



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Acusatorio ordinario: 2019-01396

Aprobado mediante acta 031

Medellín, febrero veintiocho (28) de dos mil veintitrés (2023).

Se decide el recurso de apelación presentado por el defensor contra la sentencia condenatoria dictada el pasado 30 de junio por el Juez Primero Penal del Circuito de Bello (Antioquia) en contra de Brayan Estiven Arboleda como autor del delito de acceso carnal violento.

ANTECEDENTES

1. La sentencia.

El juicio tuvo los siguientes escenarios: i) como hechos exentos de prueba acordaron la identidad del acusado; ii) la Fiscalía hizo comparecer a la víctima Daniela Alejandra Zuluaga Machado, Farid de Jesús Machado Ibarra (su abuela), Yeimi Alejandra Zuluaga Machado (madre), Fabio de Jesús Gil Díaz (médico) y Robinson Yassis Cuesta Asprilla (investigador

C.T.I.), y iii) la defensa presentó a Joan Armando Berrío González, amigo del acusado, y este rindió su declaración final.

El Juez encontró probado que Brayan Estiven Arboleda accedió violentamente con su pene la vagina de la menor Daniela Alejandra Zuluaga Machado. Los hechos ocurrieron en la madrugada del día 4 de agosto de 2019 en zona despoblada del municipio de Copacabana, a la altura de la Curva de Rodas, antiguo basurero, indicándose que, en vez de dirigirse en la motocicleta a otro sitio para seguir departiendo, desvió el trayecto, acudió a una zona boscosa y la acometió a golpes, antes y después de la penetración.

No habiendo duda de que ocurrió un encuentro sexual, tal como lo admitió el acusado, el fundamento de la responsabilidad penal lo sustentó en la credibilidad que le concedió a la exposición de la víctima, la que encontró corroborada con los testimonios de sus familiares y el médico legista, que recibieron el relato y percibieron huellas materiales y emocionales del mismo. Asimismo, descartó al testigo de la defensa González Berrío por no haber estado en el instante de los sucesos.

En cuanto a las sanciones y forma de ejecución, impuso la pena de prisión y la inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mínimo legal de 144 meses. Asimismo, negó por razones objetivas la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria previstas en los artículos 63 y 38 del Código Penal, a más de la prohibición contenida en los

artículos 68A del mismo código y 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

2. La apelación.

Como única pretensión, el defensor solicitó la declaratoria de la nulidad de la actuación: “hasta la audiencia preparatoria” o “a partir de la etapa en la cual se avizore la configuración de la trasgresión a la garantía de la defensa técnica”.

Presentó las siguientes falencias, todas dirigidas a cuestionar la actividad de su antecesor:

- En la audiencia preparatoria se omitió la petición de pruebas que pudiesen *aminorar o resistir la pretensión punitiva*, como era los testigos presenciales que departieron con la víctima y el procesado.
- No hubo plan metodológico.
- No se presentaron fotografías de reconstrucción del lugar de los hechos.
- No se realizaron entrevistas a las personas que pudiesen ofrecer referencias entorno a la reconstrucción de los momentos previos, concomitantes y posteriores.
- No se efectuó el correcto interrogatorio de la testigo número uno, específicamente del minuto 53 al 58 de la

audiencia del 23 de marzo, que inclusive el defensor fue reprendido por el juez al no realizar una objeción. Se omitió efectuar preguntas que pudiesen denotar contradicciones de la testigo, en especial la verificación de manifestaciones de la víctima en la atención urgente que recibió en la Unidad Intermedia de Santa Cruz donde realizó afirmaciones diferentes.

- No se actuó correctamente en la audiencia prevista en el artículo 447 del CPP, en especial porque no se informó las condiciones personales relacionadas con su marginalidad dado que es una persona con poco nivel académico de una zona de la ciudad donde las circunstancias de vida no le permiten acceder a educación sexual, y el ambiente de la sociedad es bastante hostil. Además, no cuenta con padres de familia y el único faro de autoridad ha sido su abuela.

- Llamó la atención sobre unas manifestaciones que hizo un familiar del procesado al Consejo Superior de la Judicatura, solicitando el cambio de apoderado, por la ausencia de comunicación de quien era el defensor de entonces. En palabras de su hermana: *"no vemos resultados y no nos sentimos conformes sino mal representados"*. Pero para el momento de la petición, pese al palmarés y experiencia del abogado José Jacinto Bedoya Urrego, no se conocían las situaciones de salud del defensor, de quien dijo que es hoy difunto.

- Comunicó que adelantó actividades investigativas en las que obtuvo entrevistas de Jhon Jairo Mendigaños Morales, Carolina Ortiz Cardona, Marta Inés Arboleda Zapata, Ledia María Cifuentes Rendón, y encontró que eran pertinentes. Ellos tuvieron contacto con el defensor y pudieron experimentar de primera mano la condición física y mental del profesional, colocando entre paréntesis “*mal de Parkinson*”. Su comunicación oral estaba deteriorada, así como su orientación en tiempo y espacio y no daba respuestas a lo que se le preguntaba y a las labores defensivas que estaba adelantando.

- Con lo anterior reclamó la revisión de las grabaciones de las audiencias y del álbum fotográfico que anexó. La trascendencia la definió así: *si se hubiera hecho una adecuada petición de pruebas e interrogatorios, con las personas que estuvieron de fiesta y una correcta contradicción, se hubiese podido resistir la pretensión o aminorarla*. Se viola por ausencia de defensa técnica el debido proceso, que se presentó desde su designación como defensor.

CONSIDERACIONES

La garantía del derecho de defensa reclama la presencia de un profesional idóneo en el conocimiento de nuestro sistema procesal. La Corte Constitucional, acerca de la asistencia calificada, sentencia C-069 de 2009, expuso:

“... hace parte del núcleo esencial del debido proceso, cuyo propósito no es otro que ofrecer al sindicado el acompañamiento y la asesoría de una persona con los conocimientos especializados para la adecuada gestión de sus intereses”, agregando que de esta última se exige “..., en consideración a su habilidad para utilizar con propiedad los medios e instrumentos de defensa previamente instituidos, adelantar una actuación diligente y eficaz, dirigida asegurar no solo el respeto por las garantías del acusado, sino también a que las decisiones proferidas en el curso del proceso se encuentren ajustadas a derecho”¹.

Se cuestiona la idoneidad del anterior defensor, abogado José Jacinto Bedoya Urrego, que ejerció su actividad desde la audiencia preparatoria² hasta el día 2 de diciembre de 2021 (que comprendió todas las sesiones del juicio, anuncio del sentido del fallo y artículo 447 del C.P.P.), dejándose constancia que en la lectura del día 28 de enero siguiente no se pudo realizar por su fallecimiento y ausencia de uno de la defensoría. El nuevo, según documento 26 de la carpeta, inició su actividad desde el día abril 27 de 2022 y actuó solo en la notificación de la sentencia del 30 de junio de 2022, en la que presentó recurso de apelación y luego adujo la sustentación que nos ocupa.

De los argumentos presentados por el apelante se extraen dos tipos de censuras, que organizamos así: i) ausencia de aptitud mental para desempeñar el cargo y ii) carencia de diligencia en su desempeño.

¹ Sentencia C-069 de 2009.

² Vease documento # 9, acta de octubre 20 de 2020.

Respecto a la primera, la sustentó en un conjunto de "pruebas" (en sentido amplio) que presentó con ocasión del recurso y del que demanda su revisión. Señaló que impartió una orden de trabajo a una egresada de la Escuela Nacional de Criminalística y Ciencias Forenses, Marcela Chavarro Osorio, el día 16 de mayo de 2022, de cuya labor se adjuntó al recurso: álbum de fotos extraídos de las audiencias, agregándose la opinión de movimientos erráticos o dificultades para hablar; artículo de la Revista Chilena de Neuropsicología sobre la enfermedad del Parkinson; entrevistas a *Brayan Estiven Arboleda, Carolina Ortiz Cardona, Jhon Jairo Mendigaño Morales, Ledia María Cifuentes Rendón y Marta Inés Arboleda Zapata*; concepto de aptitud ocupacional del abogado y resumen y opinión de las intervenciones del anterior defensor.

El argumento es equivocado, inicialmente por una razón procesal. Debería conocer el apelante que el escenario de una sentencia de segunda instancia no es un espacio en el que se autoriza la presentación de pruebas o medios de conocimiento; basta leer al respecto el artículo 179 del C.P.P. La única actuación permitida consiste en, acorde con una debida sustentación del recurso, examinar si la sentencia cometió algún error de hecho o de derecho en la valoración de la prueba, o si en trámite procedimental se incurrió en alguna desatención lesionadora de una garantía fundamental, premisa última que se hace, no con base en una nueva actividad probatoria, sino exclusivamente en lo ocurrido en el juicio. En este tópico lo relevante e incuestionable que evaluamos, es que el Juez consideró al abogado Bedoya Urrego como un interlocutor válido del acusado y de su ejercicio no percibió ni ausencia ni deficiencia.

Pero, además, su naturaleza impertinente es evidente. Algunos de los documentos son ilegales (concepto médico, no autorizados por el abogado fallecido), inidóneos (una estudiante investigadora conceptuando sobre una enfermedad psiquiátrica, es ciertamente absurdo) y otras son interesadas y parcializadas que surgen cuando, conocido el sentido de fallo, se consiguen unos declarantes para denigrar del abogado defensor meses después de culminado el juicio y anunciado el sentido de fallo.

El segundo cargo, ausencia de diligencia en la actividad defensiva, también es equivocado. La naturaleza especulativa es indudable y parte de una premisa indemostrable: dio por autoevidente que si el abogado apelante la hubiera ejercido, otra estrategia y acciones hubiera hecho, las que concibe de antemano y con seguridad, exitosa. Nótese que una de las razones del recurso que fue destacada fue la queja de los familiares del acusado en el sentido de que no se habían obtenido resultados.

Hemos sostenido que no hay "un debido proceso" para el ejercicio del derecho de defensa, esto es, una metodología específica de actuación conectada a la validez del proceso y es, por demás incorrecto, que los jueces intervengan en dicha labor en un proceso penal de partes, muy propio de las profesiones liberales que surge "*de la base del respeto del conocimiento que cada persona tenga de las materias de las que se ocupa*"³.

El diseño de estrategias que cada profesional puede elaborar es disímil, hasta pueden ser opuestas o incluir acciones u omisiones, y lo importante es descartar la indefensión en que pudo quedar el acusado, que comprende los conceptos de pasividad o absoluta impericia. Inclusive son tan amplias e indeterminadas las opciones de defensa, que mañana perfectamente otro defensor diferente tendría razones para censurar el recurso de apelación que nos ocupa.

La Sala Penal de la Corte, ha recordado frente a este tipo de censuras, por ejemplo, el pasado 2 de septiembre (AP4000-2022-Radicación 61867, lo siguiente:

“(...) ha decantado una sólida línea jurisprudencial frente a los contenidos materiales del ejercicio defensivo, al reconocer que el defensor goza de un amplio margen de discrecionalidad en la definición de su estrategia defensiva, puesto que no todos tienen la misma formación ni existen «fórmulas uniformes» que obliguen a enfrentar cada caso de una determinada manera (CSJ SP, 22 abr. de 2009, rad. 26975, SP154-2017, rad.48128, SP3949-2019, rad. 55929 y AP1887-2020, entre otras).

Es práctica frecuente, generalmente desacertada, que cuando el procesado cambia de abogado, quien asume el encargo se dedica a cuestionar la actividad defensiva realizada por su antecesor, por equivocado, descuidado o inepto, entre otros múltiples motivos, con la pretensión de lograr la invalidación del proceso. Esto ha llevado a la Sala a sostener, de manera invariable, que la simple discrepancia de criterios en torno a la ruta defensiva

³ CSD. SP. Auto de 28 de septiembre de 2006, radicación 25247, citando a la sentencia con radicación 10424.

que debió seguirse en un determinado contexto, en modo alguno constituye motivo de nulidad (Crf. AP1614-2019, rad. 50261 y AP2537-2021)”⁴. (Se destaca).

El superior tono especulativo sobresale, cuando culminó el juicio y se conoce el resultado persuasivo al que llegó el Juez. Sobre este tema, la Sala Penal el 13 de julio de 2022 (AP3079-2022-Radicación N° 58063), indicó:

35. Bajo esa óptica, tratándose del desconocimiento del derecho a la defensa técnica, es imperativo demostrar que el procesado careció por completo de asistencia profesional a lo largo de la actuación o que, a pesar de contar nominalmente con un abogado encargado de su ejercicio, aquél desatendió los deberes que el cargo le impone, generando una situación de total desamparo.

36. En este último supuesto, la inactividad del defensor no se acredita solo con anteponer una maniobra defensiva alterna y descalificar las actuaciones de quienes tuvieron a cargo esa labor, porque cada profesional tiene la posibilidad de diseñar su propia táctica y la mera disparidad de opiniones sobre ese aspecto carece de incidencia para evidenciar el incumplimiento de la gestión encomendada, sin que sea posible establecer, de manera concreta, la estrategia más conveniente a los intereses del procesado. En ese sentido, mediante CSJ AP 28 ago. 2013, rad. 41.736, la Sala puntualizó:

dicho cuestionamiento a la labor de un profesional que antecede en la labor no ostenta la idoneidad de erigir un menoscabo del derecho de defensa, a no

⁴ CSJ, SCP, AP498-2022, rad. 59.971, 16 de febrero de 2022.

ser que se trate del desamparo absoluto de la gestión.

En la misma dirección, se ha recalcado que la estrategia de defensa, así la intervención se haya limitado a pocos actos materiales, varía dependiendo del estilo de cada profesional, dado que no existen fórmulas uniformes ni estereotipadas. Simplemente, se reitera, cada defensor diseña la táctica que, a su juicio, resulte más adecuada y se ajuste mejor a su estilo o a la visión que tiene del proceso, de modo que la simple disparidad sobre ese punto no tiene la entidad de socavar el derecho de defensa técnica.

En nuestro caso, no hay ninguna inactividad, pasividad o desconocimiento absoluto de las formas del sistema procesal que nos ocupa, y más bien se concentra el apelante en destacar que en la actividad del profesional anterior incurrió en tal o cual omisión, que de una vez advertimos todas son desacertadas.

Para comenzar, se observa que el anterior defensor presentó una teoría del caso razonable y pertinente para enfrentar la acusación, avizorando el nivel de prueba que iba a presentar la Fiscalía desde el descubrimiento, como era sostener que se trataron de unas relaciones sexuales consentidas, y así también lo defendió en su alegato de conclusión. Para este fin, presentó dos pruebas, el testimonio de Joan Armando Berrío González, amigo del acusado, y la declaración final de este, los cuales fueron desestimados. El primero, porque no fue testigo del desenlace delictivo final y el segundo por, en últimas, tener más convicción la exposición de la víctima,

ambas conclusiones sin refutación en el recurso. Es una expresión ambigua y sin sentido concreto, cuando el apelante expone que *"No se realizaron entrevistas a las personas que pudiesen ofrecer referencias entorno a la reconstrucción de los momentos previos, concomitantes y posteriores"*. Es que lo ocurrido antes sí fue abordado, en la relación sexual no hubo testigos y de lo acaecido después, no se suministró algún dato que para la defensa fuera importante.

Respecto al cargo de una deficiente actividad probatoria, se indicaba en la anterior providencia de la Corte, *"no es suficiente enunciar los medios de convicción que el defensor de turno dejó de solicitar, sino que es necesario argumentar, en un contexto racional, la incidencia favorable de los mismos, mediante una aproximación de su contenido, así como confrontarlo con los elementos de juicio que soportan la decisión condenatoria"*. El defensor apelante no sabe si hay algo significativo, persuasivo y concreto, diferente a la actividad adelantada por el abogado fallecido.

En otra arista del alegato, ninguna argumentación introdujo el apelante en orden a sustentar el porqué las fotos del lugar tienen alguna utilidad, cuando el mismo acusado admitió que las relaciones sexuales ocurrieron en la soledad en que se hallaban, ningún agregado en cuanto al lugar enunció. Lo que no reparó el apelante es que fotos del lugar sí fueron obtenidas por el investigador del CT.I. Yassir Cuesta, las que fueron descubiertas, decretadas e introducidas, y fuera de ilustrar y ratificar una narración que reveló unas condiciones idóneas para que el acceso carnal violento hubiera ocurrido, que, se

repite, también lo ratificó el acusado, no expresan algún dato para refutar la acusación.

Ninguna relevancia se expuso en cuanto a que se debió interrogar en debida forma al testigo número uno para ostentar contradicciones con sus declaraciones anteriores. Se trata de una opinión especulativa, que parte de un inadmisibles entendimiento que si se encuentra tal o cual divergencia, surge el juicio de descredito. Y también se yerra en la tesis de que si el Juez hizo algún llamado de atención o corrección a las partes e intervinientes, que en la práctica judicial generalmente ocurre, significa per sé que hubo un abandono de sus responsabilidades.

Ahora, en otro orden censuró al anterior defensor por su inactividad en la audiencia del artículo 447 del C.P.P. porque no informó las condiciones personales relacionadas con alguna supuesta marginalidad por falta de educación, el entorno familiar y social, que entendemos está relacionado con la expresión "aminorar" la pretensión. Si es que estaba pensando en la atenuante de culpabilidad prevista en el artículo 56 del C.P., la noción equivocada desde lo procesal y sustantivo que ostenta el apelante es evidente. Como atenuante de responsabilidad, la prueba se debe presentar en el juicio ya que *"desde el punto de vista procedimental, el traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004 no es una oportunidad válida para que los intervinientes busquen el reconocimiento de circunstancias que afecten los extremos punitivos de la conducta (CSJ AP1582 – 2021)"*, a más de que los requisitos de este instituto reclaman no solo la causa sino la conexión determinante con el injusto y que llama la atención iría en

contravía con lo expuesto por el acusado, ejemplo claro de lo desafortunado que puede resultar las críticas que se realicen a la actividad cumplida por otros abogados.

En el concepto de trascendencia de la irregularidad, también yerra el apelante. Lo entiende como un pronóstico *“toda vez que, si se hubiera realizado una correcta petición de pruebas en audiencia preparatoria, con realización de plan metodológico de investigación para la defensa, reconstrucción de los hechos, tanto previo, concomitante y posterior al hecho típico, con realización de entrevista a las personas que estuvieron en la fiesta, como la presentación de estos testigos al juicio oral y una correcta contradicción de los medios practicados en juicio, se hubiera podido llevar a cabo una auténtica refutación práctica de la pretensión punitiva, pudiendo entonces resistir la misma o aminorar las consecuencias jurídicas de esta”*. Como no se probó ninguna deficiencia, lo que denomina el recurrente “trascendencia”, es simplemente su inadmisibles opinión que demuestra que se trata de una disparidad de criterios, insuficiente para anular el proceso.

Por lo visto, la sentencia apelada, cuestionada solo respecto al procedimiento legal adelantado, será confirmada.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA

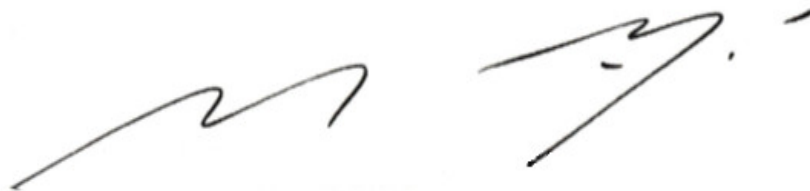
Confirma la sentencia apelada e informa que procede el recurso de casación. Cítese a audiencia virtual para su notificación.

Cúmplase

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN