y lesivos verbi gratia del postulado de no autoincriminación.

Continuando con la cadena de defectos argumentativos que exhibe la demanda, tampoco expresó cuál es la forma en que el defensor de la causa ha debido controvertir la prueba practicada en el debate oral, cuáles los medios de convicción a atacar y si se quiere, cuáles las preguntas a formular en el contrainterrogatorio, con la capacidad idónea para variar sustancialmente el sentido condenatorio del fallo cuestionado.

Por último, nada dijo acerca de cuál es la petición concreta que habría tenido que hacer el abogado en el traslado del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, máxime cuando la norma entrega a razones de conveniencia, la facultad de hacer referencia a “la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado”.

Con todo, cualquier defecto que se pudiera predicar de la falta de gestión defensiva en ese momento procesal devendría intrascendente en la medida que de oficio, el juzgador está obligado a determinar la pena y los beneficios del caso con estricto apego al principio de legalidad y “a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable”, aspectos que como bien lo señaló el Ad quem fueron tenidos en cuenta por el A quo porque partió del cuarto mínimo para imponer la sanción penal.

Finalmente, si bien no es posible achacar al procesado las deficiencias en que haya podido incurrir la defensa técnica, es de destacar que Álvaro Cruz Alonso logró ejercer

satisfactoriamente la defensa material –hasta– en la medida que –junto con su defensor– recurrió el fallo de primer grado y sus argumentos fueron evidentemente examinados por el Tribunal.

Lo anterior, basta para inadmitir la demanda.

Se concluye entonces que, como la Sala no observa flagrantes violaciones de derechos fundamentales, causales de nulidad, ni motivos que conduzcan a la necesidad de un pronunciamiento profundo frente al expediente en razón de las finalidades de la casación, la demanda debe ser inadmitida.

Sobre el mecanismo de insistencia.

Al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuando la Corte decida no darle curso a una demanda de casación, es procedente la insistencia, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, han sido definidas por la Sala en los siguientes términos²⁸:

(ii) La insistencia sólo puede ser promovida por el demandante, por ser él a quien asiste interés en que se reconsidere la decisión. Los demás intervinientes en el proceso no tienen dicha facultad, en tanto que habiendo tenido ocasión de acudir al recurso extraordinario, el no hacerlo supone conformidad con los fallos adoptados en sede de las instancias.

(iii) La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público, a través de sus delegados para la casación penal, o ante alguno de los Magistrados integrantes de la Sala de Casación Penal, según lo decida el demandante.

(iv) La solicitud respectiva puede tener dos finalidades: la de rebatir los argumentos con

fundamento en los cuales la Sala decidió no seleccionar la demanda, o para demostrar por qué no empece las incorrecciones del libelo, es preciso que la Corte haga uso de su facultad para superar sus defectos y decidir de fondo.

(v) Es potestativo del Magistrado disidente o del Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, optar por someter el asunto a consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión, evento último en que informará de ello al peticionario. Así mismo, cualquiera de ellos puede invocar la insistencia directamente ante la Sala de manera oficiosa.

(vi) El auto a través del cual no se selecciona la demanda de casación trae como consecuencia la firmeza de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso, con la consecuente imposibilidad de invocar la prescripción de la acción penal, efectos que no se alteran con la petición de insistencia, ni con su trámite, a no ser que ella prospere y conlleve a la admisión de la demanda.

A su turno, como quiera que la ley no establece términos para el trámite de la insistencia, es preciso fijarlos conforme la facultad que en tal sentido se consagra en el artículo 159 de la Ley 906 de 2004.

Con tal propósito, teniendo en cuenta que la decisión a través de la cual no se selecciona la demanda está contenida en un auto a cuyo enteramiento o publicidad debe procederse obligatoriamente, con arreglo a lo dispuesto en sentencia C-641 del 13 de agosto de 2002, por vía del procedimiento señalado en el artículo 169, inciso 3, de la Ley 906 de 2004, esto es “mediante comunicación escrita dirigida por telegrama, correo certificado, facsímil, correo electrónico o cualquier otro medio idóneo que haya sido indicado por las partes”, se establecerá el término de cinco (5) días contados a partir de la fecha en que se produzca alguna de las anteriores formas de notificación al demandante, como plazo para que éste solicite al Ministerio Público o a alguno de los Magistrados integrantes de la Sala,

si a bien lo tiene, insistencia en el asunto.

A su vez, teniendo en cuenta que el examen de la solicitud de insistencia supone un estudio ponderado de la solicitud, de la demanda, del auto por el cual no se seleccionó y de la actuación respectiva, se otorgará al Ministerio Público o al Magistrado respectivo un término de quince (15) días para el examen de la temática planteada, vencido el cual podrán someter el asunto a discusión de la Sala o informar al peticionario sobre su decisión de no darle curso a la petición”.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor de Álvaro Cruz Alonso contra la sentencia dictada el 15 de abril de 2011 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Segundo. Conforme al inciso 2º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, y bajo los términos expuestos en la parte considerativa de esta providencia, procede la insistencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. folios 18-20 de la carpeta.

2 Cfr. folios 36-40 de la carpeta.

3 Cfr. folio 45-46 de la carpeta.

4 Cfr. folios 52-54 ibídem.

5 Cfr. folios 69-71 ibídem.

6 Cfr. folios 91-93 ibídem.

7 Cfr. folios 96-113 ibídem.

8 Cfr. folios 11-29 del cuaderno del Tribunal.

9 Cfr. folio 31 ibídem.

10 Cfr. folios 34-49 ibídem.

11 Cfr. folio 37 ibídem.

12 Ibídem.

13 Cfr. folio 38 ibídem.

14 Ibídem.

15 Sentencias del 13 de septiembre de 2006, radicación 20.345 y 19 de octubre de 2006 radicación 22.432.

16 Sentencia T-957 de 2006.

17 Cfr. folio 47 ibídem.

18 Cfr. folio 48 ibídem.

19 Ibídem.

20 Cfr. folio 37 ibídem.

21 Cfr. folio 38 ibídem.

22 Sentencia del 20 de mayo de 2003. Radicación 28.013.

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

24 Auto del 9 de marzo de 2011. Radicación 35.364.

25 Sentencia del 3 de junio de 2009. Radicación 29.756.

26 Cfr. folio 47 ibídem.

27 Cfr. folio 23 ibídem.

28 Auto del 12 de diciembre de 2005 (radicado 24.322).