

p L

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

Radicación 47607

SP202-2018

(Aprobado en acta N°48)

Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de LUIS CARLOS TARAPUEZ GAONA contra la sentencia de segundo grado de 27 de noviembre de 2015 mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la proferida por el Juzgado Treinta y Dos Penal del Circuito del mismo Distrito Judicial, que lo condenó como responsable del concurso homogéneo de delitos de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Se investiga a LUIS CARLOS TARAPUEZ GAONA con ocasión de los actos libidinosos que desde noviembre de 2012 a mayo de 2013 le realizó a la menor C.X.CH.T, de nueve años de edad para ese entonces, en la casa que compartía con la familia de ésta en el barrio Altamar de la capital de la República.

Ante el Juzgado Once Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá se cumplió el 26 de mayo de 2014 la audiencia de formulación de imputación en contra de TARAPUEZ GAONA por el concurso de delitos de actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado. El imputado no aceptó los cargos y no fue afectado con alguna medida de aseguramiento al desistir la fiscalía de ello.

Presentado el 22 de julio de 2014 el escrito de acusación por el citado concurso delictual, de conformidad con los artículos 209; 211, numeral 2º; y 31 del Código Penal, el 29 de agosto siguiente se cumplió en el Juzgado Treinta y Dos Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá la audiencia de formulación de la misma.

En ese despacho judicial se surtieron las audiencias preparatoria y de juicio oral, en ésta última se anunció sentido de fallo de carácter condenatorio, por eso, a través de sentencia de 9 de septiembre de 2015 se declaró su responsabilidad penal como autor del concurso delictual objeto de acusación, al imponerle las penas de ciento cincuenta (150) meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, sin concederle la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria. En consecuencia, se libró la respectiva orden de captura sin que se tenga hasta ahora noticia que la misma se haya hecho efectiva.

En virtud del recurso de apelación elevado por el defensor del procesado, el Tribunal Superior de Bogotá a través de sentencia de 27 de noviembre de 2015, confirmó la condena, por lo cual un nuevo profesional insistió por medio de la impugnación extraordinaria, allegando la respectiva demanda de casación, la cual luego de admitida fue sustentada ante esta Sala.

DEMANDA

Acude a la causal segunda de casación para solicitar la nulidad del diligenciamiento ante la infracción del derecho a la defensa.

Justifica el recurso en el respeto de las garantías de los intervinientes, la efectividad del derecho material y la unificación de la jurisprudencia a fin de que la Corte analice cuál ha de ser el estándar que se exige en el sistema penal acusatorio para la debida defensa de los acusados, si basta la presencia de un abogado que asista a las audiencias, interponga los recursos, formule la teoría del caso o si por el contrario, se hace exigible que esté actualizado en torno al debate jurídico y la forma de ejercer la defensa.

Lo anterior, porque según estima, el apoderado que representó los intereses del procesado en la fase del juicio tenía una equivocada comprensión del derecho penal y de la dinámica propia del sistema acusatorio colombiano, convirtiéndose en un simple espectador, actitud que permitió arribar a la sentencia de condena.

Para el demandante, fue errada la estrategia defensiva cifrada en la antijuridicidad en los delitos sexuales, al punto que su predecesor solicitó pruebas insustanciales, como las declaraciones de una amiga de la niña y la rectora del colegio donde estudiaba, así como del arrendatario del inmueble del procesado, para acreditar que la vida académica y las relaciones de vecindad de la menor eran normales, aspectos que para el casacionista no tenían relación con el objeto del debate y que en nada beneficiaron al inculcado.

Según el censor, basarse en el rendimiento académico y personal de la niña para cuestionar la antijuridicidad de las conductas al decir que no se había lesionado o puesto en peligro el bien jurídicamente protegido era una teoría del caso carente de viabilidad, ya que la línea jurisprudencial ha fijado que en esa clase de delitos la afectación a la libertad y formación sexuales se presume de derecho, de ahí que la discusión debió haberse cifrado en la tipicidad objetiva o subjetiva o en la culpabilidad.

Finalmente, afirma que también el anterior defensor se dolió de no haberse realizado una investigación integral al absurdamente decir que la Fiscalía no le había practicado a la niña el examen médico sexológico y la valoración psiquiátrica, desconociendo con ello que bajo

el sistema acusatorio la defensa debe tener una actividad investigativa activa.

Por lo tanto, solicita a la Corte declarar la nulidad de la actuación a partir de la audiencia preparatoria.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El demandante

Se mantuvo en los argumentos expuestos en su libelo y ratificó su pretensión de anulación del diligenciamiento dada la afectación del derecho a la defensa, al insistir en que no basta la presencia de un abogado titulado, sino que debe advertirse un ejercicio calificado según sus conocimientos especializados, asunto éste último que no se cumplió en este caso.

2. El representante de la Fiscalía

Es partidario de no casar el fallo confutado, porque si bien la tesis del demandante es interesante y sugerente desde el punto de vista académico, ya que no es suficiente en el rol de defensor técnico un abogado titulado, sino que es menester su conocimiento especializado a fin de oponerse a la pretensión de la Fiscalía, aquí el margen de maniobra no era muy amplio frente a las condiciones concretas del señalamiento de TARAPUEZ GAONA por parte de la niña de ser quien la sometió a los vejámenes, así como lo escrito en su diario y sus manifestaciones en la cámara Gessel, luego ratificadas en la audiencia de juicio oral.

Pone de presente que el casacionista criticó al anterior defensor pero no explicó cómo otro profesional habría presentado una teoría del caso para desbaratar la de la fiscalía, o cuáles elementos materiales probatorios debió solicitar para generar efectos benévolos en la situación del procesado.

Y que tampoco el censor determinó respecto del examen sexológico y la valoración

sicológica de la niña cuál habría sido su necesidad, utilidad y conducencia o cómo con ellos se habría podido descartar la existencia del hecho, esto es, los tocamientos libidinosos —máxime que por la forma en que sucedieron no había la posibilidad de heridas o contaminación por fluidos—, o si se habría acreditado el grado de afectación de la menor, su tendencia a fabular o un eventual síndrome de alienación parental.

Para el representante de la Fiscalía, el desarrollo de las audiencias denota que el apoderado del enjuiciado hizo su mejor esfuerzo y no se ve de qué manera algún otro profesional hubiera enfocado alguna variante defensiva.

3. El Delegado del Ministerio Público

También pide no casar la sentencia. Luego de detallar las actuaciones del defensor, señala que desarrolló activamente su cargo al ejercer el contradictorio, atacar el descubrimiento probatorio de la fiscalía, solicitar el diario de la menor, exponer pruebas para impulsar su teoría del caso, además, alegar que no hubo actos libidinosos, ni mediaban los síntomas tradicionales en los casos de violencia sexual.

Que precisamente la actividad desplegada lo llevó a solicitar la emisión de sentencia absolutoria al reparar en la inexistencia de elementos materiales probatorios, lo incompleto del diario y por no haber determinado científicamente la afectación del bien jurídico tutelado, ni demostrado el aspecto libidinoso ya que en su parecer se trataba de un juego.

Por último, afirma que si bien el apoderado no pidió el dictamen sexológico y psicológico de la niña, elementos de convicción que le incumbían a la defensa, tal yerro no trascendió ya que la prueba de cargo era suficiente para acreditar la responsabilidad del procesado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En primer lugar, no colabora en el propósito del censor que en aras de unificar la

jurisprudencia la Corporación precise el estándar del defensor en el sistema penal acusatorio bajo los baremos de su presencia, actuación y actualización de sus conocimientos en los campos penal y procesal, porque tal tema ha sido abordado con suficiencia por la Sala al detallar que el derecho a la defensa es una garantía material y efectiva la cual impone a los funcionarios judiciales la obligación de velar por su ejercicio, esto es, vigilar la gestión a fin de que la oposición a la pretensión punitiva del Estado se amolde a los parámetros de diligencia debida en pro de los intereses del inculcado.

Efectivamente, la Corporación¹ con las aristas que demarcan el sistema acusatorio colombiano ha recalcado que el derecho a la asistencia jurídica cualificada escogida por el procesado o provista por el Estado, consagrado en el artículo 29 del texto constitucional², debe manifestarse como garantía intangible, real o material y permanente, bajo el entendido que es irrenunciable, ha de ser palpable y efectiva con actos de gestión en pro de los intereses del procesado a lo largo de todo el trámite procesal.

En la misma línea de pensamiento la Sala ha destacado que se requiere de un abogado con habilidades y conocimientos suficientes de cara a desvirtuar la teoría del caso sostenida por la Fiscalía, lo cual se acompasa con el principio adversarial y el de igualdad de armas por ello, debe asumir una carga dinámica ante la franqueza que rodea el juego dialéctico de la tesis y antítesis planteadas en el juicio.

Aquí el recurrente denuncia un vicio de garantía ante la falta de diligencia y eficacia del profesional que lo antecedió al criticar la teoría del caso expuesta en el juicio, porque en su parecer no apuntó al tema del debate y se basó en pruebas que en nada favorecieron a TARAPUEZ GAONA.

Para establecer si la gestión defensiva no se ajustó a una diligencia debida y tuvo incidencia directa en la parte dispositiva del fallo es menester recordar que la Fiscalía formuló acusación contra LUIS CARLOS TARAPUEZ GAONA por los episodios de tocamientos

sexuales que desde el 3 de noviembre de 2012 hasta el mes de mayo de 2013 le realizó a la niña C.X.CH.T de nueve años de edad, consistentes en tocarle la cola y la vagina, besarla, hacer que ella le acariciara el asta viril, entre otras, predicando así su compromiso penal en el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo.

Frente a ello y en cuanto a los escenarios propicios para el descubrimiento de la prueba, en la audiencia de formulación de acusación, cumplida el 29 de agosto de 2014, una vez el defensor se enteró de los elementos materiales probatorios con que contaba la Fiscalía y de las pruebas que pretendía hacer valer en juicio, manifestó que para ese momento no contaba con elementos materiales probatorios por descubrir.

Ya en la audiencia preparatoria, celebrada el 23 de abril de 2015, el defensor en primer lugar cuestionó que el diario de la menor en el que supuestamente había plasmado los hechos, hubiera sido aportado de forma incompleta ya que sólo obraban catorce páginas. Una vez el fiscal le aclaró que sólo contaba con esas hojas y que no podía exigirle a la niña la entrega de la totalidad del diario, el togado acotó que ello impedía establecer quien aportó o maniobró tal documento, insistiendo que en virtud del principio de igualdad de armas la defensa debía conocer todo su contenido.

Sin embargo, tal situación fue resuelta por el juez de conocimiento al poner de presente que no se causaba alguna lesión a las garantías procesales del inculcado el contar con sólo catorce páginas del diario, porque desde el escrito de acusación la defensa tenía conocimiento de la existencia de esas hojas y tuvo acceso a las mismas.

Seguidamente el defensor descubrió la solicitud al Colegio San Pedro Claver relacionada con el rendimiento académico y de convivencia de la niña para el periodo de octubre 2012 a mayo de 2013, la respuesta dada por la rectora Norma Alejandra Díaz y la directora de convivencia.

Así mismo, indicó la finalidad que buscaba con las declaraciones de las siguientes personas:

1) Bertulfo Becerra Quintero y Blanca Cecilia Ávila, quienes vivieron en la residencia de TARAPUEZ GAONA y podían dar cuenta de las relaciones de convivencia existentes entre éste con Mónica Rodríguez, su compañera permanente, así como con la niña y su progenitora, toda vez que la casa era compartida por varias familias y podían dar luces del comportamiento de la menor y del trato dado por el procesado.

2) Mónica Rodríguez Amaya, compañera permanente del procesado para el mismo fin relacionado con la convivencia en el inmueble.

3) Una menor amiga de la víctima y sus progenitores para indicar la relación de amistad de las niñas, ya que era mencionada en el diario de la víctima como su confidente y se podía establecer si mediaba esa confianza entre ellas.

4) Norma Alejandra Díaz Rojas, rectora del colegio donde estudiaba la ofendida para introducir las constancias relativas a su rendimiento escolar y acreditar el comportamiento de la niña en el periodo de ocurrencia de los hechos.

El fiscal se opuso a la petición de escuchar las declaraciones de Bertulfo Becerra Quintero y Blanca Cecilia Ávila, así como los de los padres de la niña amiga de la víctima por ser en ambos casos repetitivas, y el juez accedió a tal pedimento dado que sólo admitió la declaración de Becerra Quintero por su utilidad, pues podría denotar las particularidades de la convivencia y comportamiento del procesado con la menor y con su progenitora. También admitió la declaración de la niña confidente de la ofendida.

Ante esa determinación el defensor interpuso el recurso de reposición insistiendo en que la declaración de Mónica Rodríguez era útil por cuanto al ser la compañera permanente del procesado era la persona que más le constaba la relación de la niña con él, pero el juez se mantuvo en su decisión, porque el apoderado no había señalado previamente la

pertinencia de la prueba y la diferencia que mediaba con las declaraciones de los otros residentes de la casa de habitación del inculcado.

Por su parte, también el defensor hizo actos de gestión en relación con la petición probatoria de la fiscalía que se basaba en las declaraciones de:

- 1) La víctima para narrar las circunstancias y consecuencias de los hechos e incorporar las copias del diario.
- 2) La progenitora de la menor para denotar los hechos, los cambios de comportamiento de su hija, de cómo se enteró del abuso sexual y de su relación con el acusado.
- 3) Nelson Julián Burbano, investigador que recibió la información del diario de la niña.
- 4) Gladys Rocío Mise, psicóloga del CTI de la Fiscalía que entrevistó a la niña para incorporar el video contentivo de esa diligencia.
- 5) Francisco Marcelo Bernal quien recibió la denuncia a la progenitora de la menor.

El apoderado se opuso a la declaración del investigador Nelson Julián Burbano al argumentar que lo relativo al diario de la menor se trataría con la declaración de la niña y su progenitora, a lo cual el juez accedió negando la recepción de tal testimonio.

Vale aclarar que fue objeto de estipulación probatoria la identidad del procesado y la minoría de edad de la víctima.

Este recuento permite avizorar que no hubo una simple presencia formal del defensor en la audiencia preparatoria, ni desatendió sus deberes profesionales, porque con el fin de integrar el contradictorio, exhibió los elementos materiales probatorios, anunció las pruebas que haría valer en la audiencia de juicio oral las cuales tenían conexión con los hechos y se opuso tanto al aporte fraccionado del diario como a una declaración que pretendía la

fiscalía, además, ejerció el acto de impugnación ante la negativa a una de sus pruebas.

Ahora, en la audiencia de juicio, iniciada el 29 de mayo de 2015, la teoría del caso de la fiscalía se centró en que se estaba ante un abuso sexual contra un infante por alguien que se ganó su confianza, asegurando que probaría más allá de toda duda que entre noviembre de 2012 a mayo 2013 en el propio hogar de la menor fue sometida a tocamientos lascivos por parte de TARAPUEZ GAONA.

Y si bien el defensor no presentó teoría del caso, no se debe olvidar que ello es facultativo para la defensa, según las previsiones del artículo 371 de la Ley 906 de 2004, en tanto que para la Fiscalía si se constituye en deber ineludible exponerla antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas.

Los esfuerzos del apoderado en esa diligencia estuvieron encaminados a cuestionar el alcance de las pruebas ofrecidas por el ente acusador. No solo interrogó a sus declarantes y contrainterrogó a los presentados por la fiscalía, sino que insistió en el aporte fraccionado del diario y la diferente grafía de sus páginas, admitida por la niña cuando en la audiencia de juicio oral no reconoció lo escrito en la última hoja, todo lo cual lo llevó en las alegaciones finales a solicitar la emisión de sentencia absolutoria con el argumento basilar que mediaban vacíos y dudas probatorias que impedían condenar a su asistido.

De igual manera, el togado buscó alejar la connotación sexual de los tocamientos partiendo de las afirmaciones de la menor relacionadas con que estos siempre se dieron por encima de la ropa y que LUIS CARLOS no llegó a tocarle su vagina, destacando que todo obedecía a juegos y cosquillas según también el relato de la víctima, premisas con las que el profesional sostuvo que los actos al no tener un carácter erótico no se adecuaban a lo dispuesto en el artículo 209 del Código Penal.

Y si bien paradójicamente en las alegaciones finales se dolió de un acto que le correspondía adelantar a él como defensor, al echar en falta los exámenes sexológico y psicológico,

porque le imponía como parte recolectar y ofrecer los elementos de convicción necesarios para oponerse a la prueba de cargo, ello tiene justificación ya que en su postura resaltaba que en la declaración espontánea de la niña no había mencionado algún acto de contenido sexual y sólo tal aspecto se había desprendido de la lectura que se le conminó a hacer del diario, por ello denotó que el dictamen habría permitido establecer su estado de salud basado en que las reglas de la experiencia indican que los ataques sexuales quedan en la memoria al ser eventos traumáticos que se recuerdan de forma precisa y directa, sin que sea necesario leer para poder afirmar que ocurrieron.

En efecto, esa ausencia de las valoraciones médicas de la niña fue utilizada por el defensor para deslindar el ánimo lascivo o lujurioso en los actos investigados al señalar que en el diario aparecía escrito que a la niña LUIS CARLOS le había tocado la vagina, pero en la declaración de ella en el juicio había indicado que no se la había tocado.

Puede parecer desafortunada la afirmación que hizo en la alegación en el sentido que al no estar probado algún trauma en la menor no había afectación al bien jurídicamente tutelado en la arista de la formación sexual, porque en esta clase de eventos se presume de derecho la incapacidad del menor de 14 años para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de la sexualidad, sin embargo es claro que el defensor entendía la dimensión de tal presunción cuando hizo mención a que la ley presume esa falta de madurez de los menores, para seguidamente afirmar que la peritación psicológica habría dado luces en relación con algún daño en la salud mental de la niña, un trastorno por estrés post traumático, miedo, depresión, déficit de atención, etc.

En apoyo de su pretensión de sentencia absolutoria el anterior defensor citó una decisión del Tribunal Superior de Bogotá de 24 abril 2014 (rad 110016000017201303460) que revocó una condena por actos sexuales abusivos al señalar que el bien jurídico tutelado ha sido utilizado para castigar cualquier tocamiento abusivo o aproximación corporal, beso o toque furtivo de nalgas para darle connotación penal olvidando que esas conductas gamberras no

tienen el alcance del ánimo lascivo como elemento subjetivo esencial para la estructuración del delito.

A su turno, trajo a colación la decisión de la Corte Suprema de Justicia de 2 de julio de 2008 (radicación 29117) en la que se destacaba que el acto erótico sexual ha de ser idóneo para satisfacer la lujuria del agente o de la víctima y que debe alcanzar el grado de agravio o perjuicio para la libertad, integridad o formación sexual, premisas con las cuales concluyó el profesional que en este caso todas esas circunstancias no se configuraban, porque los tocamientos se dieron en un simple juego y a tratos normales de la convivencia de la niña con TARAPUEZ.

En este orden, deviene diáfano que el discurso del otrora defensor no se basó específicamente en la falta de antijuridicidad del comportamiento, porque puso de resalto los vacíos e inconsistencias probatorias que impedían, en su criterio, condenar a TARAPUEZ GAONA, de ahí que la descalificación de esa gestión que hace ahora el casacionista del anterior defensor no se materialice, pues aquél no fungió como simple espectador, porque actuó con diligencia en el proceso de formación de la prueba, además sus actos de abarcaron la presentación de alegatos e impugnación tanto de la negativa a una prueba, como del fallo de primer grado.

Tampoco se puede concluir que los actos procesales del apoderado del enjuiciado fueron la base de la condena, toda vez que en la audiencia de juicio oral la menor C.X.CH.T. indicó claramente que LUIS CARLOS TARAPUEZ en varias oportunidades la besó, le tocó la cola y la ‘florecita’ —término que empleaba para referirse a la vagina—, así mismo, señaló los lugares de la casa en los cuales sucedieron esos episodios: la sala, las escaleras y la terraza.

Sus alegaciones relacionadas con la autenticidad del diario y la ausencia de tinte sexual de los tocamientos fueron atendidas cuando se destacó judicialmente lo manifestado por la

niña en la audiencia de juicio oral en el sentido que todo lo que había escrito en su diario era lo que había vivido.

En apoyo de las manifestaciones de la niña se puso de presente su diario el cual relataba detalladamente los encuentros con LUIS CARLOS, la forma como la “manoseaba” hasta cuando la hizo tocarle el miembro viril, así como las impresiones de asco y odio a esas situaciones, que también plasmó en ese diario, por eso el Tribunal concluyó que: “la declaración de la menor resulta digna de credibilidad, es lo suficientemente sólida, coherente e integral como para permitir una clara representación mental de lo acontecido, sin interferencias o desviaciones que la desvirtúen y, en cambio, con suficientes detalles y circunstancias, como el momento en que el adulto la forzó a tocarle con sus manos el pene, que le imprimen veracidad pues se corresponde con vivencias personales que de otra manera no sería fácil mantener como invento al relatar una y otra vez en diferentes ocasiones”.

Y en cuanto a la antijuridicidad, el juez plural subrayó que si bien el abogado había citado algunas decisiones, ellas no resultaban vinculantes, porque tratándose de comportamientos sexuales no era menester demostrar un determinado menoscabo emocional de la víctima ya que lo reprochable penalmente es el aprovechamiento abusivo por parte del sujeto de la condición de inmadurez de la víctima dada su minoría de edad, y aquí refulgía la efectiva e injustificada afectación del bien jurídicamente tutelado por los frecuentes tocamientos hechos a la niña de nueve años por parte de TARAPUEZ GAONA.

Con esta perspectiva es claro que el casacionista solo cuestionó la eficacia del profesional que lo antecedió a partir de los resultados, además, como lo hace ver el Fiscal en la audiencia de sustentación del recurso de casación, no planteó una nueva táctica defensiva, ni mostró cuál arista de oposición a la pretensión punitiva del Estado habría salido adelante a fin de modificar el fallo de condena.

Consecuentemente, al no advertir irregularidad capaz de afectar la validez del trámite procesal, el cargo postulado no tiene vocación de prosperidad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. CSJ SP 19 oct. 2006, rad. 22432; SP 11 jul. 2007, rad. 26827, SP 27 ene. 2016, rad. 45790, entre otras.

2 Igual consagración se establece en los artículos 8.2 literales d) y e) de la Convención de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972) y 14.3 del Pacto de Nueva York (Ley 74 de 1968).