

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Magistrado Ponente

AP3875-2023

Radicación N° 63326

Aprobado según acta n° 238

Bogotá D.C., seis (6) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

I. ASUNTO

1. La Sala decide sobre la admisión de la demanda de casación presentada por el defensor de MARCO ALIRIO LÓPEZ HERRERA, contra la sentencia de 11 de octubre de 2022, por medio de la cual el Tribunal Superior de Yopal (Casanare) confirmó la proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad, que lo condenó en calidad de autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

II. SITUACIÓN FÁCTICA

2. Para el 24 de octubre de 2016, MARCO ALIRIO LÓPEZ HERRERA se desempeñaba como docente y director del grado tercero A de la institución educativa San Agustín, sede Santo Domingo, del municipio de Aguazul (Casanare). Ese día, citó a sus alumnas N.X.V.G. y P.V.A.A.1, de 8 años de edad, para que acudieran a las dos de la tarde a las instalaciones del colegio, con el supuesto propósito de presentar las pruebas Saber2.

Una vez las menores llegaron a la escuela, MARCO ALIRIO LÓPEZ HERRERA las invitó su residencia ubicada en la carrera 6 No. 14-45, barrio Araguaney, a donde los tres se desplazaron en la moto AKT, color azul, con placas ASX-53, de propiedad del procesado.

3. En días anteriores, N.X.V.G. y P.V.A.A. habían sido objeto de abusos similares en la sala de informática del colegio San Agustín, a donde MARCO ALIRIO LÓPEZ HERRERA las llevó a solas, les besó la boca e hizo que las niñas le tocaran el pene con sus manos.

4. De lo sucedido, N.X.V.G. le contó a Yesica Alejandra Henao, técnica con atención a la primera infancia y en acompañamiento en actividades pedagógicas, quien de inmediato les informó a las progenitoras³ de las menores de estos hechos y se interpuso la correspondiente denuncia.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

5. El 11 de noviembre de 2016⁴, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Aguazul (Casanare) se llevó a cabo diligencia en la que la Fiscalía General de la Nación obtuvo la legalización de la captura de MARCO ALIRIO LÓPEZ HERRERA⁵ y le formuló imputación en calidad de autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, tipificado en los artículos 209 y 211 -numeral 2º-6 de la Ley 599 de 2000 (modificados por los artículos 5º y 7º de la Ley 1236 de 2008); cargo al que no se allanó el procesado.

De igual modo, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario. No obstante, el 2 de febrero de 2018⁷, el Juzgado Primero Penal Municipal de Control de Garantías de Popayán ordenó su sustitución por las no privativas de la libertad contenidas en los numerales 3º, 4º, 5º y 7º -literal B- del artículo 307 del Código de Procedimiento Penal⁸ (Ley 906 de 2004).

6. Presentado el escrito de acusación⁹, el asunto correspondió por reparto al Juzgado

Tercero Penal del Circuito de Yopal, ante el cual se formuló la acusación el 1º de febrero de 2017, sin modificaciones respecto de la calificación jurídica de la conducta punible¹⁰.

7. Celebrada la audiencia preparatoria¹¹ y el debate oral y público¹², el 6 de septiembre de 2022 el juez de conocimiento dictó sentencia en la que negó la nulidad planteada por la defensa y declaró a MARCO ALIRIO LÓPEZ HERRERA autor penalmente responsable del ilícito de actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo¹³.

En consecuencia, lo condenó a 208 meses de prisión y como accesoria le impuso la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal. Le negó los mecanismos sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. Por tanto, emitió orden de captura en su contra¹⁴.

8. Apelada por la defensa esa providencia, el Tribunal Superior de Yopal la confirmó mediante decisión de 11 de octubre de 2022¹⁵, determinación contra la cual el apoderado de MARCO ALIRIO LÓPEZ HERRERA interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación, de cuya admisibilidad se ocupa ahora la Sala.

IV. LA DEMANDA DE CASACIÓN

9. Al amparo de la causal segunda de casación prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el recurrente postuló un único cargo por violación del derecho a la defensa técnica de LÓPEZ HERRERA.

10. En su criterio, la ausencia de “habilidades y conocimientos mínimo (sic) para litigar en el Procedimiento Penal Acusatorio”¹⁶ de su antecesor, concretamente, en la audiencia preparatoria, dejó al sentenciado en una situación de indefensión, por cuanto:

10.1. No expuso las razones de pertenencia, conducencia y utilidad del testimonio del

investigador Leonardo Casas Castañeda, quien recepcionó doce (12) entrevistas; tampoco, de los oficios dirigidos al rector del colegio San Agustín y a la Comisaría de Familia, y del “informe (sic) de psicología forense de la profesional Martha Patricia Peña Díaz (sic)”¹⁷. De ahí, que los delegados de la fiscalía y del Ministerio Público solicitaran la inadmisión de dichos medios probatorios, conforme lo establecido en el artículo 359 de la Ley 906 de 2004¹⁸.

10.2. La pretensión del anterior defensor de que se permitiera escuchar en juicio a Argenis Reyes Rodríguez, Melba Patricia Puerto Mejía, Helena Patricia Chacón Gutiérrez, Laura Bautista Patiño, Erika Amparo Zipa Cely, Marilsen Martínez Rosas, Laura Katherine Rojas Ramírez, Edgar Ramírez Gallego, Nerlly Patricia Sánchez y María Martínez Becerra, respecto del comportamiento y condiciones personales del procesado, evidencia la falta de instrucción de la profesional sobre el sistema penal acusatorio, pues era claro, que se trataban de testimonios repetitivos.

10.3. “Únicamente se limitó a recurrir el rechazo de un informe base de opinión que a esa fecha no había sido descubierto por la fiscalía de una psicóloga forense, desconociendo lo previsto en el artículo 415 de la Ley 906¹⁹”²⁰.

11. Además, expuso el demandante que fue tal el grado de indefensión del procesado, que el delegado de la Procuraduría General de la Nación solicitó la nulidad de la audiencia preparatoria, solo que, el juez de conocimiento no accedió a su pretensión; y, por el contrario, decretó algunos de los elementos de conocimiento deprecados por la defensa, “como para que no se quedará (sic) sin pruebas”²¹.

12. Así mismo, indicó que su estrategia, desde que asumió la representación de MARCO ALIRIO LÓPEZ HERRERA en el juicio oral, se vio limitada por las falencias advertidas en la audiencia preparatoria, las cuales no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal Superior de Yopal al estudiar la nulidad planteada en el recurso de apelación interpuesto contra el fallo

de primer grado, por este tópico.

13. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 457 de la Ley 906 de 2005²², solicitó a la Corte casar la sentencia recurrida; y, en consecuencia, decretar la nulidad de lo actuado desde la audiencia preparatoria, a fin de que se garanticen los derechos del procesado y se reparen los agravios infringidos a éste.

V. CONSIDERACIONES

14. El demandante acudió de manera expresa a la causal prevista en el numeral 2º del artículo 181 de la Ley 906 de 2004. En su sentir, la gestión de su antecesor en la audiencia preparatoria fue deficiente porque no conocía los institutos que irradian el sistema penal acusatorio.

15. Ciertamente, en relación con ese motivo de censura, ha precisado la Corte²³ que la negligencia del defensor en el desarrollo y concreción de las labores inherentes a su función, o la ostensible ignorancia, incompetencia o falta de instrucción respecto de las reglas y principios que rigen la Ley 906 de 2004, lesionan de manera grave el derecho de defensa técnica.

No obstante, también se ha establecido que en cada caso concreto se debe determinar si ese desconocimiento tuvo o no injerencia cierta y efectiva en las decisiones cuestionadas, pues, para conseguir la declaratoria de nulidad es preciso demostrar que la anomalía denunciada incidió en la declaración de justicia contenida en el fallo impugnado (principio de trascendencia), dado que el recurso extraordinario de casación no puede sustentarse en especulaciones, conjeturas, afirmaciones carentes de demostración o en situaciones ausentes de quebranto.

16. Por tanto, si lo que se cuestiona es una indebida defensa, no es suficiente indicar qué tipo de falencia se presentó y en qué etapa procesal, pues ello se agota en la acreditación;

más allá, el censor está en la obligación de explicar a la Corte, en concreto, de qué manera la afectación de tal componente condujo a la adopción de una decisión injusta, que inexorablemente habría tenido que ser distinta si no se hubieran presentado las cuestionadas deficiencias.

17. En este asunto, el demandante a partir de una crítica a la gestión del abogado que representó al procesado quiso probar que dicho profesional no era competente en el manejo del sistema procesal acusatorio; pues, particularmente, no solicitó de manera adecuada los medios de conocimiento necesarios para mantener incólume la presunción de inocencia. Sin embargo, no precisó ni mucho menos demostró la objetiva incidencia de tales falencias de cara a las conclusiones del fallo cuestionado.

18. En relación con la desidia que el actor le endilga al profesional que lo precedió, ante la errada exposición de la pertinencia, conducencia y utilidad del testimonio del investigador Leonardo Casas Castañeda, de los oficios dirigidos al rector del colegio San Agustín y a la Comisaría de Familia, y del “infirmo (sic) de psicología forense de la profesional Martha Patricia Peña Díaz (sic)”; para la Sala, no se evidencia la posible configuración de una afectación seria y trascendente del derecho a la defensa técnica.

Lo anterior, como quiera que si bien, no se decretaron dichos elementos probatorios por el incumplimiento de la carga argumentativa mínima, lo cierto es que, no en todos los casos en que se deniegan pruebas procede la nulidad. Por el contrario, es necesario acreditar que de haberse decretado y practicado aquellas que fueron inadmitidas por su indebida petición, el resultado hubiese sido diferente a la condena emitida.

Empero, esta labor no la acató el demandante. La forma en que formuló el reproche torna clara su precariedad demostrativa, por cuanto solo cuestionó la postulación probatoria del defensor, pero no expuso por qué la incorporación de los citados documentos y el testimonio de Leonardo Casas Castañeda alterarían las conclusiones a las que arribaron los

falladores.

19. Incluso, algunas de las razones en precedencia fundamentaron la negativa del funcionario de primera instancia, en la audiencia preparatoria, de acceder a la petición del Ministerio Público de decretar la nulidad por una supuesta indebida defensa técnica.

Por tanto, es improcedente que, bajo idénticos presupuestos y valiéndose de lo pedido por el delegado de la Procuraduría, el recurrente pretenda que se invalide lo actuado. Mas aun, cuando no esbozó ninguna censura contra lo argumentado en su oportunidad por el juez de conocimiento; esto es, por un lado, que el defensor sí expuso la pertinencia, conducencia y utilidad de varias de las pruebas de descargo, al punto que se decretaron aquellas que le interesaban para demostrar su teoría del caso, y se negaron las que era repetitivas; y, por otro, que no se podía alegar el desconocimiento del sistema penal acusatorio, pues, a manera de ejemplo, “la solicitud de rechazo de pruebas que se solicitó por su parte fue debidamente sustentado como corresponde, distinto es que no fuera acogida por este funcionario”²⁴.

20. Ahora, no es demostrativo de la vulneración de la garantía a la defensa técnica, el hecho de que el apoderado de LÓPEZ HERRERA haya solicitado, de forma repetitiva, varios testimonios con el propósito de acreditar cómo era el comportamiento del sentenciado con otros estudiantes del plantel educativo San Agustín de Aguazul (Casanare); y, sus condiciones personales, familiares y sociales. Ello, debido a la intrascendencia de dicha situación, como quiera que, finalmente, fueron escuchados en juicio Edgar Ramírez Gallego y Melba Patricia Puerto Mejía, quienes se pronunciaron sobre el particular.

En relación a estos testimonios en el fallo de segundo grado se consideró lo siguiente²⁵:

Los testimonios de EDGAR RAMIREZ (sic) GALLEGO, rector de la institución donde laboraba el procesado, sobre su buena conducta anterior, y de MELBA PATRICIA PUERTO MEJIA (sic), madre de una menor que estudio (sic) también en tercero con este, no sirven para

desvirtuar o siquiera poner en duda lo ocurrido. Como ya se dijo, la conducta anterior o la asumida con otras personas, no indica que con las víctimas no haya sucedido. Aquí lo que se puede inferir es que el procesado seleccionó a las dos niñas, al parecer teniendo en cuenta precisamente su situación familiar. Los hechos se descubren varios días después y no porque las víctimas se lo hubieran contado a alguna de las madres. Se descubren porque una de ellas resuelve contar lo ocurrido a una profesora que le ayudaba a reforzar sus conocimientos en las materias que veía en el colegio.

21. También, reprocha el recurrente que, en la audiencia preparatoria, el defensor haya sostenido que no le fueron descubiertos los informes base de las opiniones periciales de las valoraciones psicológicas realizadas a las menores N.X.V.G. y P.V.A.A.; y, así mismo, que solicitara su rechazo y apelara la decisión del juez de conocimiento de no acceder a ello; recurso que el Tribunal Superior de Yopal se abstuvo de resolver ante la improcedencia de impugnar la determinación que decreta pruebas, conforme lo dispuesto por el artículo 177 de la Ley 906 de 2004²⁶.

Para la Sala, aunque esta actuación del anterior apoderado de MARCO ALIRIO LÓPEZ HERRERA es equivocada en el contexto del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), pues su artículo 415 habilita el descubrimiento del informe base de la opinión pericial al menos cinco días antes de la celebración de la audiencia pública en donde se recepcionará el testimonio del perito; lo cierto es que, no se encuentra, y el recurrente tampoco expuso, de qué forma este indebido entendimiento llevó a la declaratoria de responsabilidad penal del procesado.

Además, de la simple revisión de la actuación se advierte que en la sesión del juicio oral llevada a cabo el 21 de agosto de 2018²⁷, el aquí demandante, fungiendo como defensor de LÓPEZ HERRERA, insistió en el referido planteamiento de un inadecuado descubrimiento probatorio, bajo los mismos argumentos de su antecesor; es decir, que no le fue entregado el informe base de una opinión en la audiencia preparatoria, sino en el curso del juicio oral.

Entonces, no se entiende por qué ahora el censor se queja de un error del anterior abogado en el que él mismo incurrió. Ello, lo que devela es su discrepancia con el actuar de su predecesor, pero no la falta de idoneidad del abogado.

22. Por consiguiente, la irregularidad carece de objetividad, pues, se reitera, la discrepancia de criterios sobre el ejercicio afortunado o no, o acerca de la orientación que en su momento puso en marcha el abogado de LÓPEZ HERRERA para proteger los intereses del acusado, no demuestra un efectivo menoscabo del derecho a la defensa técnica.

23. En ese orden, era deber del demandante determinar la trascendencia de los yerros atribuidos a su antecesor en función de sostener la presunción de inocencia frente a la pretensión punitiva del ente acusador. Para ello, debía exponer, dentro de razonables márgenes de probabilidad, con cuáles medios de convicción había sido posible sacar adelante una defensa más favorable al procesado; esto es, que los actos sexuales con las menores de 14 años nunca se materializaron o que MARCO ALIRIO LÓPEZ HERRERA no fue su autor; no obstante, no realizó ninguna manifestación al respecto.

24. Bajo este entendido, es claro que el casacionista solo cuestionó la eficacia del profesional que representó al procesado en la audiencia preparatoria a partir de los resultados obtenidos y no desde una real violación al derecho de defensa técnica.

25. En consecuencia, se impone la no admisión de la demanda como perentoriamente lo ordena el artículo 184, inciso 2, de la Ley 906 de 2004, determinación contra la cual procede el mecanismo de insistencia, en los términos concretados por la Corte a partir del fallo de 12 de septiembre de 2005 (radicación 24322).

Lo anterior sin perjuicio de señalar que la Corte no advierte situación alguna que legalmente la habilite para superar los defectos del libelo con el fin de decidir de fondo, ni observa

violación alguna de las garantías fundamentales del enjuiciado con ocasión del procedimiento cumplido o en el fallo impugnado, como para que sea necesario el ejercicio de la facultad oficiosa que le asiste a fin de asegurar su protección.

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

VI. RESUELVE

NO ADMITIR la demanda de casación interpuesta por el defensor de MARCO ALIRIO LÓPEZ HERRREA por las razones dadas en la anterior motivación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad de la demandante elevar petición de insistencia.

Notifíquese y cúmplase.

HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 En aplicación del numeral 8º del artículo 47 de la Ley 1098 de 2006 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, se prescinde del nombre de las menores afectadas, en protección anticipada de sus derechos superiores.

2 “Las pruebas Saber son evaluaciones externas estandarizadas aplicadas por el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación -ICFES-, las cuales evalúan el desempeño alcanzado por los estudiantes según las competencias básicas definidas por el Ministerio de Educación Nacional. Estas pruebas evalúan los desempeños desarrollados por los estudiantes al final de los ciclos de los niveles educativos de la educación básica y media. Saber 3º y 5º en la básica primaria, Saber 9º en el cierre de la educación básica secundaria, y Saber 11º al término de la educación media”.

<https://www.mineducacion.gov.co/portal/micrositios-preescolar-basica-y-media/Evaluacion/Evaluacion-de-estudiantes/397384:Pruebas-saber>

3 Señoras Deysi Yulieth García Pérez (madre de N.X.V.G) y Sandra Patricia Anzola Lara (madre de P.V.A.A.)

5 Previa orden de captura emitida el día anterior por el mismo despacho judicial. Carpeta “Primera Instancia – Cuaderno Control Garantías”, folio 27.

6 “(...) 2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”.

- 7 Carpeta “Primera Instancia – Cuaderno Control Garantías”, folio 54.
- 8 “ARTÍCULO 307. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO. Son medidas de aseguramiento: (...) B. No privativas de la libertad. (...) 3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe. 4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho. 5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez. (...) 7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa”.
- 9 Carpeta “Primera Instancia – Cuaderno Principal 1”, folios 1 – 8.
- 10 Carpeta “Primera Instancia – Cuaderno Principal 1”, folio 11.
- 11 Se adelantó en sesiones de 13 y 23 de marzo de 2017. Carpeta “Primera Instancia – Cuaderno Principal 1”, folios 25 – 28 y 34 – 36.
- 12 Inició el 31 de octubre de 2017 y continuó los días 9 de noviembre de 2017; 18 y 27 de mayo, y 21 de agosto de 2018; 2 de julio de 2019; 4 de marzo y 21 de junio de 2021. Carpeta “Primera Instancia – Cuaderno Principal 1”, folios 90, 154, 194, 200, 201, 237, 238, 260, 367, 368, 379 y 380.
- 13 Carpeta “Primera Instancia – Cuaderno Principal 1”, folios 645 – 669.
- 14 Se hizo efectiva el 19 de septiembre de 2022. Carpeta “Primera Instancia – Cuaderno Principal 1”, folios 685 – 687.
- 15 Carpeta “Primera Instancia – Cuaderno Principal 1”, folios 688 – 698.
- 16 “017 Demanda de Casación”, folio 4.

17 “017 Demanda de Casación”, folio 4.

18 “ARTÍCULO 359. EXCLUSIÓN, RECHAZO E INADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA. Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba. Igualmente inadmitirá los medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado, acusado o su defensor en desarrollo de manifestaciones preacordadas, suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad, a menos que el imputado, acusado o su defensor consientan en ello. Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios”.

19 “ARTÍCULO 415. BASE DE LA OPINIÓN PERICIAL. Toda declaración de perito deberá estar precedida de un informe resumido en donde se exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Dicho informe deberá ser puesto en conocimiento de las demás partes al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en donde se recepcionará la peritación, sin perjuicio de lo establecido en este código sobre el descubrimiento de la prueba. En ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio”.

20 “017 Demanda de Casación”, folio 7.

21 “017 Demanda de Casación”, folio 6.

22 “ARTÍCULO 457. NULIDAD POR VIOLACIÓN A GARANTÍAS FUNDAMENTALES. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del

debido proceso en aspectos sustanciales (...).”.

23 CSJ AP5322, dic. 5 de 2018, rad. 51457; AP2738, jun. 26 de 2019, rad. 48828; AP3975, sep. 17 de 2019, rad. 55830; AP1887, ago. 12 de 2020, rad. 53394; AP2062, ago. 19 de 2020, rad. 53292; AP3181, nov. 18 de 2020, rad. 57297; y, AP5307, nov. 11 de 2022, rad. 58751.

24 Audiencia preparatoria de 23 de marzo de 2017, récord: 24:40 a 24:47 minutos.

25 “Sentencia de segunda instancia 20221025”, folio 10.

26 “ARTÍCULO 177. EFECTOS. La apelación se concederá: En el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva: (...) 4. El auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral; (...)”.

27 Carpeta “Primera Instancia – Cuaderno Principal 1”, folios 200 – 208.