

SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS N° 2

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

STP8059-2018

Radicación n° 98993

(Aprobado Acta No. 205)

Bogotá D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS:

Resuelve la Sala la acción de tutela instaurada por la apoderada especial de JOSÉ VICENTE URQUIJO en procura del amparo de su derecho fundamental al debido proceso, presuntamente vulnerado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Al trámite fueron vinculados el Juzgado 49 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la misma ciudad y las partes e intervinientes reconocidos al interior del proceso penal seguido contra el actor.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN:

La actuación tiene su génesis en la denuncia instaurada por O. L. U. F., según la cual, el 4 de marzo de 2014 fue convocada por la orientadora del colegio donde estudiaba su hija T.Y.V.U. de 15 años, luego de que ésta afirmara que su abuelo materno abusó sexualmente de ella «de tiempo atrás» hasta cuando tenía 13 años. En concreto, relató varios episodios

de tocamientos y acceso carnal.

Más adelante, en otra entrevista, T.Y.V.U. aseguró que su hermana Y.A.V.U. también sufrió esos abusos, hechos que fueron corroborados por esta última.

Por lo anterior, el 25 de enero de 2015 la Fiscalía General de la Nación lo acusó ante el Juzgado 49 Penal del Circuito de Bogotá con Función de Conocimiento como autor de acceso carnal abusivo en menor de 14 años agravado y actos sexuales en menor de 14 años agravado, ambos en concurso homogéneo y sucesivo.

Culminado el juicio, el Despacho de conocimiento condenó a JOSÉ VICENTE URQUIJO a la pena principal de 26 años de prisión, tras encontrarlo penalmente responsable de las conductas atribuidas. No le concedió el sustituto de prisión domiciliaria ni la ejecución condicional de la pena.

Contra la anterior determinación la defensa interpuso recurso de apelación. Para el efecto, argumentó que la providencia de primera instancia se edificó en pruebas de referencia, las cuales, aseguró, no fueron valoradas adecuadamente.

El 10 de mayo de 2017 la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá revocó parcialmente esa decisión y, en su lugar, absolvió a JOSÉ VICENTE URQUIJO del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo respecto de la víctima Y.A.V.U.

Consecuente con lo anterior, fijó el quantum de la pena en 23 años y seis meses, ratificando la sanción impuesta por los punibles de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado y actos sexuales con menor de 14 años agravado de los que fue víctima T.Y.V.U.

El 18 de mayo de 2017, durante el traslado correspondiente, el defensor del actor interpuso recurso extraordinario de casación contra el fallo de segunda instancia. Sin embargo, el 7 de julio siguiente desistió del mismo al no lograr un acuerdo económico con el peticionario.

Por tal motivo, éste solicitó la intervención de la Defensoría del Pueblo, entidad que emitió concepto desfavorable a su requerimiento. Finalmente, la providencia adversa a sus intereses cobró ejecutoria.

Afirmó que la Corporación judicial accionada incurrió en defecto sustantivo, en razón a la contradicción existente entre los fundamentos de su decisión y la parte resolutive. Agregó que se le impuso una pena basada en una norma inexistente para la época de los hechos.

Frente al primer cuestionamiento, destacó que las pruebas acopiadas en relación con las dos víctimas fueron las mismas, a saber: informe sexológico de clínica forense, entrevista forense y declaración de la orientadora del colegio. No obstante lo cual, las conclusiones respecto de cada una fue disímil.

Lo anterior, por cuanto determinó que el acervo probatorio resultaba insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de JOSÉ VICENTE URQUIJO por los hechos relatados por Y.A.V.U., pero no por aquellos referidos por T.Y.V.U. En lo esencial, discutió que en este último caso el Tribunal le imprimió a la anamnesis contenida en el examen sexológico el carácter de prueba pericial psicológica, pese a que fue suscrito por una médica legista y no por un experto en la materia debidamente acreditado.

En lo atinente al segundo punto de controversia, aseveró que la pena impuesta constituye una flagrante violación del principio de legalidad.

Destacó, acorde con el escrito de acusación, que la menor T.Y.V.U. situó temporalmente el primer tocamiento en el año 2003, cuando tenía cinco años, lo cual, en su criterio, constituye razón suficiente para acudir al texto original de los artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000 y no, como ocurrió, a los aumentos introducidos con la Ley 1836 de 2008, vigente desde el 23 de julio de esa anualidad.

En el mismo sentido, rechazó la aplicación del agravante del numeral 5º del artículo 211 de

la Ley 599 de 2000 con la modificación de las Leyes 1836 y 1257 de 2008, en tanto no se encuentra inmerso en ninguna de las circunstancias descritas en su texto original: «Se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo.»

Por tal motivo, acudió ante el juez de tutela para reclamar la protección de su derecho fundamental al debido proceso. Por consiguiente, solicitó que se deje sin efectos el fallo de segunda instancia para, en su lugar, absolverlo de la totalidad de los cargos formulados por la Fiscalía General de la Nación. En su defecto, demandó que se revise la dosificación de la pena de cara a los principios de legalidad y favorabilidad.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN:

Por auto del 7 de junio de 2018, la Sala admitió la demanda y corrió el respectivo traslado a los sujetos pasivos aludidos.

La Fiscalía 235 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá se opuso a la prosperidad de la presente solicitud de protección constitucional. Afirmó que la actuación seguida contra el actor se surtió con plena garantía de su derecho fundamental al debido proceso.

Por su parte, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá remitió copia del fallo de segunda instancia, sin aludir a los fundamentos de la demanda de tutela.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Al tenor de lo normado en el numeral 5º del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, la Sala es competente para resolver este asunto en primera instancia, por cuanto el procedimiento involucra un tribunal superior de distrito judicial.

Como se advirtió, la pretensión principal de la presente demanda de tutela está encaminada a dejar sin efectos el fallo de segunda instancia proferido contra el actor, por haber incurrido en un supuesto defecto sustantivo. De manera subsidiaria, se solicitó la revisión de la dosificación punitiva aplicada. Por tal motivo, se analizarán dichos aspectos de manera autónoma.

I. Del defecto sustantivo alegado.

En primer lugar, se advierte que la censura resulta inoportuna, dado que se produce más de un año después de la expedición de la sentencia de segunda instancia controvertida. El lapso es excesivo y desproporcionado.

El principio de inmediatez, que constituye requisito de procedencia de la acción de tutela, exige que quien sienta lesionados o amenazados sus derechos fundamentales, la interponga en un término razonable. De lo contrario, no se explicaría la necesidad de acudir a este mecanismo excepcional de protección. (Sentencia SU - 961 de 1999, reiterada entre otras, en la sentencia T - 309 de 2013).

Aún si se pasara por alto el incumplimiento de tal presupuesto, encuentra la Sala que el demandante pudo controvertir el fallo de segunda instancia a través del recurso extraordinario de casación, aduciendo argumentos similares a los expuestos en la demanda de tutela, relacionados con los supuestos yerros en la valoración de la prueba que determinó su declaratoria de responsabilidad.

Como no agotó ese medio de defensa, la solicitud de amparo se torna improcedente -numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991-, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional -Sentencia T - 1217 de 2003-.

En ese orden, resulta evidente que el descuido puesto de presente permitió que las decisiones reprochadas cobraran firmeza, situación que no puede modificarse a través de la vía constitucional, ni siquiera como mecanismo transitorio, pues para acceder al amparo bajo esa modalidad es necesario que el interesado haya hecho uso adecuado de todos los medios ordinarios dispuestos por el legislador (Cfr. Sentencia SU - 111 de 1997).

Al parecer, el accionante pretende justificar su incuria en el hecho de que el Programa de Casación de la Defensoría del Pueblo conceptuó que en su caso no era viable acudir al recurso extraordinario de casación propuesto por su defensor.

Sin embargo, para la Sala es manifiesto que el análisis desfavorable realizado por esa entidad en ninguna manera le impidió al interesado recurrir en casación el fallo de segunda instancia, ni cercenó su derecho de acceso a la administración de justicia, en tanto dicho servicio es discrecional y dependiente de las circunstancias propias de cada caso.

Al margen de lo anterior, la Sala encuentra que, contrario a lo asegurado por la parte actora, las pruebas recaudadas frente a cada una de las víctimas no son las mismas. Durante el juicio la Fiscalía interrogó a la médica legista que realizó el examen sexológico a la menor T.Y.V.U. y a la psicóloga investigadora del CTI que entrevistó a la menor Y.A.V.U.

Sin embargo, encontró que si bien la primera se refirió a sus propias conclusiones y hallazgos al momento de realizar la anamnesis que sirve de base al examen pericial, la segunda sólo pudo hacer alusión a una entrevista forense que realizó a Y.A.V.U., actividad que, en palabras de la Corporación accionada «dista de una verdadera valoración de “orden pericial”».

Ello, explicó, debido a que la labor que se le encomendó a la investigadora no estuvo dirigida a realizar un estudio psicológico a la víctima, sino a impulsar la investigación y acopiar elementos de prueba que sirvieran de base a un examen pericial. Así las cosas, concluyó que dicha prueba no podía valorarse conforme con las previsiones del artículo 420 de la Ley

906 de 2004:

«Apreciación de la prueba pericial. Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas.»

A la par, destacó que el médico legista que valoró a Y.A.V.U., encontró que la menor «tenía himen normal íntegro, no elástico, no presentaba síntomas de contaminación venérea, el examen anal fue normal y no encontró lesión», motivo por el cual, al ser interrogado en juicio, dejó entrever que no tenía una idea clara de la conducta del procesado. Simplemente afirmó que los hallazgos reseñados no significan que la víctima no haya dicho la verdad.

Por esas razones, el Tribunal consideró que los elementos materiales probatorios aportados respecto de Y.A.V.U. no ofrecen la suficiente fuerza suasoria para desvirtuar la presunción de inocencia en cabeza de JOSÉ VICENTE URQUIJO.

Ahora bien, en abierta contradicción con lo aseverado por la apoderada especial del demandante, encuentra la Sala que la anamnesis realizada por la médica legista que examinó a T.Y.V.U. fue valorada como una experticia médica y no psicológica. Se tuvo en cuenta la narración efectuada por la perito en relación con los comportamientos de la menor durante su encuentro. Así, por ejemplo, relató que la víctima impidió la realización del examen genital y «emprendió en llanto» en varias oportunidades.

Sobre el particular, está Corte ha señalado que los informes periciales son medios de convicción autónomos y, además, que las declaraciones rendidas por las víctimas antes del juicio oral tienen el carácter de prueba directa en relación a lo percibido durante su recepción, como sería, para el caso examinado, la evidente afectación de la menor T.Y.V.U. al narrar los hechos de los que fue víctima. (CSJ SP, 16 Mar 2016, Rad. 43866).

Por ende, no son de recibo los argumentos expuestos por la defensa para censurar la valoración probatoria realizada por la Corporación judicial accionada y, mucho menos, para asegurar que existe una evidente contradicción entre lo considerado y lo resuelto.

Se insiste, los testimonios y elementos de juicio fueron apreciados en conjunto y, a partir de éstos, se determinó cuáles eran suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia del procesado y cuáles no respecto de cada una de las víctimas.

II. De la legalidad de la pena.

En lo atinente a la legalidad de la dosificación de la pena impuesta y a la inaplicación de la Ley 1236 de 2008 respecto de los delitos ejecutados antes de su entrada en vigencia, es palmario que dicho aspecto no fue referido en curso de la apelación propuesta contra la sentencia de primera instancia. Sin embargo, al ser un aspecto de relevancia constitucional y constituir una flagrante violación a los derechos fundamentales del actor, será examinado con el propósito de evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Lo anterior, en razón al mandato del artículo 29 Constitucional, acorde con el cual, el debido proceso se erige como un derecho fundamental aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas, que incluye dentro de su núcleo esencial la garantía de juzgamiento «conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa.»

Ahora bien, la jurisprudencia especializada ha sostenido que las conductas de actos sexuales con menor de 14 años y acceso carnal abusivo con menor de 14 años son de ejecución instantánea y, por tanto, se consuman en una sola acción.

En consecuencia, no hay duda de que en eventos como este, en los que se juzga un concurso homogéneo de dichos punibles, algunos hechos delictivos tuvieron lugar antes del

23 de julio de 2008, fecha de entrada en vigencia de la Ley 1236 de 2008, y otros se ejecutaron bajo su imperio.

En ese orden, acorde con la jurisprudencia de la Sala, resulta inadmisibile que el juzgado de conocimiento haya omitido valorar esa circunstancia y, en franco desconocimiento del principio de favorabilidad, haya efectuado la dosificación punitiva como si todas las conductas concursales hubieran tenido lugar en vigencia de la Ley 1236 citada.

Tal determinación pasó por alto que el asunto bajo examen es un concurso homogéneo de conductas cometidas entre el 2003 y el 2012, lapso durante el cual se introdujeron varias modificaciones al texto original de los artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000 que, sin lugar a dudas, resultan más gravosas a los intereses del procesado. (CSJ SP, 7 Oct 2015, Rad. 46482).

Bajo los mismos presupuestos, resulta desacertada la aplicación del numeral 5º del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008, respecto de todas las conductas que concursan, pues, se insiste, muchas de éstas tuvieron lugar antes del 4 de diciembre de 2008, fecha de su entrada en vigencia.

Por las razones expuestas, se tutelaré el derecho al debido proceso del actor y se ordenará al Juzgado 49 Penal del Circuito de Bogotá con Función de Conocimiento que, dentro de los 15 días siguientes a la notificación de este fallo, redosifique la pena impuesta a JOSÉ VICENTE URQUIJO, únicamente respecto del quantum correspondiente a las conductas cometidas en vigencia del texto original de la Ley 599 de 2000, incluido el agravante previsto en el numeral 5º del artículo 211.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas N° 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso de JOSÉ VICENTE URQUIJO y, en consecuencia, ORDENAR al Juzgado 49 Penal del Circuito de Bogotá con Función de Conocimiento que, dentro de los 15 días siguientes a la notificación de este fallo, redosifique la pena impuesta a JOSÉ VICENTE URQUIJO, únicamente respecto del quantum correspondiente a las conductas concursales cometidas en vigencia del texto original de la Ley 599 de 2000, incluido el agravante previsto en el numeral 5º del artículo 211.
2. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
3. De no ser impugnada esta decisión, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria