

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP4308-2018

Radicación n.º 52093

Acta 339

Bogotá D. C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Examina la Corte las bases jurídicas y lógicas de la demanda de casación presentadas por los defensores de Germán Sánchez Gómez y Jefferson Duque Hoyos contra la sentencia proferida el 10 de octubre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, que confirmó la impartida el 5 de abril del mismo año por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, mediante la cual condenó al primero por el delito de secuestro extorsivo agravado, en concurso homogéneo, en calidad de cómplice, y al segundo por idéntica conducta y grado de participación más la de hurto por medios informáticos y semejantes, a título de coautor.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. La cuestión fáctica fue sintetizada por el ad quem en los siguientes términos:

A.- El 30 de diciembre de 2011, a eso de las 3 de la madrugada, Hugo López Moncayo y Milton Alirio Caro Villamil, quienes se encontraban en compañía de otro individuo de nombre

Jairo Grijalba y de dos mujeres apodadas “la india” y la “mona” departiendo en la discoteca “El Palenque”, ubicada en el sector de Menga del municipio de Yumbo, fueron sustraídos de dicho establecimiento comercial y privados arbitrariamente de la libertad por varios sujetos entre los que se hallaba Ismael Antonio Beltrán Carvajal “alias Maelo” quien, el 2 de enero de 2012 exigió a la familia de Hugo López Moncayo 3 mil millones de pesos a cambio de no matarlo; pretensión a la que aquélla accedió parcialmente entregando en los 15 días siguientes a la llamada extorsiva 400 millones de pesos sin que lo liberaran.

B.- El 14 de marzo de 2012, Leiby Johana Morán Garzón –esposa de Hugo López Moncayo- recibió desde Bogotá la llamada de una funcionaria de la sucursal Mercurio Plaza del Banco de Colombia, informándole que su esposo había sido suplantado; fraude que descubrieron debido a la activación de las alertas del banco por el retiro de 9 millones de pesos entre los días 7 y 13 de ese mes, lo cual reportaron inmediatamente a la policía.

C. [En razón de] la denuncia por esos hechos, el Gaula de la Policía Nacional inició la investigación en la que, a través de interceptaciones telefónicas; la captura y consiguiente colaboración con la justicia de Alexis de Jesús Osorio Henao –quien suplantó a Hugo López Moncayo ante Bancolombia- se determinó que Jefferson Duque Hoyos y Germán Sánchez Gómez colaboraron con el secuestro de las víctimas buscando un hombre de características físicas similares a las de Hugo López Moncayo para suplantarlo y lograr que sustrajera dinero de su cuenta bancaria mientras éste permanecía en cautiverio.¹

2. El 3 de enero de 2014, a petición de la Fiscal 19 Especializada de Cali, el Juez 11 Penal Municipal con función de control de garantías de esa localidad le impartió legalidad a la captura de Jefferson Duque Hoyos, al registro y allanamiento, a la incautación de elemento material probatorio y a la imputación que realizó la misma funcionaria instructora por los delitos de secuestro extorsivo, en concurso homogéneo, y hurto por medios informáticos y semejantes, ambos agravados (artículos 169, 170 numeral 3, 269I, 240 numeral 2 y 241 numeral 10 del Código Penal), en calidad de coautor.

Ahí mismo, le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión.²

3. Por su parte, el 23 del referido mes, el Juez 31 Penal Municipal con función de control de garantías de la mencionada ciudad legalizó la captura y la imputación que la referida funcionaria instructora realizó contra Germán Sánchez Gómez por idénticos punibles y título de imputación, al igual que se ordenó su detención en establecimiento carcelario³.

4. El 3 de abril de ese año, se presentó el escrito de acusación respecto de los dos imputados por los ilícitos mencionados, añadiendo la circunstancia específica de agravación del numeral 6º del artículo 170 ejusdem y el concurso homogéneo de conductas punibles respecto de Sánchez Gómez y no se contempló la agravante del numeral 10 del canon 241 ibidem frente al hurto por medios informáticos⁴.

5. La verbalización de los cargos respecto de Jefferson Duque Hoyos se llevó a cabo el 27 de octubre siguiente, a instancia del Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la capital vallecaucana⁵ en iguales términos a los del escrito.

Lo propio se hizo en relación con Germán Sánchez Gómez el 21 de noviembre posterior, pero solo frente al reato de secuestro extorsivo agravado en concurso homogéneo⁶, por cuanto por el de hurto por medios informáticos y semejantes se celebró un preacuerdo entre el procesado y la Fiscalía en el que aquél aceptó la responsabilidad, a cambio de eliminar la circunstancia de agravación específica, descrita en el numeral 10 del artículo 241 del Código Penal⁷.

6. El 11 de febrero y el 26 de junio de 2015 tuvo lugar la audiencia preparatoria⁸ y el juicio oral se desarrolló en varias sesiones (7 de octubre ulterior⁹, 8¹⁰ y 9 de febrero¹¹, 11 de abril¹², 1 de junio¹³, 15 de julio¹⁴ y 13 de septiembre de 2016¹⁵), al cabo del cual, el juzgador expresó, acorde con la petición final de la Fiscalía, que el sentido del fallo era condenatorio para ambos acusados por el delito de secuestro extorsivo agravado, en

concurso homogéneo, en grado de cómplices, y de coautor frente a Duque Hoyos por el de hurto por medios informáticos y semejantes.

7. Mediante sentencia del 5 de abril de 2017, la Juez de conocimiento condenó en los referidos términos a Germán Sánchez Gómez, a las penas principales de doscientos cuarenta y ocho (248) meses de prisión, tres mil trescientos cincuenta y siete (3.357) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por veinte (20) años; y a Jefferson Duque Hoyos a doscientos cincuenta y seis (256) meses de prisión e idénticas sanciones pecuniaria y accesoria que aquél otro procesado. Además, les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria¹⁶.

8. El fallo fue apelado por los defensores¹⁷ y el 10 de octubre de 2017 la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali lo confirmó¹⁸.

9. Sánchez Gómez y la defensa de Duque Hoyos interpusieron oportunamente el recurso extraordinario de casación¹⁹ y los nuevos apoderados de los enjuiciados presentaron, en tiempo, los libelos correspondientes²⁰.

LAS DEMANDAS

1. A favor de Germán Sánchez Gómez

Una vez el censor sintetiza la cuestión fáctica e identifica las partes y la sentencia impugnada, compendia la actuación procesal y postula un cargo al amparo del «primer numeral, segundo inciso, artículo 181 [L]ey 906 del 2004»²¹, a través del cual denuncia la violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho, en el sentido de falso raciocinio.

Al efecto, asegura que se vulneraron las reglas de la experiencia y la lógica «al pretender dar como demostrado el tipo subjetivo (dolo) del delito de secuestro extorsivo»²².

Indica, al respecto, que «se construyó erradamente un silogismo que afecta su entidad lógica»²³, ya que a partir de la premisa mayor, consistente en que Hugo López Moncayo y Milton Caro Villamil fueron secuestrados, y la premisa menor, según la cual quienes suplantaron al primero tenían información suya para apropiarse de un dinero, se concluyó que ellos «debían haber participado con acuerdo previo o concomitante en la comisión del delito de secuestro»²⁴.

Para el defensor, «el ejercicio de inferencia no es compatible con las necesidades de un silogismo objetivo, ora por cuanto la premisa menor en ajuste con la premisa menor (sic) no llevan inequívocamente a definir que quien tuviera dicha información (foto, número de cuenta bancaria, firma de la víctima), lo era porque debía de haberse puesto con los autores para efectos de obtener el recurso ilícito»²⁵.

Se queja, entonces, de que se dedujera la colaboración de los procesados en el secuestro, con fundamento en la información que a juicio del a quo «solo podía ser exhibida y usada por quienes se hubieran puesto de acuerdo en distribución de tareas con los autores que dominaron el escenario delictivo»²⁶, pese a que no se demostró una relación directa de los acusados con estos.

Al respecto, sostiene que es posible que los investigados tuvieran acceso a la información bancaria y supieran las características de la víctima, sin saber que estaba secuestrada, pues no se acreditó «una actividad mancomunada entre autores y cómplices a fin del logro de objetivos comunes»²⁷.

En opinión del letrado, no era viable «transferir las consecuencias de demostración del dolo de autor en el delito de hurto, al tipo subjetivo del delito de secuestro»²⁸. Así, considera que, el fallador apeló a criterios subjetivos y no a un juicio de la lógica, por cuanto, con apoyo en el allanamiento de su cliente, al reato de hurto por medios informáticos y semejantes, mediante inferencias endebles, soportadas en la imaginación y la subjetividad,

se estableció que Sánchez Gómez participó en el acuerdo de voluntades entre autores y cómplices del delito de secuestro.

Contra la lógica, asevera el jurista, se estableció que «solo quienes tuvieran la información para proceder a hurtar al señor HUGO LÓPEZ MONCAYO podían ser quienes habían participado en su secuestro»²⁹; o sea se afirmó que por el hecho de haberlo robado también lo secuestraron.

A juicio del abogado, «debió haberse esgrimido y probado exclusiones factibles para las diferentes opciones fácticas»³⁰, como aquella que indica que los procesados poseían la información del ofendido sin saber que estaba privado ilícitamente de la libertad. De este modo, estima que la opción planteada por el juzgador es apenas aparente.

Añade que se desconoció el artículo 403 de la Ley 906 de 2004, en relación con los presupuestos para la valoración del testimonio, particularmente, en punto de los siguientes tópicos:

1) Naturaleza inverosímil o increíble del testimonio; 2) capacidad de la prueba para dar cuenta aparte de un hurto de un tipo penal de secuestro, en torno del acuerdo de voluntades que no fue demostrado en modo alguno, solo presumido por razón de una equivocación en la conclusión del silogismo, puesto que tener información de alguien secuestrado no indica plenamente y sin lugar a otras opciones fácticas, que debió haberse participado en el mismo. 3) existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo o la afirmación de que tener información es porque se participó en el delito del personaje secuestrado, o peor aún, dejando de lado que los propios autores pudieron no haber comunicado nunca a los autores del hurto que la persona se encontraba secuestrada. 4) manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas (...) 5) carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad. 6) contradicciones, “finalística” del medio de prueba y posibilidades no descartadas a fin de

edificar certeza. (...)31.

Destaca, igualmente, que el testigo –no lo identifica- no indicó que le hubieran expresado o que se percatara de que Hugo López estaba secuestrado, pues el ad quem sostuvo, de acuerdo con unas interceptaciones telefónicas, que existía una relación entre alias “Maelo” y Jefferson Duque Hoyos, vínculo que no puede extenderse a su defendido por el «mandato de responsabilidad individual»32.

Finalmente, en el acápite dedicado a la trascendencia, luego de referirse al alcance de la presunción de inocencia, asevera que la conducta de su asistido es atípica porque la adecuación en el delito de secuestro extorsivo «fue producto de una presunción del acuerdo de voluntades vía la posesión de información como elemento axial para arribar a la conclusión de una participación activa en el hecho de otro»33, pese a que ninguna prueba acreditó la existencia de una relación entre el acusado y los autores de dicho injusto.

Enuncia como normas vulneradas, los artículos 29, 228 y 229 de la [Constitución Política](#), 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 372 y 381 de la Ley 906 de 2004.

Solicita casar la sentencia impugnada.

2. A favor de Jefferson Duque Hoyos

Luego de condensar los hechos e identificar las partes y el fallo demandado, el libelista resume el devenir procesal y acusa la nulidad por falta de defensa técnica.

Para demostrarla, con apoyo en doctrina nacional, parte de aludir al alcance del canon 29 Superior en torno a los componentes del debido proceso, tras lo cual se refiere a las gestiones que, en abstracto, debe o no debe realizar un defensor público o contractual a fin de garantizar la efectiva y adecuada asistencia de su cliente.

Enseguida, asevera que quien apoderó los intereses de su asistido no tuvo ninguna estrategia y lo puso «a merced de la actividad probatoria de la fiscalía, (...) sin ofrecer contrainterrogatorios que se fundaran en un plan de trabajo preciso, eficaz, serio y no al garete como sucedió en este evento»³⁴.

En criterio del demandante, es cuestionable que su predecesor dudara de llevar al estrado a su cliente y que finalmente lo hiciera, pues «[q]uedarse con una única prueba endeble, ampulosa y riesgosa para el acusado, es muestra de ausencia total de un plan de trabajo, de una línea de proceder»³⁵.

El desistimiento de las pruebas, dice, dejó «en pleno abandono y desnudez a su propio defendido»³⁶, impidiendo refutar los indicios de la acusación, conducta omisiva en la que ninguna responsabilidad tuvo el procesado.

Además, le reprocha al abogado de instancias no haber controvertido adecuadamente los testimonios de cargo, argumenta, conforme a lo anterior, que «la inactividad de la defensa no fue parte de una estrategia defensiva y sí por el contrario un descuido inexcusable»³⁷.

Para el impugnante, la inactividad probatoria no constituía una estrategia defensiva porque los medios de prueba desistidos eran indispensables, ineludibles y necesarios, debido a que su teoría del caso consistía en la ausencia del encausado en el lugar y hora de los hechos ya que se encontraba en Maicao; no obstante, en su opinión, quien lo antecedió en la representación judicial del acusado no soportó esa hipótesis en otros instrumentos suasorios «que hubieran dado al traste con la acusación por la imposibilidad de la realización típica en la ciudad de Cali. Solo hizo subir al estrado a su testigo – defendido para aportar un documento, pero no rode[ó] su tesis de confianza y credibilidad»³⁸.

Dichos elementos de convicción, a juicio del recurrente, eran relevantes para desvirtuar la presencia de su prohijado en el sitio de los acontecimientos y conducir a un estado de duda razonable.

Solicita casar el fallo confutado.

CONSIDERACIONES

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 180 del Estatuto Adjetivo actual, 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 canon 184 ejusdem fijó las reglas mínimas de admisión, estableciendo que no se seleccionará aquella en la que i) el demandante carezca de interés para acceder al recurso, ii) no se invoque la causal conforme a la cual se edifica el reproche de las contempladas en el artículo 181 ibidem, 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 precepto 180; lo anterior, salvo que alguno de esos propósitos permita superar los defectos técnicos que exhiba el libelo y decidir de fondo.

También tiene decantado la jurisprudencia que la demanda debe ser íntegra en su formulación, suficiente en su desarrollo y eficaz en la pretensión, de tal suerte que ha de soportarse en los principios que rigen el recurso extraordinario, en especial, los de claridad, precisión, fundamentación debida, prioridad, no contradicción, corrección material, crítica vinculante y autonomía, sin que sea viable argumentar a la manera de un alegato de instancia. La proposición de los cargos exige escoger adecuadamente la causal y el sentido de la violación y, concretar el disenso en términos de trascendencia.

Los libelos que nos ocupan no satisfacen los requisitos mínimos que exige el referido canon 184 para su admisión. Las siguientes son las razones:

1. A favor de Germán Sánchez Gómez

De entrada se advierte que el letrado se equivocó al enunciar la causal, por cuanto expresó que se apoyaba en el «primer numeral, segundo inciso»³⁹ del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, pero esa disposición no tiene un segundo inciso y, si lo postulado era la infracción indirecta de la ley sustancial, esta se encuentra contemplada en la causal tercera de referido precepto.

Ahora, aunque acertadamente el censor acudió a la senda del error de hecho por falso raciocinio para denunciar la violación de las pautas de la sana crítica, no cumplió la carga argumentativa indispensable para acreditar tal tipo de falencia.

En efecto, cuando se predica un error de hecho por falso raciocinio, se debe demostrar que el ejercicio valorativo del funcionario judicial es trasgresor de los axiomas de la lógica, de las leyes de la ciencia o de las reglas de la experiencia, es decir, de los principios de la sana crítica como método de apreciación.

Con tal fin, el demandante tiene la carga de señalar, con exactitud, el medio de convicción sobre el que recae el yerro, identificar aquello que expresamente dice y se deduce de él, el mérito persuasivo otorgado al mismo por el juzgador, indicar y desarrollar con precisión la regla lógica, la ley de la ciencia o la máxima de la experiencia aplicada erradamente al realizar el proceso valorativo, así como la que apropiadamente le debió servir de apoyo, la norma de derecho sustancial que indirectamente resultó excluida o indebidamente aplicada o interpretada y, finalmente, demostrar que, de no haberse incurrido en el defecto, el sentido de la decisión adversa habría sido sustancialmente opuesto.

En el caso de la especie, la propuesta del recurrente no satisface los presupuestos demostrativos de este tipo de reparo, porque no solo especula sobre la forma en que los falladores construyeron la inferencia de participación en el ilícito de secuestro extorsivo agravado por parte de Sánchez Gómez, sino que vulnera el principio de no contradicción al equiparar las reglas de la experiencia con los postulados lógicos y dejar de especificar, cuál

de ellos, en concreto, resultó vulnerado.

Y es que, por una parte, resulta incomprensible que se afirme que existió un error en la edificación del silogismo objetivo «por cuanto la premisa menor en ajuste con la premisa menor no llevan inequívocamente a definir que quien tuviera dicha información (foto, número de cuenta bancaria, firma de la víctima), lo era porque debía de haberse puesto con los autores para efectos de obtener el recurso ilícito»⁴⁰ (negrillas de la Corte), pues, de este modo, no solo se vale de una única premisa –la menor- para tratar de derruir el juicio lógico del juzgador, sino que no explica fundadamente por qué la atribución de responsabilidad a título de cómplice respecto de su asistido y Jefferson Duque Hoyos no podría devenir de manera plausible del hecho de que poseyeran información y documentación sensible de uno de los secuestrados, la cual precisamente fue usada para adiestrar a alguien que se parecía a la víctima en la suplantación de aquél ante una institución bancaria a efecto de retirar los dineros consignados en sus productos financieros, pues se limita a señalar que podrían existir otras hipótesis, a manera de ejemplo: que los acusados podrían no conocer que el suplantado estaba secuestrado, proposición que se queda en el campo de las conjeturas y suposiciones, porque no justifica cómo se acredita ese hecho.

En cambio, repárese que, si bien el jurista argumenta que no se probó una relación directa de los aquí procesados con los autores de los secuestros, es el mismo demandante quien admite que, a través de las interceptaciones al teléfono de varias personas y particularmente al del procesado Jefferson Duque Hoyos, se supo no solo de su vínculo estrecho con Ismael Antonio Beltrán Carvajal, alias “Maelo”, –coautor material del secuestro-, sino del conocimiento exacto que éste tenía de la comisión de dicho reato, sujeto aquél con el que precisamente Germán Sánchez Gómez se dio a la tarea de contactar e instruir a quien sería el suplantador del plagiado ante la institución bancaria – Alexis de Jesús Osorio Henao-, para luego sacar provecho económico de ello.

Adviértase, en este punto, tal cual lo resaltaron los juzgadores, cómo también resulta indicativo de la activa colaboración de los procesados en el secuestro de Hugo López Moncayo, ejecutado, entre otros, por alias “Maelo”, que los aquí acusados se identificaran con nombres falsos ante la persona que contrataron para la suplantación del plagiado, que lo amenazaran de muerte si revelaba lo sucedido, que al suplantador le dieran información precisa y reservada de la cuenta bancaria y de la cédula de ciudadanía del ofendido y le entregaran una foto suya a efecto de que pudiera simular todos los rasgos físicos de éste, así como «un papel en blanco con la firma de la víctima, la cual evidentemente se obtuvo ella estando en cautiverio»⁴¹.

Entonces, no es como lo asevera el letrado que el dolo del delito de hurto por medios informáticos y semejantes se haya trasladado deliberadamente al tipo subjetivo del punible lesivo de la libertad personal para establecer el acuerdo de voluntades entre autores y cómplices, sino que

(...) la naturaleza de la acción delictiva que “alias Maelo” le propuso a los aquí enjuiciados, es característica de la delincuencia organizada en la que con conocimiento común del hecho delictivo, se reparten los roles, funciones y aportes de cada integrante de la empresa criminal y, en el caso de Duque Hoyos y Sánchez Gómez, tal aporte o colaboración consistió en encontrar qui[é]n suplantara a Hugo López Moncayo para continuar obteniendo utilidad económica durante su secuestro.⁴²

Ahora, aunque el litigante afirma desconocidos los parámetros para la valoración del testimonio, consagrados en el artículo 403 de la Ley 906 de 2004, no especifica la prueba testimonial respecto de la cual echa de menos la aplicación de tales criterios, pero, además, en lo que es un típico alegato de instancia, dedica su esfuerzo a hacer cuestionamientos indiscriminados frente a la eficacia demostrativa de las pruebas -no las identifica-, los prejuicios que pudieren existir en los testigos -no los enuncia-, las declaraciones anteriores de los deponentes -tampoco los reseña-, entre otras afirmaciones descontextualizadas que

le restan toda claridad al libelo.

En estas condiciones, no es posible admitir la demanda.

2. A favor de Jefferson Duque Hoyos

La declaración de una nulidad 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, conforme al principio de taxatividad, la irregularidad sustancial que afecta la actuación, determinar la forma en que ella rompe la estructura del proceso o lesiona las garantías de los intervinientes, la fase en la que se produjo y demostrar que ninguno de los axiomas que se erigen alrededor de la invalidación de la actuación ha operado en el caso concreto.

Si el vicio denunciado corresponde a una violación del debido proceso, es necesario que el actor identifique el vicio sustancial que alteró el rito legal, pero si infringe el derecho de defensa, se debe especificar la actuación que conculcó esa prerrogativa; en cada hipótesis, la argumentación ha de estar acompañada de la solución respectiva.

Igualmente, la fundamentación del ataque se debe hacer a la luz de los apogemas que rigen la declaración de las nulidades, esto es, los de convalidación⁴³, protección⁴⁴, instrumentalidad de las formas⁴⁵, trascendencia⁴⁶ y residualidad⁴⁷, pues si se avizora que el defecto denunciado no alcanza a transgredir, en grado sumo, el desarrollo de la actuación, ni alterar lo decidido en el fallo censurado, no hay lugar a la admisión del reproche.

Entendiendo que lo pretendido por el censor es la invalidación de la actuación, la Sala advierte que el libelista no solo desatendió el principio de taxatividad, al no enunciar la causal de nulidad específica que sustenta el ataque, de las consagradas en los artículos 455 a 457 de la Ley 906 de 2004, sino que, tampoco identificó si se trataba de un vicio de

estructura o de garantía.

Ahora, es primordial recordar que para demostrar alguna falencia en la defensa técnica, capaz de quebrantar las garantías esenciales del individuo sometido a juzgamiento, se requiere probar 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 gestión objetiva que debió desarrollar, para finalmente precisar su incidencia de cara a las conclusiones del fallo cuestionado.

No basta que el casacionista oponga su sola inconformidad a 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 trabajo defensivo y atribuirle la responsabilidad de desencadenar un fallo adverso, pues, en algunas ocasiones, determinada actitud procesal del letrado o su aparente inercia responden a un plan preconcebido en favor de los intereses de su cliente.

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

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

En ese contexto, el juicio que corresponde hacer, cuando se cuestiona la gestión defensiva se trata, no puede partir de los resultados a que finalmente llegó el trámite, ni puede hacerse desde una valoración posterior, según el mejor modo de pensar de quien sucedió al

profesional inicial. La estimación se impone realizarla desde una posición ex ante, esto es, que quien pretende hacer la censura debe realizar el ejercicio mental de situarse en el momento previo a aquel tachado de negligente y objetivamente razonar y concluir si en idénticas circunstancias una persona (abogado) promedio con mediana diligencia hubiese actuado de igual o diversa manera.

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

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

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

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

(...) cabe reiterar que en materia del ejercicio de la defensa técnica, la Corte se ha orientado por sostener que el defensor, sea de confianza, de oficio o vinculado al servicio de defensoría pública, en ejercicio de la función de asistencia profesional goza de total

iniciativa, pudiendo presentar las solicitudes que considere acordes con la gestión encomendada, o interponer los recursos pertinentes, o incluso a pesar de tener una actitud vigilante del desarrollo de la actuación, asumir una pasiva por estimar que esa puede ser la mejor alternativa de defensa, y no por estar en desacuerdo con la estrategia asumida, o haber sido adversos los resultados del juicio, hay lugar a sostener que el derecho de defensa ha sido violado por ausencia de defensor idóneo, pues la ley no le impone al abogado derroteros en torno a la estrategia, contenido, forma o alcance de sus propuestas, ni la aptitud de estas gestiones se establece por los resultados del debate⁴⁸.

En el caso de la especie, las fases demostrativas del reproche no fueron debidamente abordadas por el impugnante porque si bien acusó a su predecesor de no cumplir con las gestiones defensivas que, desde su punto de vista, en abstracto y en concreto, debió realizar a favor de su procurado, la crítica se quedó en el solo enunciado, ya que dejó de lado la ineludible tarea de justificar apropiadamente el aporte real y específico de cada una de las tareas no realizadas, como para que tuvieran la entidad necesaria de robustecer, de cara a la capacidad suasoria de los medios de prueba incriminatorios, 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 demandante sobrepuso, de manera subjetiva, su conocimiento jurídico sobre el del defensor que asistió en instancias a Duque Hoyos, lo cual no es motivo suficiente para tener por acreditada la falencia alegada de violación al derecho de defensa, y menos para asegurar que si se hubiera desempeñado de la manera que lo concibe, habría sido absuelto.

Y es que nada comprueba en torno a la premisa del demandante sobre la carencia de estrategia defensiva alguna en cabeza del anterior apoderado, el hecho de mostrarse dubitativo frente a la práctica o no del testimonio de su asistido durante el juicio, el desistimiento de los testigos de descargo y la realización de contrainterrogatorios que no

satisficieran el parecer del aquí libelista, pues, son las particularidades de cada juicio las que conducen o no a un procurador judicial a adoptar una u otra decisión, en aras de proteger las demandas de su prohijado, máxime cuando, como en este caso, se pone en juego el principio de no autoincriminación del completo resorte del procesado.

Contrario al parecer del libelista, se tiene que, el mandatario judicial de instancias ejerció de manera continua y dedicada la defensa técnica de Jefferson Duque Hoyos en la medida que, entre otras actuaciones relevantes, i) después de presentar como su primer testigo a su defendido, fue celoso en consultar con él si estaba dispuesto a renunciar al privilegio de guardar silencio y a la garantía de no autoincriminación y, ante su respuesta negativa, optó por declinar, en una primera oportunidad, a que su procurado rindiera interrogatorio, decisión que, sin embargo, mutó en la sesión de audiencia pública posterior -15 de julio de 2016-, al seguir la voluntad de su cliente y habilitar la oportunidad para que, a través de su testimonio, incorporara un comprobante de un giro realizado por el acusado desde Maicao para la fecha del secuestro y; ii) contrainterrogó a los testigos de cargo -Jorge Eliécer Lozano Lenis, Patricia Sanabria Pinedo, Bolmar Jiménez Álvarez y Alexis de Jesús Osorio Henao-.

En este punto, es decir, el relativo a las presuntas carencias metodológicas del abogado de la causa en el ejercicio del contrainterrogatorio de los deponentes de la Fiscalía, es manifiesta la insuficiencia del reparo, en la medida que no detalla qué era lo que se esperaba de su gestión, pues se limita a aseverar que «no se fund[ó] en un plan de trabajo preciso, eficaz, serio y no al garete como sucedió en este evento»⁴⁹.

Lo mismo cabe afirmar de la réplica que proscribe que dicho profesional del derecho renunciara a las pruebas de descargo distintas a la de su asistido, pues falta al principio de corrección material, debido a que no es cierto que adoptara esa postura procesal frente a todos los medios suasorios decretados en favor de la parte representada, dado que en el juicio también se escucharon los testimonios de Rody Ordóñez Chauza⁵⁰ y Diego

Buenaventura Cuevas, y, de modo alguno, expresa cuáles eran los instrumentos de convicción a practicarse con efecto trascendente en el sentido de la decisión confutada.

Repárese, aquí, cómo le bastó al censor señalar que las pruebas desistidas eran indispensables para probar que su asistido no estaba en el lugar y hora de los secuestros, dejando al margen del debate que, en torno a esa teoría defensiva, precisamente, a través del sindicado se aportó un medio documental enderezado a acreditar que en ese espacio temporal Duque Hoyos estaba en la ciudad de Maicao, pero sobre todo inadvirtiéndolo el letrado que el delito en cuestión se le atribuyó a título de cómplice, imputación jurídica que no requería de su presencia en Cali para el instante exacto del plagio.

A lo anterior se suma que el recurrente no demuestra el abandono total de su prohijado durante el proceso y, en cambio, se constata que, además de las acciones defensivas recién detalladas, el defensor de instancias expuso brevemente su teoría del caso, alegó de conclusión solicitando la absolución de su poderdante y promovió el recurso de apelación contra la sentencia de primer nivel.

Queda visto, pues, que ninguno de los tópicos abordados por el recurrente para dejar expuesta la presunta deficiencia defensiva de su cliente a cargo de su predecesor encuentra el soporte indispensable para abogar por la invalidación de la actuación, luego, no queda otro camino que inadmitir la demanda.

3. Es indispensable recordar que al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuando la Corte decide no darle curso a una demanda de casación, es procedente la insistencia, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, fueron definidas por la Sala desde el auto del 12 de diciembre de 2005, radicación 24.322 y precisadas recientemente en auto CSJ AP, 25 jun. 2014, rad. 42.597.

4. Por último, si bien el recurso extraordinario de casación no constituye una oportunidad para rebatir el criterio del juzgador como si se tratara de una instancia adicional, sí comporta

un control de legalidad y constitucionalidad concreto frente al fallo recurrido, que propende por la eficacia de los fines previstos en el artículo 180 del ordenamiento procesal penal vigente, estos son, la guarda de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios, la unificación de la jurisprudencia y la realización del derecho material.

En ese orden, el artículo 184, inciso 3º de la Ley 906 de 2004, faculta a la Corte a actuar oficiosamente cuando, aun inadmitiendo la demanda de casación, advierta la necesidad de hacer efectiva alguna de las mencionadas finalidades, por razones distintas a las planteadas en el libelo.

Esta es la ocasión, pues la Sala observa que, al parecer, los juzgadores vulneraron los principios de congruencia y legalidad de las penas, al deducir la circunstancia de agravación específica de que trata el numeral 10 del artículo 241 del Código Penal, respecto del delito de hurto por medios informáticos y semejantes, la cual no consta en la acusación en contra de Jefferson Duque Hoyos, lo que amerita un pronunciamiento oficioso de la Corte, a fin de restablecer las garantías probablemente trasgredidas al enjuiciado.

Así las cosas, una vez emitida esta decisión y cumplido con el rito de la insistencia, el expediente regresará al despacho del Magistrado Ponente con el propósito de que la Sala se pronuncie oficiosamente acerca de la posible vulneración de derechos fundamentales, conforme se ha indicado.

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

RESUELVE

Primero. Inadmitir las demandas de casación presentadas por los defensores de Germán Sánchez Gómez y Jefferson Duque Hoyos contra la sentencia proferida el 10 de octubre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali.

Segundo. Conforme al inciso 2º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, procede la insistencia.

Tercero. En firme la anterior decisión y cumplido con el referido trámite, procede el regreso de la actuación al despacho del Magistrado Ponente para que la Sala se pronuncie oficiosamente acerca de la posible vulneración de garantías fundamentales.

Notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. folios 147-148 de la carpeta principal 2.

- 2 Cfr. folios 11-12 del cuaderno de la Corte.
- 3 Cfr. folios 1-2 de la carpeta de audiencias preliminares.
- 4 Cfr. folios 3-12 de la carpeta principal 1.
- 5 Cfr. folios 48-49 ibidem.
- 6 Cfr. folios 57-58 ibidem.
- 7 Cfr. folios 68-72 ibidem.
- 8 Cfr. folios 83-84 y 118-122 ibidem.
- 9 Cfr. folio 145-148 ibidem.
- 10 Cfr. folios 157-158 ibidem.
- 11 Cfr. folios 160-161 ibidem.
- 12 Cfr. folios 164-165 ibidem.
- 13 Cfr. folios 3-4 de la carpeta principal 2.
- 14 Cfr. folios 13-15 ibidem.
- 15 Cfr. folios 19-21 ibidem.
- 16 Cfr. folios 32-84 ibidem.
- 17 Cfr. folios 90-94 y 95-99 ibidem.
- 18 Cfr. folios 141-148 ibidem.

- 19 Cfr. folios 153-154 ibidem.
- 20 Cfr. folios 169-213 y 214-233 ibidem
- 21 Cfr. folio 195 ibidem.
- 22 Cfr. folio 193 ibidem.
- 23 Cfr. folio 192 ibidem.
- 24 Ibidem.
- 25 Ibidem.
- 26 Cfr. folio 191 ibidem.
- 27 Ibidem.
- 28 Cfr. folio 190 ibidem.
- 29 Cfr. folio 189 ibidem.
- 30 Cfr. folio 188 ibidem.
- 31 Cfr. folio 183 ibidem.
- 32 Cfr. folio 179 ibidem.
- 33 Cfr. folio 173 ibidem.
- 34 Cfr. folio 223 vuelto ibidem.
- 35 Ibidem.

36 Cfr. folio 222 vuelto ibidem.

37 Cfr. folio 219 ibidem.

38 Cfr. folio 218 ibidem.

39 Cfr. folio 195 ibidem.

40 Cfr. folio 192 ibidem.

41 Cfr. folio 142 vuelto de la carpeta principal 2.

42 Cfr. folio 142 ibidem.

43 Las irregularidades pueden convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado.

44 El sujeto procesal que con su conducta no haya dado lugar a la configuración del vicio, es el único que lo puede alegar, salvo que se trate de ausencia de defensa técnica.

45 Como las formas no son un fin en sí mismo, siempre que se cumpla con el propósito que la regla de procedimiento pretendía proteger, no habrá lugar a la declaración de la nulidad.

46 La magnitud del defecto debe tener incidencia en el sentido de justicia incorporado a la sentencia.

47 La declaratoria de nulidad debe ser el único remedio procesal para superar el yerro detectado.

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

49 Cfr. folio 223 vuelto de la carpeta 2.

50 Se precisa, eso sí, que el testimonio y la experticia grafológica de este testigo fue excluida por cuanto no le fue descubierta la base de la opinión pericial a la Fiscalía.