



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN

SALA PENAL DE DECISIÓN

Medellín, jueves, ocho de junio de dos mil veintitrés

Aprobado mediante acta número 0075 del primero de junio de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente
Ricardo De La Pava Marulanda

Por apelación interpuesta y sustentada por el defensor, conoce en segunda instancia esta Corporación el fallo proferido el 06 de septiembre de 2021 por la Juez Catorce Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, mediante el cual condenó al acusado HÉCTOR MARÍA TILANO PÉREZ a la pena principal de trece (13) años de prisión y a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal privativa de la libertad, por hallarlo responsable de la autoría del delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO.

1. ANTECEDENTES

Los hechos que originaron la presente actuación fueron sintetizados así en el escrito de acusación:

"Los hechos se presentaron en el Barrio Santa Cruz de la ciudad de Medellín, cuando el señor HECTOR MARIA TILANO convivía con la señora SANDRA PASTORA RÍOS BEDOYA y sus hijos, durante esa convivencia el señor HECTOR atentó contra la libertad, integridad y formación sexual de sus hijas así:

Entre el año 2008 a 2011 (sic), llegaba a la casa luego de haber tomado licor y abordaba a YURANI ALEJANDRA TILANO RIOS, a quien le realizaba tocamientos erótico sexuales en sus partes íntimas, esto es, senos y vagina, además de penetrarla con los dedos por la vagina, lo que se prolongó por dos o tres años, cuando cumplió los 14 años, en dos oportunidades le cogió el pene para que la niña lo masturbara mientras él le tocaba la vagina.

Para el año 2015 a 2016 (sic), cuando MADELEIN ANDREA TILANO tenía 13 años, el señor HECTOR le realizaba tocamientos libidinosos en sus partes íntimas, hechos que consistían en tocarle los senos y la vagina por dentro y por fuera de la ropa. Y cuando la menor cumplió los 14 años hasta los 16 años, continuó ejecutando los mismos comportamientos."

El 10 de agosto de 2020, ante el Juzgado Veintisiete Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, la Fiscal 101 especializada le formuló imputación al señor HÉCTOR MARÍA TILANO PÉREZ por la autoría del delito de ACTOS SEXUALES

CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HETEROGÉNEO CON ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO E INCESTO, cargo que no fue aceptado por el imputado. En la misma diligencia se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad establecimiento carcelario.

El escrito de acusación fue radicado ante el Centro de Servicios Judiciales de Medellín y la formulación oral se llevó a cabo el 13 de noviembre de 2020 ante el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Medellín. La preparatoria se llevó a cabo el 21 de enero de 2021 y el juicio oral se cumplió en sesiones realizadas los días 17 de febrero, 15 y 17 de marzo, 04 de junio y 29 de julio de la misma anualidad, diligencia última en la que se anunció el sentido del fallo condenatorio y se corrió el traslado a las partes del que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004. Finalmente, el 06 de septiembre siguiente se profirió la sentencia en contra de la cual la defensa interpuso el recurso de apelación.

2. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La judicatura de primera instancia sostuvo que la prueba practicada e incorporada legalmente al plenario ofrece la firme convicción sobre la existencia del presupuesto de responsabilidad penal del acriminado en los términos de ley como para emitir un fallo de condena en su desfavor, afirmación que sustentó en las estipulaciones celebradas respecto a la minoría de edad de la afectada para el momento de los hechos, la plena identidad del procesado, y que éste es el padre biológico de la víctima; así como en la prueba testimonial de cargo.

Al respecto, indicó que Y.A.T.R. depuso que desde que tenía 8 o 9 años aproximadamente, cuando no estaba ni su mamá ni sus hermanos en la casa, su progenitor de manera repetitiva tocaba sus partes íntimas con la mano, la lengua y el pene, aprovechándose de su ingenuidad, la relación familiar, la gran confianza depositada en él y la obediencia que le profesaba la pequeña, quien inicialmente no comprendía la cruel realidad que la hacía vivir su papá, y fue hasta cuando ya estaba más mayorcita que, con instrucciones sobre aspectos sexuales y de cuidados y prevenciones con su cuerpo que recibió en el colegio, entendió el vejamen de que era objeto.

Destacó que las relaciones familiares se deterioraron al punto que los parientes más cercanos del procesado han estado acosando y amenazando a las víctimas para que retiren la denuncia, presión que no soportó M.A.T.R., la hija más pequeña de aquel, quien en juicio decidió hacer uso de su derecho a no declarar contra su progenitor, y aunque alcanzó a exponer que lo dicho años atrás en la entrevista sobre estos episodios delictivos es cierto, suplicando que si su padre sale en libertad la protejan de él, expresó la juzgadora que dicha probanza tiene el carácter de prueba de referencia sin apoyo directo –en ausencia del testimonio en la vista pública- y por tanto no puede usarse contra el implicado.

Ahora, sobre los hechos relacionados con Y.A.T.R., luego de hacer un recuento textual de su deponencia y de la declaración de la señora SANDRA PASTORA RÍOS BEDOYA, madre de la afectada, las cuales calificó como coherentes, sin exageraciones y amplias en los detalles, indicó que deviene claro

que la vulneración a tan caro bien jurídico inició desde que la víctima tenía entre 8 o 9 años de edad, situación que infortunadamente perduró por mucho tiempo, y que el silencio que guardó la menor para relatar los vejámenes fue porque era tan pequeña que no podía comprender la magnitud de lo que su procreador le hacía, porque éste la prevenía para que no contara nada y en razón al miedo reverencial, presentándose en este evento el *síndrome de acomodación*, patrón conductual que explicó a partir de la doctrina.

Y sobre el argumento de la defensa respecto a que los testimonios de la menor y su ascendiente fueron direccionados, manifestó la a quo que dicha aseveración carece de soporte y por tanto no se configura la duda probatoria de la entidad exigida en la legislación procesal penal que impida la emisión de la sentencia, por el contrario, irrefutables resultan los medios de conocimiento que llevan al convencimiento de que Y.A.-única víctima frente a la cual la Fiscalía pidió condena en atención a que M.A. no quiso rendir su testimonio- fue sometida a abuso sexual por parte de su progenitor desde antes que cumpliera 14 años, y aunque por mucho tiempo guardó silencio frente a lo que le sucedía, finalmente, cuando su hermana M.A. le contó a su mamá por WhatsApp lo que le venía aconteciendo con su padre y por qué intentó acabar con su vida, la afectada narró que ella también fue víctima de los mismos sucesos delictivos desarrollados por su padre.

Es así como concluyó que el señor HÉCTOR MARÍA TILANO PÉREZ conocía a cabalidad el contenido de su conducta ilícita y su voluntad estaba firmemente dirigida a ejecutar la infracción de actos sexuales con menor de 14 años sobre su hija.

3. LOS MOTIVOS DEL DISENSO

El defensor del acusado planteó un único motivo de apelación tendiente a la presunta vulneración de garantías fundamentales del procesado por falta de defensa técnica, lo que conlleva a la anulación del proceso desde la instalación de la audiencia preparatoria, inclusive. Al respecto, sostuvo que la doctora SILVIA ALZATE QUINTERO, profesional del derecho que actuó en dicha etapa procesal, descubrió a la Fiscalía como elementos materiales probatorios los testimonios del acusado y de su ex compañera sentimental y madre de quien funge como víctima, y aunque reconoce que cada defensa es distinta y goza de la libertad de trazar las estrategias defensivas, según lo vea conveniente en cada caso, cuestiona el hecho de que tan solo se hubiesen presentado dos deponencias para controvertir la prueba de cargo, lo que, en su criterio, genera una situación de ostensible indefensión frente al Estado, contrario a lo que se busca en un proceso penal, pues lo natural en un sistema con tendencia acusatoria es que exista confrontación y contradicción probatoria.

Y de la pertinencia y conducencia expuesta por su antecesora en la solicitud probatoria, agregó el censor que se puede extraer una evidente falta de técnica y preparación del caso ya que cuando se solicitó el testimonio de la señora SANDRA PASTORA, ni siquiera se hizo referencia a una pertinencia diferente a la de la Fiscalía, pues como se sabe, cuando se solicita un testigo común así debe solicitarse, pero en este evento tan solo se dijo *“y que lo solicitará en caso de que la Fiscalía renuncie a este testimonio o no se agoten las preguntas necesarias en el conainterrogatorio para*

acreditar la teoría de la defensa señora juez”, siendo más censurable aun el hecho de que la audiencia preparatoria la estaba realizando desde un carro, pues en el registro se escuchan incluso las direccionales y el eco que ello produce, lo que denota un total desprecio y falta de diligencia con una persona que está siendo procesada por causas tan graves como las que se presentan en la acusación.

Citó varios extractos de la sentencia con radicado N° 48128 de 2017 de la Corte Suprema de Justicia que estudia el tema de la eficacia de la asistencia letrada para luego aseverar que en el sub iudice no puede pregonarse la existencia de una defensa real, material y efectiva, pues lo que se evidencia es el simple cumplimiento de un requisito de validez de las diligencias. Resaltó que no se trata de una disparidad de criterios con la defensa anterior, sino que lo que se discute y no puede convalidarse es el estado de indefensión probatoria en el que quedó el acusado desde la audiencia preparatoria, ello en comparación con la prueba solicitada y decretada para la Fiscalía, pues básicamente fue la palabra del señor TILANO PÉREZ contra la de ocho testigos del órgano investigador, incluyendo dos víctimas y profesionales interdisciplinarios.

Continuó el disenso anotando que la desidia de la defensa técnica quedó evidenciada en el transcurrir de la audiencia preparatoria porque (i) no había realizado ningún acto investigativo para la consecución de la prueba y tampoco había tenido contacto con el acusado; (ii) no estaba preparada para realizar el descubrimiento y la solicitud probatoria; y (ii) no sabía cómo

solicitar los medios de prueba al juez de conocimiento, pues por su argumentación se denota que no tenía claros conceptos básicos como la pertinencia de la prueba.

Indicó que, como consecuencia de lo anterior, se dio inicio a un juicio oral en donde el acusado estuvo en una evidente situación de desigualdad respecto al ente acusador, pues con los insuficientes dos testimonios no podría enervar la pretensión punitiva de la Fiscalía, ente al que se le decretaron múltiples deponencias, eventualidad que vulnera el principio de igualdad de armas que caracteriza nuestro sistema procesal penal actual ya que la anterior profesional del derecho carecía de preparación, idoneidad e interés para enfrentar y sustentar una audiencia preparatoria, máxime si se tiene en cuenta que la acusación se hizo por un delito tan complejo, probatoriamente hablando, como lo son los delitos sexuales.

Insistió en la desventaja que tuvo el procesado frente al principio de contradicción en razón a la diferencia en el número de pruebas decretadas a cada una de las partes, lo que terminó reflejándose en los resultados adversos para el acusado con la emisión del fallo de carácter condenatorio, resaltando que en este evento ni siquiera se hizo una asesoría jurídica al procesado pues en la audiencia preparatoria éste quería aceptar los cargos sin estar orientado previamente, teniendo la anterior defensa que suspender la audiencia para tales fines, lo que demuestra que hasta el momento ningún tipo de contacto había tenido con su representado.

Estimó que las irregularidades anteriormente acreditadas son trascendentes para lo que jurídicamente era el objeto de la audiencia preparatoria, y en general para lo que de ahí en adelante se debía seguir en el proceso, por eso acude a la nulidad como remedio procesal pues encontrándose el proceso en esta instancia, no existe otra oportunidad procesal ni otra acción, jurídicamente hablando, para corregir tales falencias en la defensa técnica, mismas que no pueden ser convalidadas ahora.

Afirmó el recurrente que la referida irregularidad también se presentó en el desarrollo del juicio oral ya que su antecesora no presentó teoría del caso, y en la sesión celebrada el 15 de marzo de 2021, cuando la testigo M.A.T.R. informó que iba a ejercer su derecho a no declarar en contra de su progenitor, la Fiscalía y el Ministerio Público la interrogaron bajo el silencio absoluto de la defensa, situación que finalmente vulneró el derecho a no incriminar a sus parientes ya que en la sentencia de primera instancia se valoró en contra del procesado lo que expresó la deponente.

Expuso que por situaciones como la anterior es que toma trascendencia una defensa activa, que no actúe con desinterés y negligencia, que conozca del sistema penal acusatorio, que se oponga a tales situaciones y defienda los intereses del procesado, pues se tenía la oportunidad de presentar una oposición y no se hizo, así como tampoco se mencionó dicha irregularidad en los alegatos de conclusión. Y frente a la declaración de Y.A.T.R, presunta víctima de la causa, cuando se le concedió la palabra a la defensa para que efectuara el conainterrogatorio, el despacho le

solicitó a la abogada que encendiera la cámara, quien respondió *“señora juez, me disculpa, pero es que estoy alimentando el bebé”*, y seguidamente se limitó a preguntar lo siguiente: *¿Usted me puede indicar si estos tocamientos que usted le dijo a la Fiscalía que había hecho su padre, usted me puede indicar si estos tocamientos fueron con ropa o sin ropa? La testigo contesta “con el pantalón bajado” y seguidamente la defensa dice “no más preguntas señora juez”*.

Adujo que tampoco hubo conainterrogatorio frente a FABIO DE JESÚS GIL DÍAZ ni SANDRA PASTORA RÍOS BEDOYA, oportunidad en la que tan solo indicó la togada *“gracias señora juez esta defensa no hará conainterrogatorio toda vez que el señor Fabio gil ya explicó pues que situaciones de la paciente había atendido y que no conoció directamente nada con respecto pues al asunto que nos ocupa en esta diligencia, conoció otros aspectos importantes pues, pero no directamente muchas gracias”*, y *“gracias, señora juez, esta defensa no tiene preguntas y de una vez anuncio que ya no necesita a la señora SANDRA RÍOS como testigo dado que ya está defensora la había solicitado como testigo común”*, respectivamente, a lo que se le suma la actitud censurable de permitir que inicialmente se recibiera este último testimonio de cargo a través de una llamada telefónica, pese a que luego se hiciera por medio de la aplicación de TEAMS, lo que desnaturaliza todo control que se pudiera realizar a la práctica de la prueba e impide ejercer una confrontación o contradicción del testimonio.

Agregó que en la sesión de juicio celebrada el 29 de julio de 2021 la defensa renunció a los testigos que había solicitado, lo que imposibilitó que el procesado pudiera declarar en su propio

juicio y tampoco pudo presentar ni una sola prueba para controvertir la acusación presentada en su contra.

Anunció que todas las anteriores eventualidades son atribuibles a la impericia, falta de interés y negligencia que tuvo la defensa cuando se evacuó la práctica probatoria de la Fiscalía, pues era constante el silencio y la inactividad frente a la presentación de objeciones y la evacuación de los conainterrogatorios, y en las pocas oportunidades que los realizó, hizo preguntas que no eran acordes con una teoría defensiva, sino que, por el contrario, se tornaban lesivas a los intereses del procesado.

Luego, pasó el censor a demostrar la acreditación de los principios que rigen las nulidades razonando que: (i) se estableció que la causal de nulidad impetrada es la violación al principio de defensa –taxatividad-; (ii) quedó acreditado que por la indefensión probatoria no se pudo controvertir la hipótesis delictiva de la Fiscalía –trascendencia-; (iii) se demostraron las omisiones y el desinterés de la defensa que influyeron de manera adversa para el implicado –acreditación-; (iv) el recurso de apelación se presenta en atención a las graves irregularidades observadas en el ejercicio del derecho de defensa del procesado –convalidación-; y (v) habiéndose otorgado poder solo para la audiencia de lectura de sentencia, es este el momento procesal idóneo para elevar la solicitud de nulidad –residualidad-.

De conformidad con lo anterior, deprecó que se revoque la sentencia de primer grado para que en su lugar se

decrete la nulidad de la actuación desde la audiencia preparatoria, inclusive, y como consecuencia de esa declaratoria se ordene la libertad inmediata del señor HÉCTOR MARÍA TILANO PÉREZ, pues si se rehace la actuación los términos para iniciar el juicio oral estarán vencidos ya que el escrito de acusación se radicó el 10 de agosto de 2020.

4. LOS NO RECURRENTES

El Procurador 121 Judicial II Penal de Medellín, luego de transcribir un extracto del escrito de apelación presentado por el defensor, informó que no comparte los argumentos allí planteados y que siendo el único punto del disenso la declaratoria de nulidad, debe ser declarado desierto el recurso por cuanto lo pretendido es que se rehaga el proceso por su entrada tardía del recurrente al mismo.

Apuntó que las diferencias en la concepción de la estrategia defensiva pueden variar entre cada defensor, tal y como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, y que, aunque una opción pasiva también es una estrategia de defensa, en este caso ello no ha ocurrido pues se solicitaron dos testimonios de descargo e igualmente se realizaron preguntas a los deponentes e la Fiscalía, ejercicio del derecho de contradicción que igualmente es un medio de defensa.

Asimismo advirtió el delegado del Ministerio Público que el número de testigos citados a juicio por la defensa no

determina la existencia o ausencia de una defensa técnica, porque es el procesado quien debe proporcionar los elementos materiales probatorios, evidencia física y declaraciones para que el defensor técnico pueda ejercer su rol en debida forma durante las distintas etapas procesales, y en el recurso de alzada no se ha señalado en modo alguno que tales elementos le fueran proporcionados a la defensora y que ésta no hiciera lo adecuado para sustentar una teoría del caso a favor del señor TILANO PÉREZ.

Añadió que (i) el lugar desde el cual se asistiera a la audiencia y las dificultades de conectividad no acreditan la ausencia de una defensa técnica; (ii) no se observó una ignorancia crasa por parte de la defensora de la técnica procesal de la nueva sistemática que impone la Ley 906 de 2004, o una falta de participación de la misma en las audiencias; y (iii) la diferencia de conceptos de cómo se debería haber adelantado la defensa del señor HÉCTOR MARÍA TILANO PÉREZ no da origen a la causal invocada; y (iv) durante el juicio no se incurrió en violación de derechos fundamentales del procesado, por lo tanto, la providencia debe ser confirmada.

Culminó afirmando que deben examinarse las pruebas de cargo para determinar que la Fiscalía ha logrado su cometido de desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, probando la existencia del hecho y la responsabilidad de éste, además que la nulidad, como medida extrema, está delimitada por la satisfacción de unos principios básicos frente a los cuales la defensa no ha cumplido la carga argumentativa que se requiere para dar paso a la invalidación parcial del proceso.

5. CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Colegiatura para conocer por vía de apelación el fallo condenatorio proferido por la Juez Catorce Penal del Circuito de Medellín. Dada la naturaleza rogada de la segunda instancia, el examen se contraerá exclusivamente al único tema del disenso referente a la nulidad de la actuación desde la audiencia preparatoria, inclusive, por violación al derecho de defensa técnica.

Como ha indicado ampliamente la jurisprudencia, en materia de nulidades es preciso agotar una carga argumentativa que involucre las normas que resultaron vulneradas con la supuesta actuación irregular, así como los motivos que la originaron y la demostración precisa de que no existe otra manera de restablecer el derecho afectado, también el defecto nocivo que irradia en la declaración de justicia ya que no se trata de hacer valer cualquier anomalía o hipótesis sin un adecuado sustento, mucho menos una particular percepción de quien la invoca acerca de determinado acto procesal.

Es así como en este evento se procederá a estudiar la intervención realizada por la defensora pública dentro del presente proceso con el fin de determinar si con su comportamiento se produjo una irregularidad sustancial insalvable respecto al derecho de defensa del procesado que amerite declarar la invalidez de la actuación deprecada por el recurrente.

Sobre el tema objeto de controversia, esto es, el específico rol que debe desempeñar el defensor dentro del sistema penal acusatorio, la Corte Suprema de Justicia aclaró:

"En el mismo sentido, nuestro tribunal constitucional determinó los contornos que adquirió la asistencia cualificada en materia penal a partir de las características del procedimiento acusatorio acogido en el Acto Legislativo No 03 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004. Así lo explicó en la sentencia C-127 de 2011:

En relación con el derecho a la defensa técnica, conocido en el modelo de tendencia acusatoria como el principio de "igualdad de armas", la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en sostener que el mismo hace parte del núcleo esencial del derecho a la defensa y al debido proceso, y su garantía plena es particularmente relevante si se considera que de su ejercicio se deriva la garantía de otros derechos como el de igualdad de oportunidades e instrumentos procesales. Para la Corte, el principio de igualdad de armas "constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección".

Por último, esta Corte de Casación desde años atrás ya había aclarado lo concerniente al rol del defensor técnico en el vigente sistema procesal de marcada tendencia acusatoria y sus diferencias con el que antes regía, así:

(...), es evidente que frente al procedimiento reglado en la Ley 906 de 2004, lo dicho por la jurisprudencia en materia de defensa técnica, en cuanto a que la táctica o estrategia concebida por el abogado "...según su fuero interno, capacitación, estilo y actitud ética...", bien puede consistir en asumir una actitud simplemente pasiva, silenciosa, expectante, debe ser revisado y matizado frente al nuevo

ordenamiento procedimental. Una consideración como la aludida, no cabe duda, era admisible en el modelo de enjuiciamiento anterior, de corte mixto, en el que el acusador tenía la obligación constitucional y legal de "investigación integral" e imparcial, es decir, de escudriñar con igual celo lo desfavorable como favorable al procesado; en el que el juez gozaba en forma plena de la facultad o iniciativa probatoria con la misma finalidad, y en el que, por lo mismo, el procesado "...podía permanecer inactivo en el proceso, al tanto de lo que sobre su responsabilidad penal decidieran el fiscal y el juez de la causa".

Pero, en un sistema con tendencia acusatoria, adversarial, en el que la verdad acerca de los hechos no es monopolio del Estado, sino que debe construirse entre las partes, a las que se garantiza la igualdad de armas, y quienes llegan con visiones distintas de lo sucedido a debatirlas en un juicio regido por los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, concentración y el respeto a las garantías fundamentales, con el fin de convencer al juez, tercero imparcial, de su posición jurídica, no es siempre acertado sostener que la defensa técnica se desarrolla en forma válida, efectiva y eficaz con una actitud de inercia, de simple complacencia o indiferencia ante la acusación de la Fiscalía.¹²

Entonces, el derecho de defensa y contradicción en el sistema penal acusatorio cobra especial relevancia por cuanto la ley, en aras de proteger el principio de igualdad de armas, facultó a la defensa para que en asocio con la Fiscalía construyan y aporten las pruebas que se debatirán en el juicio oral y público, las cuales estarán dirigidas a demostrar la teoría del caso asumida por cada parte procesal. Sin embargo, se debe resaltar también que cada defensor tiene libertad para desarrollar su táctica defensiva, no pudiendo confundirse la ausencia de defensa técnica con una postura que advierta vigilancia del proceso y que esté presta a intervenir de la manera que lo considere necesario dentro de las diferentes etapas procesales de la actuación.

¹ Fallo del 11 de julio de 2007, rad. 26827.

² Corte Suprema de Justicia, SP490-2016, radicación N° 45790 del 27 de enero de 2016.

Y sobre el defecto sustancial configurado por la vulneración del derecho a la defensa técnica, la alta Corporación ha reiterado que:

"Para la Sala, la violación al derecho a la defensa real o técnica, se materializa por la inactividad del abogado defensor, generando una situación de abandono e indefensión hacía el representado, por lo que no basta, de cara a la prosperidad del cargo, con la simple convicción de que la asistencia del profesional del derecho pudo haber sido mejor. La jurisprudencia ha sido clara en ese aspecto, precisando que la estrategia defensiva varía según el estilo de cada profesional, en el entendido de que no existen fórmulas uniformes o líneas de acción establecidas. Es decir, la simple discrepancia de criterios defensivos no tiene la fuerza de configurar una violación.

En efecto, establecida la presencia formal de un profesional del derecho y de la realización de algunas actuaciones, se debe acreditar que éstas fueron tan torpes, absurdas y tan manifiestamente equivocadas que dejaron en una indefensión material al procesado que extendió sus efectos al posterior desarrollo del juicio y, eventualmente, a la definición del proceso.

En materia probatoria, se ha establecido que invocar la violación del derecho a la defensa en casación requiere que el demandante enuncie las pruebas que dejaron de practicarse por omisión del abogado defensor, con indicación de su pertinencia, conducencia y utilidad, así como la exposición de una debida argumentación tendiente a evidenciar la posibilidad de haber sacado adelante una defensa más favorable al procesado³.

³ Cfr. CSJ. SP de 22 de abril de 2009, Radicado 26975; CSJ. SP de 14 de noviembre de 2002, Radicado 15640; y CSJ. AP de 12 de marzo de 2001, Radicado 16463.

Por eso, si el demandante en casación, al alegar tal situación, se limita a especular sobre la relevancia que podrían haber tenido determinadas pruebas desde su particular enfoque y un hipotético resultado favorable a la defensa del procesado, sin acreditar objetivamente la aptitud de las mismas para desvirtuar las pruebas en las cuales se fundó la sentencia, no se puede entender por cumplida la demostración de la trascendencia del supuesto vicio de garantía.

La Sala pone de presente que solamente la manifiesta negligencia que deriva de un estándar mínimo de profesionalismo en el curso de la actuación procesal o el ostensible abandono de la acción defensiva, con repercusión perjudicial evidente, reflejada en la decisión definitiva, se podrá sancionar mediante la nulidad, para restablecer los derechos quebrantados. Esto, en orden a restringir los eventos de invalidación como mecanismo extremo y excepcional, frente a reales vicios de procedimiento o de garantía, con grave efecto vinculante en la solución del caso.⁴ (Subrayas fuera del texto original)

En este evento tenemos que el motivo por el cual el actual defensor estima vulnerado el debido proceso en punto del derecho de defensa del inculcado es, en su criterio, la falta de un amparo técnico idóneo durante la evacuación de la audiencia preparatoria y el juicio oral ya que su antecesora incurrió en trascendentales omisiones al desempeñar su función en dichos actos procesales. Considera, por ejemplo, que la abogada de manera ligera solicitó tan solo dos testimonios, el del acusado y otro común con la Fiscalía, peticiones frente a las cuales adicionalmente expuso un juicio de pertinencia sin técnica, que asistía las diligencias desde lugares inapropiados, no presentó teoría del caso, renunció a la práctica de la prueba de descargo y los contrainterrogatorios fueron

⁴ Corte Suprema de Justicia, AP3224-2020, radicación N° 53214 del 18 de noviembre de 2020.

deficientes, dejando al implicado en una clara indefensión probatoria, lo que en su opinión afectó la situación del procesado.

Pues bien, observa esta Colegiatura que no le asiste razón al recurrente porque parte de apreciaciones eminentemente subjetivas, como por ejemplo cuando afirma que la abogada carecía de preparación, idoneidad e interés para enfrentar y sustentar la audiencia preparatoria, además de que no define la trascendencia de los supuestos yerros, aspecto que no se suple simplemente haciendo afirmaciones genéricas sobre garantías fundamentales y descalificando la actuación de su antecesora sin especificar las actuaciones concretas que dejó de ejecutar en la estrategia defensiva.

Un análisis de lo transcurrido en el proceso penal nos permite advertir que ninguna irregularidad ostensible se presentó, pues no puede olvidarse que la defensora de otrora solicitó dos testimonios que le fueron efectivamente decretados por la judicatura, solicitud probatoria que podría considerarse adecuada y conveniente en punto de desarrollar la estrategia defensiva que había establecido. Pero, además, en este específico punto el recurrente no indicó cuáles otros medios de conocimiento deberían haber sido solicitados para que no se viera afectado el principio de igualdad de armas, garantía que, dicho sea de paso, no hace alusión a una simetría en el número de pruebas deprecadas por cada parte, como parece entenderlo el censor, sino que se basa en el equilibrio que se debe tener frente a los medios y garantías judiciales para presentar el caso.

Y respecto a la presunta falta de técnica y preparación del proceso en atención al juicio de pertinencia y conducencia presentada frente a la testigo común solicitada por la defensora, debe decirse que tampoco se observa como sustancial esa situación teniendo en cuenta que dicha deponencia fue decretada por la juez de conocimiento, asimismo, el argumento de que la togada estaba asistiendo la audiencia preparatoria desde un vehículo no deja de ser una simple conjetura por cuanto no se aportó prueba de ello, y el sonido que se escucha al fondo en el audio no es indicativo de esa situación teniendo en cuenta que eran varias las personas que estaban conectadas a la reunión virtual y pudo haber sido producido por el entorno de cualquiera de ellas.

De igual manera, tampoco deviene admisible la aseveración respecto a la desidia de la abogada por la falta de contacto y asesoría jurídica con el procesado antes de la celebración de la audiencia preparatoria, pues recuérdese que, tal y como lo anunció el disenso, el acusado al ser interrogado por la juzgadora de primera instancia sobre la posibilidad de aceptar los cargos respondió que si los aceptaba, eventualidad ante la cual la defensora le dijo a su poderdante que recordara lo que habían hablado anteriormente y solicitó que se decretara un receso para llamar al señor TILANO PÉREZ a la estación de policía donde se encontraba recluido para volver a dialogar con él porque al parecer no le había quedado claro lo acordado, intervención que quedó grabada en el audio de la diligencia⁵.

⁵ Audiencia preparatoria celebrada el 21 de enero de 2021. Registro audio-visual del expediente digital "50AudioPreparatoriaParte1.mp4".

Es así como resulta erróneo sostener que la defensora pública que actuó en la audiencia preparatoria haya abandonado o faltado con el ejercicio de la defensa técnica, pues dentro de los cánones legales y constitucionales a los que se encuentra sometida en razón de su función no está obligada a presentar un número determinado de solicitudes probatorias so pena de que se vea transgredido el principio de igualdad de armas y el derecho de defensa. Y en este punto surge importante destacar que la defensa técnica del procesado depende también de la información relevante que sobre las circunstancias y hechos investigados pueda ofrecer el implicado, por lo que la presentación del acervo probatorio de descargo es una labor que se deriva de un trabajo en común entre el implicado y su defensor.

De acuerdo con lo anterior, no se configura la indefensión probatoria que de manera repetitiva plantea el recurrente, sin que resulte aplicable en este evento el precedente jurisprudencial citado en la impugnación ya que se trata de dos situaciones que no son analogizables, pues obsérvese que en el caso estudiado por la Corte Suprema de Justicia en el radicado 48128 de 2017, la defensora indicó que no enunciaría las pruebas, razón por la cual le fue negada la totalidad de la solicitud probatoria, y ante esta decisión la abogada se abstuvo de interponer los recursos de ley, actuación que en nada se compadece con la analizada en esta instancia.

No puede perderse de vista que quien asistió durante todo el juzgamiento al señor HÉCTOR MARÍA TILANO PÉREZ fue una defensora pública, quien superó los requisitos académicos

y de experiencia profesional exigidos por la institución para obtener su nombramiento.

Por otra parte, el hecho de que la defensora no hubiese presentado teoría del caso y sus conainterrogatorios no fueran extensos no quiere decir, per se, que desconociera el sistema penal acusatorio, por el contrario, la ley procesal penal establece que la presentación de la teoría del caso en la instalación del juicio oral es obligatoria para la Fiscalía General de la Nación, más no para la defensa, por lo que la tesis de un desconocimiento o falta de pericia sobre la materia en perjuicio de los intereses del procesado no tiene cabida aquí.

Y las preguntas que le realizó la delegada de la Fiscalía a M.A.T.R. luego que de ésta manifestara su deseo de hacer uso del derecho constitucional a no declarar en contra de su progenitor se dieron dentro del contexto de la protección personal que deprecó la ciudadana, asunto que es competencia precisamente del ente acusador, lo que de suyo conlleva a que resultara innecesaria la intervención de la defensora del procesado en este asunto, sin que tampoco se le pueda atribuir a esta parte el hecho de que la judicatura de primera instancia hubiese valorado en la sentencia condenatoria esos dichos, aunque se resalta que frente a aquella no se emitió juicio de reproche, precisamente por la ausencia de testimonio.

No se puede hablar entonces de una negligencia o falta de técnica judicial respecto a la labor defensiva que llevó a cabo la anterior abogada y con la cual pudiera haberse vulnerado el

derecho de defensa, pues éste sólo es posible determinarlo en cada caso concreto y frente a los diversos matices que caractericen su específica dinámica, por lo que el particular criterio expuesto ahora por el recurrente no surge suficiente en aras de acreditar una nulidad por falta de defensa.

Y sobre este aspecto indicó la Corte Suprema de Justicia en el radicado 42878:

"En punto de nulidades ocasionadas por la presunta violación al derecho de defensa generada en la supuesta inactividad del sujeto procesal o en las falencias advertidas en su ejercicio, ha sido bastante prolífica la producción jurisprudencial de la Corte en un tema de suyo subjetivo que tiene relación con la independencia y autonomía propias del profesional del Derecho 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"

Y añadió citando fuentes jurisprudenciales anteriores que:

"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 elucubraciones el factor que soporte la existencia del vicio hecho radicar en la ausencia de la defensa técnica, cuando claro se tiene que la tarea defensiva opera de medio y no de resultado" (radicados 29029, 29480, 38132, 39762, 39591, y 42247, entre otros. Subrayas y negrillas fuera del texto original).

Por lo anterior, no observa la Sala la trasgresión de garantías fundamentales alegada por el recurrente como para decretar la nulidad parcial de la actuación, pues la glosa que advirtió en su impugnación no resulta de recibo en atención a que, como ya quedó demostrado, la labor defensiva ejercida en este caso durante la audiencia preparatoria y el juicio oral resulta acorde con los deberes legales y constitucionales que se le imponen a quien ejerce la defensa técnica dentro del sistema penal acusatorio, sin que el desacuerdo con la tesis defensiva planteada por la anterior profesional del derecho sea suficiente en punto de desacreditar por completo esa labor y de paso sustentar la invalidación excepcional de las actuaciones ya surtidas.

6. OTRAS CONSIDERACIONES

Esta Corporación entrará a estudiar oficiosamente el tema de la adecuación típica por la cual fue condenado el señor HÉCTOR MARÍA TILANO PÉREZ, ello atendiendo a los principios de

legalidad de las penas y de favorabilidad como garantías fundamentales del procesado, actuar que se encuentra respaldado en la jurisprudencia que al respecto se ha desarrollado. Y es que obsérvese cómo en la sentencia SP740-2015, radicación N° 39417 del 04 de febrero de 2015, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que:

*"La doble instancia como medio ordinario y eficaz para controvertir decisiones judiciales debe ocuparse de revisar los problemas jurídicos propuestos por el recurrente y los que tengan una conexidad con éstos, **además de los que oficiosamente deban ser asumidos para la protección de derechos y garantías fundamentales y la realización de los fines esenciales de la justicia material en el caso concreto**, situaciones que han de ser resueltas antes de que la providencia adquiera la condición de cosa juzgada.*

*La regla a seguir impone que no puede tener segunda instancia lo que no ha sido materia de decisión en primera, ni lo que ha sido objeto del recurso, **la excepción está dada como se ha dicho por la oficiosidad en protección de garantías y lo que tenga relación necesaria y consecuencial con el asunto que ha sido objeto de examen y decisión por el a quo.***

La Corte Constitucional, al examinar los límites del superior - no propiamente el derecho de acceso a la segunda instancia⁶, o el derecho a impugnar la sentencia condenatoria que se profiere en segundo grado⁷ -, ha señalado puntualmente, en línea con las tesis indicadas, que un juez de apelación carece de competencia plena para pronunciarse "sobre todos los asuntos que tengan alguna relación con la apelación", al punto que puede actuar por fuera de su competencia "cuando profiere

⁶ Corte Constitucional, entre otras, sentencias C 142 de 1993 y C 047 de 2006.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C 792 de 2014, en la cual, entre otros temas, se refiere la Corte a la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria impuesta en segunda instancia por primera vez.

*decisiones que resuelven de manera directa un asunto que **no** fue objeto de decisión por parte del a quo.”⁸*

Lo anterior, con la indispensable aclaración de que aspectos inescindiblemente vinculados con el fallo, es decir, que dependen directamente del supuesto básico analizado y de sus fundamentos o se vinculan de manera necesaria con ellos, pueden ser estudiados por el superior, pues lo que no está autorizado es que se decida de mérito un asunto que no fue tratado en la decisión que se revisa.”(Negritas fuera del texto original).

Entonces, aunque no fue objeto de impugnación, la Sala abordará el tema de la tipificación de la conducta delictiva. Tenemos que al señor HÉCTOR MARÍA TILANO PÉREZ le fue imputada la comisión de los punibles de actos sexuales con menor de 14 años agravado, en concurso heterogéneo con acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado e incesto (artículos 209, 208, 211 numeral 5° y 237 del código penal), calificación jurídica que fue ratificada en el escrito de acusación. Luego de agotado el debate probatorio, la delegada de la Fiscalía en los alegatos de conclusión indicó que como el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado no pudo ser demostrado, solicitaba condena únicamente por el acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado.

En ese sentido, el señor TILANO PÉREZ fue declarado penalmente responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado (artículos 209 y 211, numeral 5° - *La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de*

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T 516 de 2005.

consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil...-), imponiéndosele una pena de trece (13) años de prisión.

Como puede apreciarse, la agravante atribuida al procesado en el delito atentatorio contra la libertad, formación e integridad sexual comparte las mismas circunstancias fácticas que circunscriben el punible de incesto, debiendo entonces en casos como el presente, conservarse aquella que representa mayor abundancia descriptiva, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, tenemos que en la sentencia con radicado N° 50652 del 12 de mayo de 2021, la alta Corporación recordó que desde el radicado 34133 del 25 de mayo de 2011, se fijaron las premisas fundamentales para resolver los debates suscitados cuando con una misma acción se atenta de manera concomitante los bienes jurídicos de la libertad, integridad y formación sexual y el de la familia, concluyendo que:

"En vista de lo anterior, acudiendo al criterio ya anotado y reiterado en providencias de esta Sala de Casación Penal, debe conservarse el tipo penal que reúna mayores elementos de riqueza descriptiva, que en este caso resulta el punible de incesto, procediendo a eliminarse el agravante del artículo 211 numeral 2º."

Adicionalmente, en la providencia N° 36411 del 05 de septiembre de 2013, se consignó lo siguiente:

"Lo importante, en cualquier caso, es que desde la diligencia de indagatoria se le haya atribuido al procesado el núcleo esencial de los hechos por los cuales sea llamado a juicio y, a la postre, condenado en la calificación definitiva del fallo. Y, en este caso, desde la sindicación se le hizo saber a RAGM las acciones por las que, en las decisiones de instancia, fue condenado como autor de la conducta punible de incesto, esto es, los actos sexuales que sostuvo de manera reiterada con su descendiente. Es cierto que por esas mismas acciones fue declarado autor de un concurso homogéneo de actos sexuales con menor de catorce años. Pero mientras este delito afecta el bien jurídico de la libertad y formación sexuales, el de incesto menoscaba el bien jurídico de la familia. Y la Corte ha dejado en claro que sólo hay vulneración del principio de no volver dos veces sobre lo mismo si existe una correspondencia de causa. En otras palabras, "cuando las conductas punibles reprochadas lesionan o ponen en peligro idéntico interés jurídico".

Corolario con lo expuesto, y bajo la perspectiva de que la modificación en la adecuación típica deviene más favorable para el acusado punitivamente hablando, se verificará la real estructuración del delito de incesto en este evento. Y es que las partes acordaron, vía estipulación, la demostración de la plena identidad del procesado y de la víctima, así como el parentesco existente entre ellos, esto es, que el señor HÉCTOR MARÍA TILANO PÉREZ es el progenitor de Y.A.T.R., circunstancia con la cual se satisface el ingrediente normativo del incesto teniendo en cuenta que los actos sexuales con menor de catorce años quedaron acreditados en la condena emitida por la primera instancia.

⁹ Sentencia del 06 de septiembre de 2007, radicación 26591.

En consecuencia, se realizará la redosificación de la pena eliminando la agravante de que trata el numeral 5° del artículo 211 de la Ley 599 de 2000. Entonces, el delito de actos sexuales con menor de catorce años tipificado en el artículo 209 del código penal, modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008, dispone que *“el que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años”*.

Siguiendo con los criterios expuestos por el a quo en su análisis de la pena concreta a imponer¹⁰, se fijará el mínimo de la sanción, esto es, 108 meses (lo que equivale a 9 años), cifra que se incrementará en las mismas proporciones señaladas por la primera instancia en razón del concurso homogéneo de actos sexuales con menor de catorce años -9 meses- y del concurso heterogéneo con incesto -6 meses-, para un total de la sanción privativa de la libertad de ciento veintiséis (123) meses. En el mismo tiempo se fijará la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Finalmente, llama la atención de la Sala el tiempo transcurrido entre la constancia secretarial que informaba sobre la presentación del recurso de apelación y las alegaciones del no recurrente¹¹ y la remisión de la actuación para el trámite posterior, pues véase que a pesar que desde el 27 de septiembre de 2021 se concedió la impugnación vertical, fue solo hasta el 08 de julio de

¹⁰ Razonamiento realizado en la página 25 de la sentencia de primera instancia proferida el 06 de septiembre de 2021 por la Juez Catorce Penal del Circuito de Medellín.

¹¹ Pieza procesal del expediente digital “46ConstanciaSecretarialyAutoConcedeRecursoApelación.pdf”.

2022 que el expediente digital fue enviado a esta Corporación para lo de su cargo. Así las cosas, se EXHORTA a la Juez Catorce Penal del Circuito de Medellín para que en adelante proceda de manera ágil y diligente frente a los trámites necesarios para la remisión de los expedientes y así garantizar los derechos de las partes.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: NO DECRETAR LA NULIDAD PARCIAL de la actuación surtida en la primera instancia. En consecuencia, se **ORDENA** mantener en firme la sentencia proferida el 06 de septiembre de 2021 por la Juez Catorce Penal del Circuito de Medellín.

SEGUNDO: MODIFICAR LOS NUMERALES PRIMERO Y SEGUNDO de la sentencia de naturaleza y origen conocidos, aclarando que se condena al señor HÉCTOR MARÍA TILANO PÉREZ como autor del concurso homogéneo de actos sexuales con menor de catorce años, en concurso heterogéneo con incesto (artículos 209 y 237 del código penal), y como consecuencia de lo anterior se le impone la pena de **ciento veintitrés (123) meses de prisión**. En el mismo tiempo se fija la sanción accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

TERCERO: EXHORTAR a la Juez Catorce Penal del Circuito de Medellín para que en adelante proceda de manera ágil y diligente frente a los trámites necesarios para la remisión de los expedientes y así garantizar los derechos de las partes.

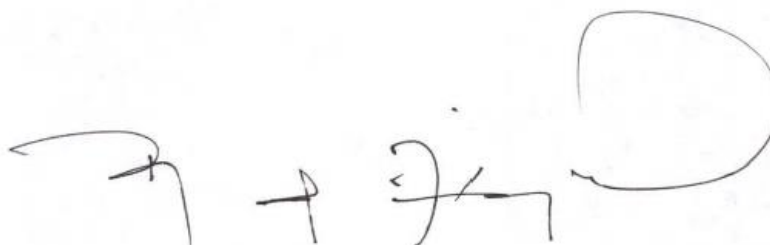
CUARTO: Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, de conformidad con el artículo 183 de la Ley 906 de 2004.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA

Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ

Magistrado



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Magistrado