

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Aprobado Acta No. 336.

Bogotá, D.C., nueve (9) de octubre de dos mil trece (2013).

V I S T O S

Decide la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de JORGE ALBERTO PEÑA TRIVIÑO, en contra de la sentencia de segundo grado proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (Valle del Cauca), el 20 de junio de 2013, confirmatoria del fallo emitido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la misma ciudad, el 9 de abril de igual año, por medio del cual condenó al mencionado procesado, como autor de las conducta punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, a la pena principal de 7 años, 10 meses y 15 días de prisión, y a las sanciones accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y privación del derecho a la tenencia y porte de arma, por el mismo término.

H E C H O S

En la providencia impugnada, se consignaron de la siguiente manera:

“El día 12 de septiembre de 2012, a eso de las 21:30 horas en la cancha de fútbol ubicada en la Avenida 2 Norte con 3ª Norte del barrio Prados del Norte de esta ciudad de Cali, agentes de la policía nacional en patrullaje de rutina, capturaron al señor JORGE ALBERTO PEÑA TRIVIÑO, quien al notar la presencia de las autoridades arroja un chaleco, tipo bolso, de color azul, en donde fue hallada un arma de fuego, sin autorización alguna para su porte, por lo que fue capturado, le leyeron los derechos como tal e hicieron suscribir acta de buen trato, el artefacto corresponde a un arma de fuego, tipo revolver, de fabricación original, marca Detective, calibre .32 largo, sin modelo, con 3 cartuchos calibre 32 largo, en buen estado de conservación y funcionamiento, de acuerdo a la experticia balística hecha por el perito balístico adscrito al C.T.I. Diego Iván Ocampo Ríos, lo que indica que es apta para disparar y por lo tanto genera peligro y riesgo para la comunidad, sin que presentara la documentación legal, el arma fue recogida, rotulada y embalada”.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En audiencias preliminares llevadas a cabo el 13 de septiembre de 2012 ante el Juzgado 21 Penal Municipal con función de control de garantías de Cali (Valle del Cauca), se legalizó la captura de JORGE ALBERTO PEÑA TRIVIÑO; se le formuló imputación por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en lugar de residencia.

Como el imputado se allanó al cargo formulado, la actuación fue asumida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, despacho que el 18 de enero de 2013 instaló la audiencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, la cual no culminó por cuanto el defensor, quien fue ratificado como tal en ese acto por el inculcado, pidió la suspensión para preparar y ejercer adecuadamente la defensa técnica.

El 9 de abril posterior se llevó a cabo dicha diligencia¹, al final de la cual el juzgado de conocimiento dictó sentencia, declarando la responsabilidad penal de PEÑA TRIVIÑO en el referido ilícito.

Consecuente con su determinación, el A quo le impuso las sanciones reseñadas en la parte inicial de este proveído, y le negó los beneficios sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

Apelado el fallo por el procesado PEÑA TRIVIÑO, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali lo confirmó íntegramente mediante providencia del 20 de junio del año en curso, la cual fue oportunamente recurrida en casación por su defensor.

RESUMEN DE LA IMPUGNACIÓN

Cargo único: nulidad.

Con fundamento en el numeral 2° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el defensor de JORGE ALBERTO PEÑA TRIVIÑO acusa al fallo del Tribunal de haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, por la vulneración de las garantías del debido proceso y defensa, la cual operó en la audiencia de individualización de la pena y sentencia.

En concreto, denuncia que dicha diligencia se realizó sin la presencia del acusado, a pesar de que en su contra recae medida de aseguramiento de detención preventiva en lugar de residencia, es decir, por su condición de detenido se tornaba indispensable la asistencia al acto, so pena de socavar la estructura del proceso.

Para el casacionista, es insuficiente que del juzgado hayan llamado telefónicamente a su defendido “y como le respondieron que el imputado ya había salido hacia el juzgado, se haya iniciado” con precipitud la diligencia, pues, era necesario esperarlo, máxime

cuando nunca lo autorizó y en anterior oportunidad había exteriorizado su deseo de reemplazar el defensor público que lo asistía, por uno de confianza.

A juicio del memorialista, se desconocieron los artículos 29 de la Constitución Política y 8° del Código de Procedimiento Penal de 2004, dado que, insiste, si su prohijado hubiese sido esperado, habría podido informar que otorgó poder a otro profesional, que además ya poseía los elementos probatorios con los que pediría el beneficio domiciliario.

Fuera de lo anterior, considera que la actuación de su predecesor en esa diligencia “no fue eficaz”, ya que se limitó a identificar a su representado, indicar que carecía de antecedentes penales, sugerir la dosificación de la pena en el cuarto mínimo y pedir la rebaja por allanamiento, para luego aseverar que respecto de los subrogados no se cumplía con los requisitos objetivos. En lugar de ello, añade, debió pedir la prisión intramural como padre cabeza de familia, con base en las condiciones personales del acusado, las cuales menciona, destacando que “ve por su madre y hermanos menores de edad ya que su señor padre se encuentra enfermo”.

Para el impugnante, entonces, otra sería la situación jurídica del procesado, si la defensa técnica hubiese aportado elementos probatorios, así como sustentando la apelación de la sentencia, pues, esa labor la desplegó el propio imputado.

Para terminar, concluye que a su prohijado se le violó el derecho de defensa, garantía sobre la que cita precedente jurisprudencial y con la que fundamenta, junto con la del debido proceso, la petición de nulidad parcial de la actuación desde la audiencia de individualización de la pena y sentencia, con el fin de que se realice nuevamente con la comparecencia del implicado, asistido por un defensor de confianza que le garantice los derechos invocados.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Cuestión previa.

Siendo evidente que el censor desconoce los requisitos de fundamentación requeridos para la admisibilidad de la demanda de casación, desde ya anuncia la Sala que inadmitirá la misma.

Pero, previamente a examinar la censura presentada en contra de la sentencia demandada, debe reiterar la Corte² cómo, con el advenimiento de la Ley 906 de 2004, se ha buscado resaltar la naturaleza de la casación en cuanto medio de control constitucional y legal habilitado ya de manera general contra todas las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales, cuando quiera que se adviertan violaciones que afectan garantías de las partes, en seguimiento de lo consagrado por el artículo 180 de la Ley 906 de 2004, así redactado:

“Finalidad. El recurso pretende 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”.

Precisamente, en aras de materializar el cumplimiento de tan específicos intereses, la Ley 906 de 2004 dotó a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de una serie de facultades realmente especiales, como lo hizo con aquella consagrada en el artículo 184, a saber, la potestad de “superar los defectos de la demanda para decidir de fondo” en las condiciones indicadas en él, esto es, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del actor dentro del proceso e índole de la controversia planteada; y la referida en el artículo 191, para emitir un “fallo anticipado” en aquellos eventos en que la Sala mayoritaria lo estime necesario por razones de interés general, anticipando los turnos para convocar a la audiencia de sustentación y decisión.

Es necesario, sin embargo, inadmitir la demanda si, como postula el inciso segundo de

aquél precepto: “el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso”.

Atendidos estos criterios, ha señalado la Corte³:

“De allí que bajo la óptica del nuevo sistema procesal penal, el libelo impugnatorio tampoco puede ser un escrito de libre elaboración, en cuanto mediante su postulación el recurrente concita a la Corte a la revisión del fallo de segunda instancia para verificar si fue proferido o no conforme a la constitución y a la ley.

Por lo tanto, sin perjuicio de la facultad oficiosa de la Corte para prescindir de los defectos formales de una demanda cuando advierta la posible violación de garantías de los sujetos procesales o de los intervinientes, de manera general, frente a las condiciones mínimas de admisibilidad, se pueden deducir las siguientes:

1. Acreditación del agravio a los derechos o garantías fundamentales producido con la sentencia demandada;
2. Señalamiento de la causal de casación, a través de la cual se deja evidente tal afectación, con la consiguiente observancia de los parámetros lógicos, argumentales y de postulación propios del motivo casacional postulado;
3. Determinación de la necesidad del fallo de casación para alcanzar alguna de las finalidades señaladas para el recurso en el ya citado artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

De otro lado, con referencia a las taxativas causales de casación señaladas en el artículo 181 del nuevo Código, se tiene dicho que:

- a) La de su numeral 1º -falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación

indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso-, recoge los supuestos de la que se ha llamado a lo largo de la doctrina de esta Corporación como violación directa de la ley material.

b) La del numeral 2º consagra el tradicional motivo de nulidad por errores in iudicando, por cuanto permite el ataque si se desconoce el debido proceso por afectación sustancial de su estructura (yerro de estructura) o de la garantía debida a cualquiera de las partes (yerro de garantía).

En tal caso, debe tenerse en cuenta que las causales de nulidad son taxativas y que la denuncia bien sea de la vulneración del debido proceso o de las garantías, exige clara y precisas pautas demostrativas.

Del mismo modo, bajo la orientación de tal causal puede postularse el desconocimiento del principio de congruencia entre acusación y sentencia.

c) Finalmente, la del numeral 3º se ocupa de la denominada violación indirecta de la ley sustancial -manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia-; desconocer las reglas de producción alude a los errores de derecho que se manifiestan por los falsos juicios de legalidad -práctica o incorporación de las pruebas sin observancia de los requisitos contemplados en la ley-, o, excepcionalmente por falso juicio de convicción, mientras que el desconocimiento de las reglas de apreciación hace referencia a los errores de hecho que surgen a través del falso juicio de identidad -distorsión o alteración de la expresión fáctica del elemento probatorio-, del falso juicio de existencia -declarar un hecho probado con base en una prueba inexistente u omitir la apreciación de una allegada de manera válida al proceso- y del falso raciocinio -fijación de premisas ilógicas o irrazonables por desconocimiento de las pautas de la sana crítica-.

La invocación de cualquiera de estos errores exige que el cargo se desarrolle conforme a las directrices que de antaño ha desarrollado la Sala, en especial, aquella que hace relación con la trascendencia del error, es decir, que el mismo fue determinante del fallo censurado”.

Establecidas las premisas básicas de evaluación, abordará la Sala el estudio de la demanda de casación.

2. El caso concreto.

De acuerdo con los referentes normativos y jurisprudenciales que vienen de reseñarse, advierte la Sala varias falencias en el escrito objeto de estudio, las cuales dan al traste con la pretensión casacional del libelista.

Para empezar, se abstiene de señalar cuál es la finalidad del recurso en los términos del artículo 180 de la Ley 906 de 2004, circunstancia que por sí sola amerita el rechazo de la demanda, la cual carece de los más elementales rudimentos de fundamentación, constituyendo en la práctica un simple alegato de instancia, completamente ajeno a la sede casacional, en el cual pretende entronizar su particular visión, obviamente interesada, de lo que estima violatorio de garantías fundamentales, absteniéndose de desarrollar una verdadera crítica.

Al efecto, era absolutamente necesario que explicara, en acápite separado, qué pretendía con el recurso extraordinario, esto es, si la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos, o la unificación de la jurisprudencia.

Una declaración en tales sentidos brilla por su ausencia, por manera que no puede entenderse suplida con las manifestaciones genéricas que hace en el reproche, en el sentido de que propende por el restablecimiento de las garantías del debido proceso y

defensa, pues, era menester que explicara las razones que determinan la necesidad del fallo de casación para alcanzar alguna de las finalidades señaladas para el recurso, de acuerdo con el aludido precepto.

Pero, dejando de lado esa situación, es necesario advertir que ya específicamente delimitado el cargo propuesto en contra de la sentencia, a continuación se verificará que éste también adolece de crasos yerros en su postulación, al punto de impedir conocer de la Corte cuál en concreto es la violación trascendente que se reputa del fallo demandado.

2.1. Cargo único: nulidad.

La plantea el defensor aseverando que se violaron los derechos al debido proceso y de defensa, por cuanto (i) la audiencia de individualización de pena y sentencia se realizó sin la presencia del acusado JORGE ALBERTO PEÑA TRIVIÑO, a pesar de estar detenido domiciliariamente, y (ii) careció de defensa técnica en dicho acto.

2.1.1. Pues bien, frente al primer tópico, basta con señalar que la jurisprudencia de la Corte ha sido pacífica y reiterada al afirmar que no es necesaria la presencia del procesado en determinadas actuaciones que se adelantan en la fase del juzgamiento, independientemente de que esté o no detenido.

En efecto, con relación al artículo 452 del Decreto 2700 de 1991, que establecía como obligatoria “la asistencia del fiscal, el defensor y del procesado si se encuentra privado de la libertad” a la audiencia pública de juzgamiento, esto dijo la Sala en Sentencia 22 de noviembre de 2000 (Radicado N° 12.818):

“En este orden de ideas, la única hermenéutica aceptable del artículo 452 del Código de Procedimiento Penal es la de identificar la asistencia obligatoria del procesado que se encuentra privado de la libertad a la diligencia de audiencia pública como un deber de

oportunidad que el Juez debe garantizar para que él como sujeto procesal decida sobre la realización de la carga de asistencia que le corresponde.

Tal interpretación de la norma procesal es la única que integra el respeto al procesado como sujeto, en cuanto le brinda al privado de la libertad la oportunidad de su traslado a la diligencia de audiencia pública en las condiciones propias de quien se encuentra en estado de reclusión, pero le reconoce la disponibilidad de la carga procesal que le corresponde y la asunción de la responsabilidad por su incumplimiento. Lo contrario, sería tratar al procesado como objeto, reduciéndolo a una cosificación (sic) incompatible con el principio de dignidad que la Carta garantiza a todos por el solo hecho de su condición humana.

3.- En este orden de ideas, quien pretenda demandar en casación como fundamento de algún cargo la inasistencia del procesado a la audiencia pública, deberá partir en la identificación de la causal de que tal vicio es de garantía y no de estructura, y que por ser de tal naturaleza es necesario demostrar la incidencia del error en la producción del fallo que se ataca, lo que no puede hacerse sino asumiendo la carga de demostrar la concreción del agravio”.

Acorde con lo anterior, resultaba evidente que a pesar del mandato expreso del legislador, la carga del juzgado respectivo consistía en convocar correctamente al enjuiciado a la audiencia de juzgamiento, cuya asistencia en últimas podía depender de su propia voluntad, pero en todo caso asumiendo las consecuencias de dicho acto.

Se colige de ello que la perentoria obligatoriedad no es tal, pues, en últimas, el procesado podía válidamente renunciar a participar en dicha diligencia.

Lo propio cabe decir de la regulación contenida en la Ley 600 de 2000, cuyo artículo 408 advierte que a la audiencia pública de juzgamiento es obligatoria la asistencia del fiscal y el defensor, en tanto, “la presencia del procesado privado de la libertad será necesaria”.

Respecto del alcance de la acepción “necesaria” contenida en la referida norma, la Corte se pronunció en varias oportunidades, en las que nuevamente analizó si era indispensable o no la concurrencia del acusado detenido al acto público del juicio, incluso armonizándola con lo señalado en el ya citado artículo 452 de la legislación procesal de 1991.

Sobre el tópico, en Sentencia del 8 de agosto de 2008 (Radicado N° 25.311), reiteró la Sala:

“Lo que sin asomo de duda se precisa en las referidas decisiones, y se itera aquí una vez más, es que no cualquier circunstancia es suficiente para marginar del juicio a un procesado, y menos a aquél que se encuentre bajo el poder coercitivo del Estado en condiciones de privación efectiva de su libertad, pues es deber de éste garantizar al acusado —privado o no de la libertad— las condiciones en las que enterado de su juzgamiento pueda decidir de qué manera ejerce su defensa material.

Entiende la Corte que sólo en la medida que el Estado haya ofrecido cabalmente esas condiciones para que el procesado ejerza su derecho de defensa material en el juicio, frente a circunstancias excepcionales puede, con base en criterios de razonabilidad y racionalidad, calificar la necesidad, permanente o esporádica, de la asistencia del acusado a la audiencia pública de juzgamiento, de manera tal que no vulnere los derechos que le asisten a éste, pero sin permitirle que su ejercicio se traduzca en abuso con perjuicio de los que le corresponde a los otros sujetos procesales, y teniendo siempre como norte la incolumidad de los principios de inmediación y oralidad inherentes al juzgamiento.

En conclusión, puede afirmarse que en los juicios adelantados en vigencia de los dos últimos estatutos procesales con tendencia acusatoria (Decreto 2700 de 1991 y Ley 600 de 2000), de acuerdo con la interpretación hecha por la jurisprudencia de las respectivas

normas, una vez garantizado el conocimiento y la posibilidad de asistencia a la audiencia pública por los mecanismos legales, puede calificarse como no necesaria la presencia del acusado en esa diligencia: cuando estando privado de la libertad se muestra renuente a asistir o expresamente renuncia a ejercer su defensa material en ese acto⁴, y cuando el procesado esté en libertad y resuelve no asistir al juicio oral o se hace presente sin la intención de participar en el mismo⁵.

Así las cosas, concerniente a la codificación procesal penal de 2000, la posición de la Corte en lo atinente a la asistencia obligatoria del procesado detenido a la diligencia de juzgamiento se mantuvo incólume, determinando que esa “necesariedad” a que alude la disposición dependería de que al sujeto pasivo de la acción penal detenido se le haya convocado debidamente - mediante citación, en el caso del beneficio domiciliario, u orden de remisión a la autoridad carcelaria respectiva-, pero quedando a su arbitrio la posibilidad de asistir o no al acto, afrontando las consecuencias de ello.

Ya en lo referente a la Ley 906 de 2004, en la etapa del juzgamiento se presentan varias clases de audiencias, a ninguna de las cuales es obligatoria la asistencia del acusado.

A dicha conclusión llegó la Sala al estudiar las normas que regulan los trámites de las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y juicio oral, considerando que dentro del sistema adoptado no es inexorable supuesto de la actuación procesal, la presencia del sujeto inculcado.

El resultado de dicho examen consta en la Sentencia del 13 de septiembre de 2006 (Radicado N° 25.007), de la siguiente manera:

“En efecto, es así que entre las muchas características que tiene el nuevo sistema de juzgamiento que nos rige -como se sabe con una bien marcada tendencia acusatoria-, se encuentra aquella de no hacer inexorable la presencia del procesado en desarrollo de

las diversas audiencias que desenvuelven el procedimiento.

13. De ello da cuenta por ejemplo que la audiencia de formulación de acusación requiere para su validez “la presencia del fiscal, del abogado defensor y del acusado privado de la libertad, a menos que no desee hacerlo o sea renuente a su traslado” (artículo 339 C. de P.P.). A su vez, la audiencia preparatoria también comporta como estricto requisito de validez la presencia de juez, fiscal y defensor, mas no así la del imputado (artículo 355 id.). Tampoco resulta imperiosa dicha comparecencia al juicio oral, dado que la alegación inicial que impone la advertencia judicial al acusado sobre el derecho a no autoincriminarse o a guardar silencio y la expresión sobre si se declara inocente o culpable, si bien en principio supondría su presencia, como ya se dijo no es un requisito de validez del acto, en forma tal que el propio ordenamiento positivo tiene previsto que el tratamiento para el contumaz o para la persona ausente es el mismo que se da al acusado que estando presente no hace manifestación alguna en torno a su inocencia o culpabilidad, es decir, que se entenderá en el primer sentido (artículo 367 id.).

En casos semejantes, bien puede el procesado renunciar de esta manera al derecho que le asiste de estar presente en el debate oral y, por tanto, a ejercer personalmente el contradictorio, con la aptitud de interrogar a los testigos de cargo que, en condiciones semejantes, estará en manos de su defensor. Se trata, entonces, de entender la incoercibilidad del imputado para participar en desarrollo de ciertos actos que están concebidos directamente como garantías propias, en tanto la ley lo deja en libertad de intervenir o no en ellos.

No sucede igual, desde luego, cuando se trata de actos en los cuales el imputado es objeto de prueba, es decir, en aquellas hipótesis en que directamente se lo va a someter a valoración u observación, por ejemplo, cuando es su deseo declarar, o, frente a diligencias de reconocimiento, tomas de sangre, pruebas de semen, de cabellos, etc, en que no

consiente la ley que pueda negarse y para los cuales, por lo tanto, se pueden emplear todos los medios coactivos legalmente prevenidos para practicarlas”.

En síntesis, al enjuiciado le asiste la facultad de determinar si asiste o no a las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y juicio oral, contempladas en el trámite propio del sistema acusatorio penal.

Descendiendo al caso concreto, lo mismo puede decirse con relación a la audiencia de individualización de la pena y sentencia, pues, basta mirar la redacción contenida en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 que la regula, para constatar que la presencia del declarado penalmente responsable -porque fue vencido en juicio, se allanó a cargos o celebró algún acuerdo- no es necesaria en dicha actuación.

El precepto en comento claramente señala que “el juez concederá brevemente por una sola vez la palabra al fiscal y luego a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable”, y si lo consideran conveniente, también “podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado”.

De lo anterior se desprende que no es imperiosa la presencia del procesado en la referida diligencia y que la carga del juzgado de conocimiento respectivo se contrae a convocarlo debidamente a dicho acto, esté o no privado de la libertad.

En el presente asunto, revisando la actuación se puede verificar que una vez asignado el proceso al Juzgado Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cali, éste despacho convocó para realizar la audiencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 el 18 de enero de la anualidad en curso. Instalada la diligencia, el defensor, quien fue ratificado como tal en ese acto por el inculcado, pidió la suspensión para preparar y ejercer adecuadamente la defensa técnica.

Como nueva fecha se señaló, entonces, el 9 de abril siguiente, a las 11 a.m., constando acta en la que se hace ver que la citación operó de la misma manera que la desplegada para la fallida audiencia. Lo cierto del caso es que es el propio defensor quien hace saber que llegado el día y la hora para su realización, del despacho llamaron telefónicamente a la residencia de PEÑA TRIVIÑO, en donde estaba detenido domiciliariamente, y de allí informaron que había salido hacia el juzgado para atender la citación.

Esperado un término prudencial, como el procesado no llegó y su presencia no es necesaria para la verificación del acto, el juzgado de conocimiento la adelantó con la asistencia de su defensor técnico.

Tan conocedor era PEÑA TRIVIÑO de la realización de esa diligencia, que ese mismo día, pero en horas de la tarde -a las 3:45 p.m. según las constancias de recibo- allegó al Centro de Servicios Judiciales de Cali dos escritos, uno confirmando poder a abogado diferente para que asumiera su defensa y otro pidiendo el aplazamiento de la audiencia, con el fin de reunir los elementos probatorios necesarios para ejercer la defensa.

Lo anterior descarta la irregularidad denunciada, no solo porque la presencia del procesado no es obligatoria ni necesaria en la diligencia de individualización de la pena y sentencia, sino también porque fue el propio acusado quien en éste caso decidió marginarse de la actuación, pues, convocado debida y oportunamente, no asistió a la misma.

Ahora, que el enjuiciado haya anticipado su deseo de cambiar de abogado defensor, fue algo que debió materializar antes de la diligencia y no cuando la misma había culminado, como aquí ocurrió, pues, aceptar semejante proceder es dejar la realización de las actuaciones al capricho de las partes e intervinientes, además que propicia dilaciones injustificadas, esas sí lesivas el debido proceso.

2.1.2. Tampoco es de recibo la segunda petición invalidatoria que se hace el único cargo, toda vez que ningún reparo cabe hacer al profesional del Derecho que representó los intereses del imputado en la audiencia de individualización de la pena y sentencia, respecto de la cual el demandante alega falta de defensa técnica, por no haber aportado los elementos de juicio necesarios para lograr que su prohijado accediera al beneficio domiciliario.

Pues bien, basta revisar las actas y registros para determinar que las apreciaciones del impugnante, además de ser eminentemente subjetivas, dejan huérfana de trascendencia la definición del supuesto yerro, pues, este aspecto no se suple simplemente indicando que lo actuado por las instancias tuvo efectos negativos en lo concerniente a la obtención de un subrogado, sustentándolo a partir de discursos genéricos y abstractos sobre algunas garantías fundamentales y descalificando la actuación de su predecesor, creyendo erradamente que la única estrategia defensiva que debió seguirse es la que actualmente propone.

En efecto, un detallado recorrido por sus diferentes cuestionamientos, permite advertir que si bien busca acomodar sus críticas a los rigores argumentales y lógico jurídicos que gobiernan el mecanismo casacional, finalmente ningún yerro ostensible en el fallo propone, limitándose a exponer su particular interpretación de lo ocurrido en el trámite procesal, razón suficiente para que su pretensión sea desechada.

En punto de nulidades ocasionadas por la presunta violación al derecho de defensa generada en la supuesta inactividad del sujeto procesal, ha sido bastante prolífica la producción jurisprudencial de la Corte en un tema de suyo subjetivo que dice relación con la independencia y autonomía propias del abogado en la que entiende la mejor manera de afrontar la estrategia defensiva, cuando claro se halla que en este tipo de tópicos no existen verdades reveladas ni mecanismos únicos y es precisamente la particularidad de cada caso el factor a examinar para definir si hubo o no comportamiento

negligente u omisivo y, a renglón seguido, si esta falta de actividad tuvo efectos trascendentes que perjudicaron la condición sub iudice del vinculado penalmente.

En efecto, sobre el particular, esto ha señalado la Corte⁶:

“Tantas como abogados hay, pueden ser las estrategias defensivas pasibles de hacer operar en el proceso penal y ninguna de ellas debe ser descalificada de antemano solo porque el observador externo tenga una diferente óptica acerca de cómo pudo desarrollarse la labor en pro de la persona vinculada al proceso.

Y, claro, ya “ex post”, cuando se conoce que la justicia ha fallado adversamente a los intereses del procesado, emitiendo sentencia de condena, siempre será posible aventurar muchas hipótesis que de manera más o menos elaborada indiquen factible haber cambiado el curso de los hechos a favor del condenado.

Pero, desde luego, no pueden ser estas lucubraciones el factor que soporte la existencia del vicio hecho radicar en la ausencia de defensa técnica, cuando claro se tiene que la tarea defensiva opera de medio y no de resultado.

En consideración a ello, del demandante en casación se reclama, para que su postulación por la vía de la nulidad radicada en la falta de defensa técnica tenga buena fortuna, precisar adecuadamente los hechos, acorde con lo que el expediente informa, y a partir de allí determinar de manera objetiva no solo el comportamiento del profesional del derecho que se estima lesivo a los intereses del procesado, explicando por qué dentro del contexto concreto de lo habilitado en el expediente era otra la actividad que debía esperarse, sino los efectos que la omisión o mala praxis tuvieron respecto de la condición particular del procesado, a la manera de entender que de haberse actuado como el recurrente lo postula, otra, bastante más favorable, hubiese sido la suerte de su protegido legal”.

Para el caso concreto, la Sala halla que el recurrente pasó por alto en su argumentación tan elementales principios de fundamentación, sin que sean de recibo las explicaciones entregadas para obviar la sustentación, basadas genéricamente en la que estima pobre alegación del profesionales que le antecedió a partir de lo que él hubiera hecho, por la potísima razón de que se verificó que en el asunto analizado sí se ha demostrado que hubo defensor idóneo que siempre estuvo presentes en el trámite y desplegó una intensa y adecuada labor defensiva.

Si el mismo censor señala que el anterior defensor adujo la ausencia de antecedentes penales, abogó por benevolencia punitivo y pidió la rebaja de pena por allanamiento, no se entiende la razón de su inconformidad, puesto que todos y cada uno de estos aspectos fueron tenidos en cuenta por el fallador, a un punto tal que finalmente a PEÑA TRIVIÑO se le aplicó la menor pena posible.

Ahora, si en últimas al procesado no se le concedió ningún subrogado, ello fue porque no se cumplían los requisitos objetivos, por manera que no advierte la Corte cómo, de acuerdo a lo asegurado por el actor, él sí habría podido demostrar que su defendido podía acceder a la prisión domiciliaria, dejando de lado esa cortapisa que establece directamente el legislador.

Acorde con lo anterior, indefectible resulta la inadmisión de la censura.

2.2. Decisión.

Como consecuencia de lo antes expuesto, la Sala inadmitirá la demanda de casación presentada por el defensor de JORGE ALBERTO PEÑA TRIVIÑO, no sin antes advertir que revisada la actuación en lo pertinente, no se observó la presencia de alguna de las hipótesis que le permitirían superar sus defectos para decidir de fondo, de conformidad con el artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

Al casacionista se le hará saber que contra este proveído procede el mecanismo de insistencia, en los términos ampliamente decantados por la Sala.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

R E S U E L V E

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de JORGE ALBERTO PEÑA TRIVIÑO, en seguimiento de las motivaciones plasmadas en el cuerpo de este proveído.
2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del recurrente elevar petición de insistencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
MUÑOZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 La diligencia de individualización de la pena y sentencia, conviene aclarar, se programó para las 11 a.m. de ese día y se instaló a las 11:17 a.m., lapso durante el cual se esperó al acusado PEÑA TRIVIÑO, quien no asistió. De igual modo, debe anotarse que esa misma fecha, a las 3:45 p.m. según reza en las constancias de recibo, se presentaron ante el Centro de Servicios Judiciales de Cali, un poder conferido por el procesado a profesional del Derecho para que lo asistiera en el trámite y una solicitud de éste último, deprecando la suspensión de la mencionada actuación, con el fin de reunir los elementos probatorios necesarios para el buen ejercicio de la labor encomendada.

2 Entre otros, autos del 13 de junio y 25 de julio de 2007, Radicados Nos. 27.537 y 27.810, respectivamente.

3 Autos citados anteriormente.

4 Cfr. Auto de 8 de mayo de 2003, radicación Nº 20.706.

5 Cfr. Autos de 8 de octubre de 2002 radicación Nº 19.926, 25 de febrero de 2004 radicación Nº 21.619, 15 de junio de 2005 radicación Nº 22.571; y sentencias de 8 de octubre de 2003 radicación Nº 18.225, 8 de julio de 2004 radicación Nº 15.001, 16 de marzo de 2005 radicación Nº 21.446, 19 de noviembre de 2006 radicación Nº 22.354, y 30 de enero de 2008 radicación Nº 28.777.

6 Entre otros, autos del 20 de febrero y 9 de junio de 2008, 1º de febrero y 31 de octubre de 2012, y 28 de agosto de 2013, Radicados Nos. 29.029, 29.480, 38.139, 39.762 y 39.591, respectivamente.