

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP4455-2015

Radicación N°. 45918

(Aprobado Acta N°. 271)

Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de dos mil quince (2015).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Con el fin de resolver sobre su admisión, la Corte examina las bases jurídicas, lógicas y argumentativas de la demanda de casación presentada por la defensa de José Daniel Esteban Gramajo Silva contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Antioquia, el 19 de febrero del año en curso, que confirmó la condena impuesta por el Juzgado 2° Penal del Circuito Especializado con funciones de conocimiento de ese Distrito Judicial y declaró al acusado penalmente responsable, como cómplice, del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado.

HECHOS

El 24 de julio de 2014 un uniformado de la Policía Nacional se encontraba en el muelle 12 del Aeropuerto Internacional José María Córdova, de Rionegro (Antioquia), requisando equipaje del vuelo 370 con destino a San Salvador y, al revisar la maleta de

propiedad de José Daniel Esteban Gramajo Silva¹, halló algunas prendas que pesaban más de lo normal, por lo que procedió a chuzarlas y en su interior encontró una sustancia que, al ser analizada, fue identificada preliminarmente como heroína, con un peso de 3.065 gramos.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Al día siguiente se llevó a cabo audiencia preliminar en la que la Juez 2ª Penal Municipal de ese municipio, con funciones de control de garantías, legalizó la captura en flagrancia de José Daniel Esteban Gramajo Silva, así como la imputación que le hiciera la fiscalía por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, en la modalidad de llevar consigo, (artículos 376, inciso 1º, y 384, numeral 3º, del Código Penal), en calidad de cómplice, cargo al cual Gramajo Silva se allanó.

Enseguida, la funcionaria judicial le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario².

2. Con base en el aludido asentimiento, el 19 de agosto posterior la Fiscalía 19 Especializada radicó escrito de acusación –al describir la conducta punible, erradamente se refirió al inciso 3º del artículo 376-3.

3. La audiencia de verificación, individualización de pena y sentencia se surtió el 29 de diciembre ulterior ante el Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado de Antioquia, con funciones de conocimiento.

Después de declarar la legalidad de la admisión de cargos –el Juez precisó que se trataba del inciso 1º del canon 376 del estatuto sustantivo, con la agravante del numeral 3º del 384-, se surtió el traslado previsto en el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal y se profirió fallo condenatorio por la conducta endilgada y aceptada. En consecuencia, a Gramajo Silva se le impusieron las penas principales de

112 meses de prisión⁴ y multa de 1.167,25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término que la privativa de libertad y la expulsión del territorio nacional, una vez cumpliera la condena⁵.

4. Apelada la decisión por la defensa, fue confirmada el 19 de febrero de 2015 por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial⁶.

5. La apoderada del procesado interpuso recurso de casación y presentó el libelo correspondiente.

LA DEMANDA

La jurista identifica los sujetos procesales y las providencias proferidas; sintetiza la situación fáctica y la actuación surtida y manifiesta que pretende «lograr la efectividad del derecho material y el respeto de las garantías del procesado»⁷.

Propone dos cargos así:

Primero.

Con apoyo en la causal primera de casación, ataca el fallo por interpretación errónea del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, toda vez que la referencia que allí se hace en punto de las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del encartado, no excluye las de marginalidad o pobreza que hayan incidido directamente en la realización de la conducta punible. Conocer estas últimas permite tenerlas en cuenta para fijar la pena.

Si bien la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 26716 del 16 de mayo de 2007, señaló que esa audiencia no es un espacio para alegar circunstancias

de marginalidad, lo cierto es que no se puede interpretar como una prohibición de variar la imputación a favor del acusado cuando ello es consecuencia de información sobreviniente a las diligencias preliminares.

La viabilidad de mutar la imputación en beneficio del encartado, por «información sobreviniente»⁸, ha sido reconocida por la Sala de Casación Penal en diversos pronunciamientos, como las sentencias del 6 de septiembre de 2007 (radicado 24786), 15 de julio de 2008 (radicado 28872) y 8 de julio de 2009 (radicado 31280).

Con los elementos materiales probatorios aportados por la defensa, luego de las iniciales sesiones, se demuestra la marginalidad y pobreza extremas de Gramajo Silva, pues se trata de un joven humilde sin antecedentes penales; su padre murió de leucemia mieloide crónica en diciembre de 2005; perdió a su madre en agosto de 2013, como consecuencia de cáncer gástrico; vive en un sector muy deprimido de Guatemala; terminó bachillerato; ingresó a estudiar administración de empresas, pero tuvo que abandonar las clases; buscó trabajo, sin lograr hallar alguno formal y pasaba por una situación económica y psicológica deplorable.

Segundo.

Al amparo del motivo segundo de casación, cuestiona la providencia por violación de garantías fundamentales, toda vez que la interpretación restrictiva de la norma en comento trasgrede el principio de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 228 de la Carta Política, máxime cuando las condiciones particulares de su prohijado no eran conocidas por el ente acusador al momento de la imputación, lo que no puede impedir que luego sean consideradas.

Solicita se case la sentencia impugnada y, en su lugar, se reconozca a su representado la circunstancia prevista en el precepto 56 del Código Penal.

CONSIDERACIONES

La Sala inadmitirá la demanda presentada porque no cumple con los requisitos que, para su admisión, se exigen en el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004. Estos son los motivos:

1. De acuerdo con el mencionado estatuto procesal, la finalidad de este medio extraordinario es la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos y la unificación de la jurisprudencia. Por manera que cuando una sentencia de segundo grado conculca derechos o garantías, la casación se impone como medio de control constitucional y legal apto para su efectividad.

No obstante, es necesario que quien a ella acuda posea interés para recurrir; indique la causal que hace procedente el recurso y, a través de un discurso lógico jurídico y con suficiente claridad y concreción, desarrolle el cargo propuesto, demostrando no solo su trascendencia en el caso concreto sino por qué se hace relevante la intervención de la Corte Suprema de Justicia.

El libelo no puede consistir tan solo en un memorial simplista o en una intervención más dentro del proceso, por virtud del cual, de manera libre, desorganizada y carente de técnica, se busque continuar con el debate propio de las instancias o se exhiba cualquier clase de reparo frente a la actuación surtida o a las consideraciones expuestas por el juzgador. Es preciso que contenga una argumentación sólida, clara, lógica y coherente en la que, con fundamento en los motivos expresamente señalados por el legislador, se planteen los errores de juicio o de procedimiento en que pudo incurrir el fallador y se resalte su importancia en la determinación objetada, de modo que, de no haber recaído en ellos, el sentido sería totalmente diverso y favorable a los intereses del sujeto que impugna.

2. En esta ocasión, lo primero que se debe advertir es que la defensa carece de interés para proponer sus ataques, pues, como se consignó en los antecedentes de esta providencia, durante la audiencia de imputación, su representado admitió cargos.

La Corporación ha sostenido que cuando una persona a quien se le endilga la comisión de una conducta punible acepta su responsabilidad de manera libre, consciente, espontánea e informada sobre las consecuencias que ello entraña, ese acto impide toda impugnación que busque deshacer los efectos de la aceptación (CSJ SP, 20 oct. 2005, rad. 24026). Tal postura se apoya en el artículo 293 de la Ley 906 de 20049, según el cual, la aceptación de la imputación por parte del indiciado no admite retractación, cuando la misma es voluntaria, libre y espontánea.

Únicamente podría tener vocación de prosperidad una censura cuando se demuestre que en esa diligencia se incurrió en vicios de consentimiento, en vulneración de garantías fundamentales, o cuando lo cuestionado sean aspectos relacionados con la dosificación punitiva o los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad (CSJ AP, 21 feb. 2007, rad. 265687).

Resulta totalmente desatinado que la ahora impugnante, bajo el ropaje de supuestas irregularidades sustanciales que, como se verá más adelante, no existieron, intente desconocer tal asentimiento.

3. En todo caso, como la letrada refiere que a su prohijado se le violaron garantías fundamentales por razón de un errado entendimiento normativo, la Sala examinará sus planteamientos, no sin antes advertir la inexistente fundamentación en torno a la finalidad que pretende alcanzar con el medio extraordinario y las falencias en la postulación de los cargos.

3.1. En lo atinente a los propósitos de la casación, tan solo señaló buscar la efectividad

del derecho material y el respeto de garantías del procesado. Ningún aditamento hizo para concretar aquél o éstas, su propuesta se quedó en un simple enunciado, con lo cual dejó su desarrollo a la libre confección de la Corte y a la eventual prosperidad de los cargos.

3.2. Por otra parte, formuló dos censuras con una única solicitud: que se profiera un fallo de reemplazo. Tal pedimento resulta ajeno a la segunda crítica, la invocada por la vía de la causal segunda de casación, pues en esos casos, si se alega trasgresión del debido proceso, la consecuencia, en orden a su restablecimiento, es la nulidad.

Adicionalmente, (cargo primero) increpó al Tribunal por violar directamente la ley sustancial, por interpretación errónea, olvidando exhibir argumentos suficientes, coherentes y concluyentes orientados a tal demostración. Pasó inadvertido que para esos efectos no son admisibles las disquisiciones meramente personales, subjetivas o acomodadas, sino que es forzoso que la propuesta responda a un estudio jurídico serio y contundente que se derive del precepto o de su confrontación frente a normas superiores.

La interpretación que la censora hace del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal es aislada y moldeada a sus propios propósitos, sin integrar, como en este evento impera, el examen del precepto 56 del Código Penal, cuyo contenido reclama, y pasando por alto el desarrollo legal que de esos cánones ha hecho la Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria. Aunque se muestra de acuerdo en que existe postura de la Sala en punto del tema, no le reconoce aplicabilidad y tampoco refiere el motivo por el cual se haría necesario variarla, matizarla o adecuarla al caso concreto.

3.3. A juicio de la actora, la situación de marginalidad extrema, contemplada en el canon 56 aludido, podía ser argüida y demostrada en la audiencia de individualización de pena de

que trata el 447 del estatuto adjetivo.

No le asiste razón porque parte de una visión errada de esas disposiciones, al tiempo que desestima la línea jurisprudencial que sobre esos tópicos ha fijado esta Corporación.

El artículo 56 prescribe:

El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición.

Del texto transcrito surge que las circunstancias allí previstas de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas no son excluyentes de responsabilidad sino diminuentes de la punibilidad, pero siempre que hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible.

Así las cosas, no son post delictuales, sino concomitantes, por lo que hacen parte del entramado fáctico, y, en ese orden, afectan la calificación jurídica y, por ende, los extremos punitivos del tipo penal. De manera que su existencia, tal como lo ha reconocido la Corporación, debe ser alegada, tratándose de allanamientos, en la audiencia preliminar de imputación, a efectos de que la fiscalía las conozca y se surta el debate contradictorio correspondiente.

Por consiguiente, si no se expusieron en esa instancia procesal de acogimiento a cargos, no resulta admisible aducirlas con posterioridad, en tanto ello comportaría una retractación.

3.4. Ahora, en relación con los temas que en la diligencia prevista en el artículo 447 de la

Ley 906 de 2004 se pueden discutir, la Sala ha sostenido que se restringen a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del procesado, las cuales le permitirán al juez graduar la pena conforme a las previsiones del precepto 61 del Código Penal, dentro de las cuales están excluidas aquellas que modifican los extremos punitivos del tipo penal o que circunstancian el hecho tornándolo en uno distinto, en perjuicio del allanamiento o del preacuerdo.

Así, en CSJ AP, 10 may. 2006, rad. 25389 dijo:

Ahora bien, en la audiencia para la individualización de la pena, acto procesal necesaria e ineludiblemente subsiguiente a la aprobación del acuerdo (artículo 351 ídem), los intervinientes solamente pueden referirse a “las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable” y a la probable determinación de la pena y la concesión de los sustitutos de la sanción, aspectos únicos sobre los cuales el legislador admitió alguna actividad probatoria (artículo 447 íbidem).

Cierto es que, el artículo 29 de la C.P., autoriza a los intervinientes en el proceso penal a solicitar la práctica de las pruebas que resulten pertinentes y conducentes con la materia objeto de debate, pero bajo el postulado de que tal derecho se ejerza en los términos en que la ley lo establezca, pues el ejercicio de las garantías es dable dentro del marco del debido proceso y la aplicación sistemática de las disposiciones que regulan la materia.

Si el preacuerdo, como modalidad de justicia consensuada a través de un procedimiento abreviado, implica la aceptación de responsabilidad penal en forma anticipada, disponer de parte del rito procesal, renunciar al debate fáctico y probatorio y, se rige por los principios de irretractabilidad, eventualidad, preclusión y seguridad jurídica, resulta extraño a dicho mecanismo jurídico la tesis de la defensa, en el sentido de que se le desconoce el debido proceso al inculcado, al haberse negado, luego de

aprobado el acuerdo, la práctica de la prueba testimonial ofrecida en la audiencia de individualización de la pena para demostrar que JHON NELSON TRUJILLO MORALES obró en exceso de legítima defensa, pues tal pretensión con respaldo probatorio mínimo, por lo que resultaba ajena al acto procesal cumplido, en el que por expreso mandato del artículo 447 del C.P.P. no tenía cabida dicho debate probatorio, además de que la propuesta constituía una manifiesta violación a la prohibición de retractación a la que alude el artículo 293 ejusdem.

Sobre el procedimiento a seguir y las facultades que se pueden ejercer por los intervinientes, luego de aceptada la imputación o de aprobado un preacuerdo, la Sala10, en providencia del 12 de diciembre de 2005, dijo:

“En efecto, entre la acusación y la sentencia, entre ésta y los cargos aceptados, luego de aceptado el acuerdo, deviene la audiencia para la individualización de la pena en los términos del artículo 61 del código penal, de modo que ese esquema debe respetarse por el recurrente a la hora de postular los cargos.

“Así, cuando el artículo 447 de la ley 906 de 2004, señala que “si se aceptare el acuerdo celebrado con la fiscalía”, el juez le concederá la palabra para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden”, se refiere a circunstancias que le permitan al juez graduar la pena en los términos del artículo 61 del código penal y no a aquellas que modifican los extremos punitivos del tipo penal o que circunstancian el hecho tornándolo en uno diferente, en perjuicio del mismo acuerdo”.

2.5. La legitimación para recurrir en casación está vinculada con el interés de las partes y los intervinientes (artículo 182 del C.P.P.), el cual está representado por el agravio de carácter penal o civil ocasionado con el fallo recurrido.

Si la condena impuesta a (...) es congruente con los términos en que se celebró el

acuerdo, según se ha registrado en los antecedentes de esta providencia, al que además se llegó en forma consciente y voluntaria por la fiscalía y el imputado, con la asistencia de la defensa, sin resultar exigible el presupuesto de procedibilidad a que se refiere el artículo 349 del C.P.P. y habiéndose observado las garantías fundamentales, no es posible la retractación por parte de los intervinientes, por mandato expreso del artículo 293 ídem, del acuerdo que dio origen al fallo recurrido.

Proferido el fallo de primera instancia y segunda instancia conforme a la voluntad del procesado, de la que no es posible retractarse, por haberse expresado al amparo de las garantías constitucionales, ningún perjuicio puede aducir el censor con las orientaciones de las decisiones, las que por lo demás, acogieron en su totalidad la rebaja de pena ofrecida por la fiscalía.

En las condiciones señaladas, el demandante carece de interés para controvertir en sede de casación circunstancias como el exceso en la legítima defensa, por cuanto que con ello desconoce indebidamente el marco de negociación que condujo al acuerdo para la imputación fáctica y jurídica por la que se condenó a JHON NELSON TRUJILLO MORALES, retractación que prohíbe el ordenamiento jurídico, como quedó expresado antes.

Luego, en CSJ SP, 16 may. 2007, rad. 26716 sostuvo:

Pues bien, del texto que viene de transcribirse [artículo 447 de la Ley 906 de 2004], es importante abordar tres temas acerca de la diligencia en cuestión, alusivos al momento de su realización, su objeto y la actividad probatoria que podría llegar a demandar.

En cuanto a la oportunidad procesal, la ley claramente diferencia dos momentos para el efecto. El primero, luego de que el juez ha anunciado el sentido del fallo condenatorio en el punto culminante del juicio oral, y, el segundo, una vez verifique el allanamiento o

acepte el acuerdo celebrado con la Fiscalía, en los términos de los artículos 348 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

En ambos casos se parte de la base de que en contra del sujeto pasivo de la acción penal se dictará sentencia condenatoria, bien porque fue vencido en el juicio oral, anuncio que hace el juez tras sopesar la prueba allegada en dicho acto y los argumentos de cierre de las partes e intervinientes, ora porque aceptó su responsabilidad en los hechos, materializada en el allanamiento o en un acuerdo que celebró con el ente instructor, aprobado por el juzgador luego de verificar, junto con la aceptación voluntaria, libre, espontánea y con cabal asesoría del defensor, que hay un mínimo de prueba a partir del cual inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad (art. 327 Ib.), y que lo pactado discurre por caminos de legalidad.

De allí entonces que la prueba que se tabula en el juicio oral, apunta única y exclusivamente a determinar la responsabilidad o no del acusado en los sucesos por los cuales fue convocado al juicio, mientras que el fundamento probatorio que conlleva a avalar el allanamiento o acuerdo y emitir el subsiguiente fallo condenatorio, radica en los elementos materiales probatorios, evidencias físicas o informes aportados por la Fiscalía, sin que pueda denominárseles “prueba” en sentido estricto, naturaleza que sólo se adquiere cuando los elementos de conocimiento son aducidos en el debate público -del cual se prescinde en estos casos-, con total respeto de los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración.

Es por lo anterior que el legislador ha establecido un espacio procesal diferente para que las partes e intervinientes puedan pronunciarse sobre otros aspectos trascendentales, diferentes a la definición de la ya decantada responsabilidad, que deben ser tenidos en cuenta por el fallador al momento de adoptar su decisión de condena, los cuales tocan con la “probable determinación de la pena aplicable y la concesión de algún subrogado” (artículo 447 del Código de Procedimiento Penal), fundada en aspectos del tenor de las

“condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable”.

Ese es precisamente el objeto de la diligencia que regula el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal de 2004, etapa procesal que es de obligatoria observancia –con la excepción que remite al hecho de contener el acuerdo o preacuerdo una manifestación concreta del monto de pena aplicable y concesión de algún subrogado, dado que ello agota el objeto de la tramitación, tornándola completamente innecesaria-, en ambas oportunidades, por hacer parte estructural del procedimiento del sistema acusatorio oral.

Y si aquél es el objeto específico, expresamente delimitado por la norma, lo dicho quiere significar que la diligencia contemplada en el artículo 447 en cita, no es una nueva oportunidad que tienen las partes para referirse al tópico de responsabilidad y los que le son consustanciales, si en cuenta se tiene que desde el momento mismo de anunciar el sentido del fallo, en tratándose del procedimiento ordinario, el juez, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 446 de la Ley 906 de 2004, ya ha definido con suficiencia este tema, dada la exigencia legal de que la decisión “será individualizada frente a cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación”; y si se trata de allanamiento o acuerdo previamente aprobados, la condena versará por el delito aceptado, el cual debe constar con total claridad en el escrito de acusación que se ha presentado ante el funcionario de conocimiento.

En uno y otro eventos, la determinación de la responsabilidad, además de aludir concretamente a la adecuación típica de la conducta punible y la forma de participación en la misma, debe contener la definición de las circunstancias de mayor y menor punibilidad, que indicarán al fallador en cuál de los cuartos de movilidad punitiva habrá de ubicarse –so pena de sorprender al acusado, como expresamente lo ha significado la Corte en reiterados pronunciamientos-, por manera que estos aspectos también quedan marginados

del objeto de la actuación.

Ahora bien, recientemente¹¹, la Sala hizo un minucioso estudio del objeto del traslado en la diligencia de individualización de la pena y sentencia, en examen comparado con legislaciones extranjeras¹², donde también se le denomina “informe presentencia” o “audiencia de individualización de pena”.

Dijo en esa oportunidad, que pese relacionar sistemas acusatorios diferentes al adoptado para Colombia, el traslado previsto en la diligencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, no puede admitir la posibilidad de que se incluyan circunstancias que gradúan el injusto.

Los aspectos personales, familiares y sociales a los que se puedan referir el Fiscal y el defensor en tal audiencia, servirán de referentes para la fijación en concreto de la sanción - entendido que ya anteriormente, gracias a lo decidido en el anuncio del sentido del fallo, la verificación del allanamiento o la aprobación del acuerdo, se establecieron los criterios objetivos necesarios para determinar los límites punitivos y el específico cuarto que a este corresponde- o para determinar formas de cumplimiento de la misma o bien para la cuantificación individualizada de la pena pecuniaria, respecto de la cual se deben estimar factores concernientes a la situación económica, ingresos y cargas familiares del condenado (artículo 30 de la Ley 599 de 2000), o para la imposición de penas accesorias, y principalmente, para la eventual concesión de mecanismos sustitutivos o alternativos de la pena privativa de la libertad.

Por lo tanto, se reitera, la diligencia contemplada en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 no es un espacio propicio para alegar circunstancias que puedan afectar los extremos punitivos de la sanción, frente a aspectos que tuvieron incidencia directa al momento de la comisión del delito, tales como los dispositivos amplificadores del tipo (tentativa y coparticipación, arts. 27 y 29 C.P., respectivamente), la determinación de los delitos

continuados o masa (par. art. 31 C.P.), el exceso en las causales de justificación (inc. 2 num. 7° art. 32 C.P.), la situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (art. 56 C.P.) y la ira o el intenso dolor (art. 57 C.P.).

(...)

En suma, a la diligencia propia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, se arriba con una determinación concreta –por vía ordinaria o la extraordinaria de acuerdos y preacuerdos, siempre y cuando estos no contengan ya la especificación de una sanción individualizada- de los límites mínimo y máximo de pena, e incluso del cuarto dentro del cual ha de ubicarse el juez, como quiera que el relativo arbitrio otorgado al funcionario para dosificar la sanción, no supera este hito –inciso tercero del artículo 61 del Código Penal-, y a ello precisamente es que apelan las partes cuando de alegar en torno de las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable, se trata. (Subraya la Corte).

Después, en CSJ AP, 27 jul, 2011, rad. 36609, ocasión en la que el recurrente alegaba la posibilidad de demostrar el estado de ira e intenso dolor en la audiencia de individualización de cargos de que se viene hablando, la Corte sostuvo su improcedencia insistiendo en que

...la actividad probatoria que es posible desarrollar en curso de la audiencia para la individualización de la pena y sentencia, se contrae sólo a la determinación de las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable, a partir de las cuales la Fiscalía y la defensa podrían presentar sus pretensiones respecto de “...la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado”.

(...)

El demandante, al margen de tal circunstancia, lo que pretende es prolongar un debate zanjado en las instancias, para tratar de incorporar, como si se tratara de la violación de derechos fundamentales, la velada intención de retractarse del allanamiento a cargos que libre, consciente y voluntariamente, con la debida información expresó el sentenciado.

Más recientemente, en CSJ AP, 21 ago. 2013, rad. 41596, al examinar una demanda de casación en la que se criticaba al Tribunal por no tener en cuenta el informe presentado por la defensa sobre la situación de vulnerabilidad del acusado y la consecuente negativa de reconocer la mengua del artículo 56 del Código Penal, la Corporación reiteró la postura anterior y afirmó:

...cuando las partes válidamente han celebrado un acuerdo con el que han pactado la pena a imponerse, como sucedió en este evento, ninguna alegación puede hacerse con el propósito de modificar el monto de la sanción.

(...)

En suma, no podía ser más equivocado el planteamiento del recurrente, cuando estima que debe declararse la nulidad de lo actuado por no haberse realizado un pronunciamiento sobre la situación de marginalidad contenida en el artículo 56 del Código Penal, pues, desconoce que por haberse celebrado un acuerdo que marginó la misma, no le era dable a las instancias aludir a circunstancias que atañen directamente a la adecuación típica de la conducta punible.

Así las cosas, la circunstancia de marginalidad extrema corresponde a un fenómeno que se estructura al momento de la comisión de la conducta, por lo que resulta inescindible de ésta, como que permite su individualización y la caracteriza, pues se refiere a aquellas condiciones propias de modo o lugar en que se ejecutó el hecho, a manera de ejemplo, la tentativa (artículo 27 Código Penal), la complicidad (artículo

30 lb), el exceso en la causales de exoneración de responsabilidad (artículo 32, numeral 7, inciso 2 lb), el estado de ira o de intenso dolor (artículo 57 lb), etc.

La censora, entonces, se equivoca al pretender que, luego del allanamiento a cargos, en donde no se incluyó la circunstancia de marginalidad extrema del acusado, se pueda alegar ella durante la audiencia de individualización de pena y sentencia del artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

Dar paso a esa tesis sería desnaturalizar la esencia del debido proceso dentro del sistema procesal penal de la Ley 906 de 2004, habida cuenta que esa audiencia no está prevista para adelantar un debate probatorio en punto de aspectos propios de la conducta punible, que modifiquen la calificación jurídica ni los extremos punitivos del tipo penal. Esos asuntos, polémicos o controversiales, atentan contra la teleología de ese acto procesal.

3.5. Ahora bien, la demandante asegura que se debe seguir la jurisprudencia de la Corte (cita tres providencias), en el sentido de admitir la variación de la imputación.

Tal planteamiento resulta huérfano de sustento puesto que no explicó cómo la situación fáctica y jurídica de este caso concreto guarda similitud con la de aquellos examinados en esa oportunidad por la Corte y, por ende, es forzoso adoptar una solución idéntica. Es más, verificados los proveídos traídos a colación en el libelo, se constata que no hay semejanza alguna y, además, que la determinación tomada por la Sala en esos eventos, no obedeció a la existencia de una prueba sobreviniente.

En efecto, en CSJ SP, 6 sep. 2007, rad. 24786 se examinó un problema de falta de coincidencia de los hechos con el derecho, en cuanto, no obstante el acogimiento a cargos, los elementos materiales aportados al proceso solo conducían a demostrar la conducta punible de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, no así la de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego

o municiones, también endilgada, lo que impuso casar el fallo para condenar solo por el primero de los injustos.

En CSJ SP, 15 jul. 2008, rad. 28872 se casó la sentencia confutada para suprimir una causal de agravación, debido a que, conforme al material aportado, la conducta atribuida como agravante del homicidio era atípica.

Luego, en CSJ SP, 8 jul. 2009, rad. 31280 la Sala casó oficiosa y parcialmente el fallo el Tribunal y reconoció el exceso en la legítima defensa en un delito contra el bien jurídico de la vida, luego de constatar que la fiscalía, en la diligencia de individualización de pena y sentencia, hizo tal pedimento, así como el de la consiguiente variación de la calificación jurídica, y llevó los elementos necesarios para tal demostración.

Lo anterior pone de presente que la situación planteada por la libelista no se asemeja a las estudiadas en aquellas ocasiones; y, adicionalmente, que esta Corporación no resolvió los casos citados por la actora atendiendo una prueba sobreviniente.

Nótese que, según se desprende del expediente, la fiscalía nunca consideró la existencia de la condición de marginalidad extrema del acusado al formular la imputación, diligencia en la que nada se dijo al respecto, y tampoco pidió luego variación de la calificación jurídica.

Ahora, de admitir, en gracia de discusión, que pudiera la defensa alegar la circunstancia de marginalidad extrema durante la audiencia del artículo 447, es claro, con todo, que en esta ocasión no había lugar a su reconocimiento, no solamente por la falta de aquiescencia de la fiscalía, sino porque los elementos materiales probatorios aportados por la jurista carecían de aptitud y suficiencia para demostrar tal condición. La mayoría de ellos, según lo consignó el a quo, al provenir del extranjero, incumplían las previsiones del artículo 425 del Código de Procedimiento Penal de 2004, en tanto no estaban apostillados.

Por manera que existió polémica o controversia en punto de la autenticidad de los elementos allegados y ello conducía a crear un ambiente de debate y de discusión jurídica ajeno a esa diligencia.

Cabe anotar que, al respecto, ninguna mención o comentario hizo la jurista en su libelo, quien solo refirió vagamente la posibilidad de estar ante una prueba sobreviniente, cuyo carácter y estructuración no probó.

Las precedentes consideraciones son suficientes para inadmitir la demanda y la Sala ha revisado íntegramente la actuación y no ha encontrado causales de nulidad ni flagrantes violaciones de derechos fundamentales, razón por la cual no puede penetrar al fondo del asunto oficiosamente.

4. Al amparo del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es procedente la insistencia, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, han sido definidas por la Sala desde el año 2005, en CSJ AP, 12 dic. 2005, rad. 24322, y precisadas en AP-3481-201413.

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

RESUELVE

Primero. INADMITIR la demanda de casación presentada por la defensa de José Daniel Esteban Gramajo Silva contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Antioquia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Presidente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Ciudadano guatemalteco.

2 Acta visible a folio 10 del cuaderno principal y registro en disco compacto.

3 Folios 14 a 16 del mismo cuaderno.

4 Se le reconoció rebaja por la complicidad y por el allanamiento, solo en 12.5% dada su captura en flagrancia.

5 Folios 76 a 80 del cuaderno principal.

6 Folios 99 a 109 Id.

7 Folio 116 Id.

8 Folio 118 Id.

9 Norma declarada exequible, por los cargos examinados, en la Sentencia C-1195 del 22 de noviembre de 2005.

10 C.S. de J., Aut. de Cas., Rdo. 24.913.

11 Sentencia del 21 de marzo de 2007, Rad. 25862.

12 Sobre el punto, se aborda su consagración en las legislaciones procesales penales de Puerto Rico, Estados Unidos y Chile.

13 Radicado 42597.