

TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

## SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiocho (28) de junio de dos mil dieciocho (2018)

|                  |   |
|------------------|---|
| <b>RADICADO</b>  | <b>05001-60-00206-2012-75048</b>                  |
| <b>DELITO</b>    | <b>ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS</b> |
| <b>PROCESADO</b> | <b>YOVANNY DE JESÚS CATAÑO GALLO</b>              |
| <b>ASUNTO</b>    | <b>SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA</b>             |

### **MAGISTRADO PONENTE:**

**DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**

Proyecto aprobado en Sala del veinticinco (25) de junio de dos mil dieciocho (2018), mediante Acta Nro. 27 y leído en la fecha.

### **1. ASUNTO A DECIDIR**

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por los defensores contractuales del señor **YOVANNY DE JESÚS CATAÑO GALLO**, contra la sentencia condenatoria emitida el 26 de octubre de 2017 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín, que lo declaró penalmente responsable del delito de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO**.

Como dato preliminar, esta Sala de decisión ha resuelto adoptar como medida de protección a la intimidad de la menor involucrada en este proceso, suprimir de la providencia y de toda futura publicación de la misma, su nombre al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación y la de su familia<sup>1</sup>. En vez de ello, sus nombres serán

<sup>1</sup> La decisión de excluir de cualquier publicación de la presente sentencia los nombres originales de los menores y sus familiares involucrados en el caso bajo estudio, como medida de protección, ha sido tomada

remplazados con un solo nombre ficticio<sup>2</sup> que se distingue por encontrarse escrito en cursiva.

## 2. HECHOS

El 20 de diciembre del año 2012, la señora **ENID CATHERINE CARDEÑO AGUDELO** formuló denuncia penal en contra del señor **YOVANNY DE JESÚS CATAÑO GALLO**, padre de su hijo *Tobías* de 3 años de edad, explicando que entre los días 14 al 16 de ese mismo mes, el menor estaba pasando el fin de semana en la residencia de su progenitor, ubicada en la calle 9B sur No 53A-36, de acuerdo con el reglamento de visitas acordadas luego de su separación, hecho que aprovechó para acceder carnalmente al niño con su dedo, según contó el infante a su abuela, mientras lo estaba bañando. Por esa razón, la madre llevó al niño al médico legista, quien reveló que este presentaba un eritema perianal, el ano levemente hipotónico y una fisura pequeña con borde edematoso y eritematoso.

## 3. RECUENTO PROCESAL

El 14 de marzo del año 2016, ante la Juez 10° Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, se llevó a cabo la audiencia de formulación de imputación en contra del señor **YOVANNY DE JESÚS CATAÑO GALLO**, como autor del delito de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO**, no obstante, este no aceptó el cargo.

Seguidamente, la Fiscalía 37 Seccional radicó escrito de acusación, correspondiendo el asunto por reparto al Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín, donde se llevaron a cabo las audiencias de

---

entre otras, en las siguientes sentencias: T-523/92, M.P. Ciro Angarita Barón; T-442/94, M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-420/96, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-1390/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-1025/02, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-639/06, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-988/08, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-912/08, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>2</sup> En la Sentencia T-510/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa la Corte implementó este recurso de protección a la identidad de los menores.

acusación, preparatoria y juicio oral. Finalmente, el 26 de octubre de 2017 se profirió sentencia condenatoria en contra del acusado, la cual fue impugnada por la defensa, la Fiscalía y la apoderada de la víctima, pero estos dos últimos no sustentaron oportunamente, por lo que su recurso fue declarado desierto, quedando únicamente pendiente el de la defensa.

#### 4. DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Juez Primera Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Medellín, luego de hacer un recuento de los hechos, de las teorías del caso, las pruebas practicadas durante la audiencia de juicio oral y los alegatos finales, anunció que llegó a la conclusión más allá de toda duda sobre la existencia del delito y la responsabilidad del acusado en su comisión, habida cuenta que la tesis de la defensa tendiente a sembrar una duda sobre la inexistencia del hecho y un posible caso de alienación parental no tuvo ningún efecto.

Dice que a pesar de que los hechos ocurrieron cuando la víctima contaba con 3 años de edad y que el testimonio en el juicio oral se dio 4 años después, su lenguaje fue claro al comunicar el recuerdo que tenía sobre la agresión sexual que sufrió a manos de su padre, en especial, aquello que decía que le metió un palo por el ano y que le dolía mucho. Este hecho fue corroborado por la madre del infante que dio cuenta de cómo era la relación con su ex pareja, los acuerdos legales y de custodia luego de la separación y cómo se enteró por su madre de lo que el niño le había contado, por lo que le pidió que lo llevara a la clínica para un examen.

Expuso que, aunque el niño contaba con 3 años y su lenguaje no era muy fluido, entendió lo que le dijo porque este acompañó el relato de gestos como levantar su dedo y señalarse el ano, además de que le dijo que el papá no le ponía boxers para dormir. Así mismo refirió los cambios de comportamiento que tuvo **Tobías** luego de los hechos, que después de eso

**Sentencia 2da instancia**

**RADICADO:** 05001-60-00206-2012-75048

**PROCESADO:** YOVANNY DE JESÚS CATANO GALLO

**DELITO:** ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO

el menor no volvió a tener contacto con el padre, pero aclara que nunca quiso quitarle los derechos que este tenía, independientemente de lo que pasó entre ellos como pareja. En similares términos declaró la abuela del infante, aclarando que ese hecho se lo refirió una vez, pero a la madre y la hermanita les había hecho el relato en varias ocasiones.

De otro lado, los profesionales de la salud que examinaron al niño, tanto médicos como psicólogos dieron cuenta de los hallazgos encontrados, en especial el día que fue llevado a urgencias, explicando que en el examen físico se encontró que el niño tenía en la zona genital algunas sinergias, que son cicatrices en el prepucio o el glande que pueden ser congénitas o adquiridas, pero que el ano tenía mucho eritema y el esfínter un poco hipotónico, es decir, dilatado, al punto que se podía ver dentro una ampolla rectal, lo que es compatible con el relato del niño. También tenía una bacteria en el colon en el tracto intestinal, pero que esta no era la causa del dolor del menor, menos de la hipotonía anal.

Por su parte, la psicóloga del hospital dice que se entrevistó a solas con el niño para evitar sugerencias de la madre y la abuela y este le relató que el papa le metió un palo por la "cola" pero no supo indicarle que tipo de palo, solo se señalaba la nalga con la mano. Por último, estas afirmaciones fueron ratificadas por la funcionaria de medicina legal que rindió el informe técnico médico legal sexológico, cuya conclusión es que los hallazgos encontrados al menor son consecuentes a su relato y sugestivos de maniobras a nivel anal

Compareció al juicio la psicóloga de la Comisaría de Familia que participó en la verificación de derechos y todo lo que tenía que ver con la panorámica familiar, dice que estuvo con el niño y ambos padres en varias sesiones, pero que en las ultimas, el menor se sentaba con la madre alejada del padre y lo miraba fijamente, que repetía "palo" y "cola" constantemente y que cuando el padre le preguntaba que quería decir,

este lo miraba fijamente y respondía “usted”. Que en base a estas manifestaciones se sugirió terapia psicológica para el niño sin buenos resultados y al final, la comisaria resolvió como medida preventiva ordenar suspender las visitas del padre y darle tratamiento al menor.

En similares condiciones declararon las dos psicólogas que atendieron el proceso del niño. La primera, **ELIANA MARÍA SOTO HENAO**, dice que solo tuvo algunas sesiones con el menor, porque salió a licencia de maternidad y que, aunque este no le hizo una revelación concreta, si notó un comportamiento especial cuando la mamá hablaba del papá, se ponía agresivo e inquieto, también observó que a veces daba muestras de pensamientos tristes e incluso en un informe del profesor de este, se enteró que el niño hablaba en el colegio de lo sucedido con el papá. La segunda de las profesionales, **CATHERIN NATASHA ALVAREZ GONZALEZ**, continuó el proceso de psicología luego de que su compañera saliera de licencia, explicando en el mismo sentido que el menor en algunas ocasiones mostraba tristeza y ansiedad, también le manifestó en una ocasión que el papá le metió un palo por la cola, que además veía que el niño tenía alteración del lenguaje y mostraba déficit de atención, por ello lo remitió a fonoaudiología, y que no hay un tiempo para que los síntomas del abuso desaparezcan.

Por parte de la defensa, declaró la madre del acusado quien básicamente habló de la relación de su hijo con la madre del niño, diciendo que al principio todo estaba bien, pero luego de un embarazo difícil, la situación cambió, porque **ENIT** culpaba a **YOVANNY** por los problemas de salud, así mismo dice que la escuchó en una ocasión decir que ella sabía que a los padres violadores se les quitaba la patria potestad, pero que no pensó que estuviese tramando algo en contra de su hijo. Refiere que lleva varios años sin ver a su nieto, que cuando se enteró de lo que pasaba, no lo creyó porque el niño siempre estaba con todos ellos en la casa y dormían en habitaciones contiguas, de ahí que si lo hubieran lastimado con un palo

ella habría escuchado su llanto. Refiere también que ese sábado que su hijo fue por el niño, lo llevó al parque y por la noche, cuando este quiso ir al baño notó que no podía dar del cuerpo, hasta que finalmente descargó una bola súper dura, por lo que luego le untó crema con el dedo enfrente de ella y la tía del niño.

Frente al comportamiento de su hijo dice que nunca ha sido judicializado, que no consume estupefacientes y que se toma una cerveza de vez en cuando, que solo tuvo problemas con la madre del niño cuando pidió que le mermaran la cuota alimentaria, que cuando tenía el niño a su cargo, él era quien lo bañaba y lo alimentaba, pero luego el niño lo hacía solo, que el menor siempre tuvo problemas para dar del cuerpo. Para finalizar, se escuchó un grupo de vecinos y amigos del señor **CATAÑO GALLO**, así como al mismo acusado que renunció a su derecho a guardar silencio, los primeros dieron cuenta del comportamiento que este tenía cuando estaba con su hijo y con otros niños, así como de su relación con la madre de este, y en general que se trata de una persona intachable. El procesado dijo que su hijo nació prematuro, que por eso se enfermaba, que tenía problemas de estreñimiento, se quemaba y tenía que usar cremas antipañalitis, que tuvo problemas con la madre por la cuota de alimentos, que siempre lo limpiaba con pañitos cuando daba del cuerpo y que no tiene vicios. Por ultimo dijo que nunca ha estado detenido en Colombia, solo en España cuando lo deportaron.

También trajo la defensa como testigo pericial, el físico Carlos Alberto Tobón Barco, a fin de que diera cuenta de la probabilidad de la ocurrencia de los hechos, con base en el análisis de la información de la Comisaría de Familia, documentos, exámenes y otros informes, quien concluyó que el informe del legista no produce certeza alguna, por falta de especificidad, que además hay antecedentes de que el niño sufre de alteraciones y trastornos de carácter infeccioso, también refuta las conclusiones a las que llegó la médico pediatra, en su sentir, erróneas, si se tiene en cuenta

la literatura que trae a colación sobre el estreñimiento en niños. Por último, dijo que nunca entrevistó al niño, ni al padre o demás testigos, que solo lo contrataron para hacer un peritaje de probabilidad en base a unos informes pero que es una opinión, no un dictamen.

Para la *A quo*, la valoración probatoria de todos los medios de conocimiento en forma individual y conjunta, le aporta el conocimiento suficiente para predicar la existencia del ilícito y la responsabilidad el acusado en su comisión, atribuyendo un valor total a los testigos de cargo, explicando que la tesis de la defensa sobre una posible manipulación no es viable, pues no es propio de un niño de 3 años que conserve a través del tiempo la misma versión, además de que su declaración está respaldada por otros testigos, tanto familiares como expertos, sin que frente a estos últimos, la defensa haya podido lograr refutación alguna. Finaliza su conclusión, citando algunos criterios jurisprudenciales sobre la importancia de las versiones de los niños víctimas de abuso sexual, para concluir que lo dicho por este es cierto, que no se probó la enemistad entre los padres y que tampoco hay una interpretación errada del niño frente al hecho de que su padre le untara crema en el ano por estar quemado, mucho menos se puede pensar que esta maniobra es la causa que le provocó al menor hipotonía anal y las fisuras en el primer examen físico.

En ese orden, encuentra que la Fiscalía acreditó conforme a las pruebas recaudadas que el señor **CATAÑO GALLO** incurrió en el delito de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO**, por cuanto atentó contra la libertad, integridad y formación sexual de su menor hijo de 3 años de edad, que con ello comprometió el bien jurídico tutelado, ocasionando trastornos físicos y mentales al niño, sin que exista una justificación para su desviado proceder. En cuanto al elemento subjetivo, el acusado es una persona mayor de edad, que tiene capacidad para comprender que la conducta realizada está prohibida y pese a ello se

determinó libremente para realizarla, haciéndose merecedor a un reproche penal.

Por lo anterior, le impuso al acusado como pena principal una sanción de 17 años de prisión por haberlo encontrado responsable del delito de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO**, al mismo lapso le impuso la pena accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, denegándole todo tipo de subrogados por expresa prohibición legal, no obstante, sin incluir el concurso atribuido por la Fiscalía, como quiera que este no fue demostrado con prueba legal y suficiente.

## **5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN**

Inconforme con la decisión, el defensor del procesado interpuso recurso de apelación, en el cual solicita básicamente que se decrete la nulidad de todo lo actuado hasta la audiencia preparatoria inclusive, por considerar que hubo una violación al derecho de defensa de su representado.

Comienza su intervención haciendo un recuento de los argumentos de la sentencia, del acontecer fáctico y el actuar procesal, para luego desarrollar los motivos de disenso, los cuales se contraen a señalar que al abogado que asistió al señor **CATAÑO GALLO**, afirmando que este carece de los conocimientos sobre la estructura, dinámica y técnica del proceso penal, que las garantías de su representado al debido proceso y la defensa técnica fueron vulneradas por sus actuaciones precarias y deficientes, que no supo utilizar las técnicas del interrogatorio y conainterrogatorio, tanto así que la juez tuvo que explicarle los ritos procesales, y que en general no planteó una teoría del caso coherente.

Como sustento de lo expuesto, comienza a desarrollar los criterios jurisprudenciales de la Corte, trayendo a colación un sinnúmero de sentencias, que en su sentir sirven para desarrollar el cargo, con el fin de

**Sentencia 2da instancia**

**RADICADO:** 05001-60-00206-2012-75048

**PROCESADO:** YOVANNY DE JESÚS CATAÑO GALLO

**DELITO:** ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO

indicar que los diversos llamados de atención que la *A quo* le realizó a su homólogo denotan su incompetencia. Resalta en especial dos situaciones presentadas en la audiencia preparatoria y en la individualización de la pena, citando inclusive un fragmento del fallo, en el que se menciona que la tesis defensiva es inepta, concluyendo que la juez encargada de la actuación sabía de la falta de técnica del abogado y pese a ello no hizo nada para corregir esta situación, siéndole exigible esta actividad.

Tras enunciar las normas constitucionales y legales que regulan el debido proceso y el derecho de defensa, desemboca su argumento haciendo alusión a cada uno de los principios que orientan la ritualidad de las nulidades, afirmando que se vulneró el ***principio de trascendencia***, porque la preparatoria es una fase trascendental del proceso y esa palmaria ausencia de habilidades trasgrede este precepto; refiere aspectos del audio donde la juez critica las solicitudes probatorias del defensor, para acreditar sus equivocaciones; habla del ***principio de instrumentalidad de las formas***, diciendo que el togado siempre se equivocó en el delito, pues más de una mencionó –e incluso solicito absolución- por los actos sexuales abusivos; aludió también al ***principio de taxatividad***, diciendo que el abogado en este caso carecía de idoneidad, experiencia y conocimiento para asumir la defensa de un asunto penal; invocó desconocimiento del ***principio de protección*** porque los yerros procesales derivados de la actuación descuidada e inexperta del togado acabaron con su derecho de defensa, siendo tan evidente ello, que la juez le llamó la atención en diversos momentos.

Después de otras referencias similares a los demás principios, dice que las observaciones en cuanto al manejo de la audiencia preparatoria, muestran que el anterior abogado no supo realizar el descubrimiento de la prueba, mostrando claro desconocimiento de este trámite, tampoco supo argumentar conducencia y pertinencia de algunas evidencias, pidió decretar como pruebas ciertas entrevistas, a sabiendas de la pacífica

**Sentencia 2da instancia**

**RADICADO:** 05001-60-00206-2012-75048

**PROCESADO:** YOVANNY DE JESÚS CATANO GALLO

**DELITO:** ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO

postura de la Corte sobre su utilización en el proceso, únicamente con fines de impugnación o para refrescar memoria, tampoco aludió a ningún perito forense, pero en el decreto, pidió en esos términos al físico y así actuó en la audiencia; que tampoco llevaba control de las adiciones, descubrimientos de las pruebas, lo que refleja desidia frente al caso; que algunos testigos que solicitó no tenían ningún nombre o dato, circunstancia que en principio llevó a la judicatura a denegar algunas pruebas, aunque luego en la reposición ante la explicación del abogado, resolvió acceder a las mismas.

Tras hacer una transcripción de algunos apartes de la audiencia preparatoria, dice que los testigos que pidió la defensa eran solo para hablar del modo de vivir del acusado y que se olvidó de traer personas que desacreditaran los hechos enrostrados, que con esa conducta no generó confrontación alguna; que su actividad contrainterrogando fue infructuosa y que la pericia a la que alude hablaba de probabilidad de ocurrencia, no de certeza.

Luego de transcribir apartes de lo expuesto por varios testigos en el juicio oral, para mostrar como el defensor omitió ejercer actos de controlar las preguntas sugestivas, compuestas, narrativas, capciosas etc, realizadas por la Fiscalía, es más, no hizo objeción alguna y durante el contrainterrogatorio, utilizó preguntas abiertas con pleno desconocimiento de la técnica, fallas que a su juicio no pueden imputarse al acusado y que resultan trascendentes para el juicio oral.

Expresa que su intención no es plantear una estrategia defensiva diferente a la de su antecesor, sino mostrar los yerros de su homólogo, haciendo crítica de las falencias en que incurrió, en especial frente a la prueba pericial presentada que no tenía la experiencia académica para hablar del tema, Concluye haciendo alusión a las observaciones sobre las declaraciones de los testigos de la defensa, de los alegatos de conclusión,

**Sentencia 2da instancia**

**RADICADO:** 05001-60-00206-2012-75048

**PROCESADO:** YOVANNY DE JESÚS CATAÑO GALLO

**DELITO:** ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO

para insistir (con un argumento bastante circular) en la vulneración al derecho de defensa del acusado y la necesidad de decretar la nulidad de la actuación hasta el inicio de la audiencia preparatoria inclusive, todo ello para materializar los derechos fundamentales de su representado.

## **6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de alzada en tanto es superior funcional del Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín, despacho que profirió la providencia cuya nulidad se predica.

El problema jurídico planteado por la defensa se contrae a solicitar la nulidad de toda la actuación hasta la audiencia de acusación, por considerar que el proceso adolece de una irregularidad por violación al derecho de defensa, básicamente porque el abogado que lo precedió y que participó en el trámite, no cumplió de manera adecuada con su gestión defensiva y en su actividad se demostró una ostensible ignorancia del procedimiento que reglamenta el Sistema Penal Acusatorio.

Para abordar el estudio del tema, conviene recordar que es indiscutible que el desconocimiento del derecho a la defensa o al debido proceso en aspectos sustanciales, inexorablemente da lugar a declarar la nulidad de lo actuado o de parte del trámite procesal viciado, tal y como lo señala el artículo 457 de la Ley 906 de 2004.

Lo anterior es consecuencia de la naturaleza de nuestro país, en la medida en que Colombia es un Estado Social de Derecho, y en ese entendido, las actuaciones de las autoridades públicas están reguladas por normas previamente establecidas, de obligatoria observación; pero que, en su interpretación y aplicación, debe privilegiar la realización de los derechos fundamentales de la persona, siendo la dignidad humana, el faro que determina la correcta aplicación de las normas.

**Sentencia 2da instancia**

**RADICADO:** 05001-60-00206-2012-75048

**PROCESADO:** YOVANNY DE JESÚS CATAÑO GALLO

**DELITO:** ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO

Ahora bien, es sabido que en el proceso penal pueden cometerse, por los funcionarios que lo adelantan o por los sujetos procesales que intervienen en el mismo, inexactitudes procesales que podrían llegar a afectar su estructura o vulnerar garantías constitucionales como el derecho de defensa; pero es claro también, que no todo acto irregular tiene el cariz suficiente para merecer la aplicación de la sanción más grave que se le puede infligir a un proceso, cuál es la declaración de nulidad de la actuación.

Así pues, quien pretende se aplique la citada sanción, tiene la carga de expresar los argumentos suficientes que demuestren la irregularidad y la trascendencia de la misma en relación con la estructura o las garantías que deben informar las actuaciones, pues tal y como lo ha sostenido la Sala de casación Penal en reiteradas ocasiones, a pesar de no estar establecidos dentro de la Ley 906 de 2004, debe consultarse los principios orientadores de las nulidades<sup>3</sup>, puesto que, no todos los actos irregulares tienen el poder de malograr la actuación procesal.

En este sentido, la jurisprudencia ha dicho que: *“solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley (**taxatividad**); no puede invocarse el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica, (**protección**); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (**convalidación**); quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación y/o el juzgamiento (**trascendencia**); no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad a que estaba destinado, pues lo importante no es que el acto procesal se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción, sino que a pesar de no cumplirlas estrictamente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la*

---

<sup>3</sup> Ver, entre otros, asunto 44040 de 22 de octubre de 2014

**Sentencia 2da instancia**

**RADICADO:** 05001-60-00206-2012-75048

**PROCESADO:** YOVANNY DE JESÚS CATAÑO GALLO

**DELITO:** ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO

*cual está destinado (**instrumentalidad**) y; además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (**residualidad**)<sup>4</sup>*

Así, entonces, la afectación de garantías fundamentales que conlleva a la invalidación del proceso debe comportar, en virtud de los principios citados, la demostración irrefutable de que la irregularidad sustancial menoscaba la estructura del proceso en cualquiera de sus etapas, el modo como el acto anómalo afecta la actuación o conculca las garantías procesales de las partes intervinientes, la trascendencia del yerro incurrido y la irreparabilidad del daño.

Lo anterior por cuanto el remedio extremo de la nulidad no opera por la sola presencia de un vicio, ni en interés exclusivo del ordenamiento; sólo en cuanto aquél constituya un error de garantía o uno de estructura, a través del cual se afecten, por el primero, las prerrogativas procesales en perjuicio de los sujetos intervinientes, o, por el segundo, el esquema de la instrucción o el juzgamiento, se hace viable el éxito de un cargo en dicho sentido.

Tratándose el vicio invocado de violación al derecho de defensa técnica o asistencia letrada en el sistema penal acusatorio, la Corte Suprema de Justicia<sup>5</sup> ha sido enfática en señalar que la nulidad del juicio oral o cualquier otra etapa del proceso prospera cuando el profesional del derecho encargado de velar por los intereses del acusado no asume *“una actitud pro activa y diligente en el desarrollo y concreción de las labores inherentes a su función, entre ellas, las de controvertir pruebas, interrogar, contrainterrogar testigos, peritos, etc.”*<sup>6</sup>, o a su vez *“manifiesta de manera ostensible ignorancia incompetencia o falta de instrucción respecto de las reglas y principios que rigen la Ley 906 de 2004”*<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> CSJ SP, 26 nov. 2011, rad. 32143; CSJ AP, 9 jun. 2008, rad. 29092.

<sup>5</sup> CSJ SP, 30 nov 2011, rad 37584.

<sup>6</sup> Sentencia de 11 de julio de 2007, radicación 26827.

<sup>7</sup> Sentencia de 1º de agosto de 2007, radicación 27283.

Así mismo, ha reiterado la Corte, que no es posible plantear vulneraciones del derecho de defensa técnica con base en pruebas o estrategias que después de conocido el resultado del juicio le hubiera gustado proponer al demandante, sino que es menester examinar en cada caso concreto si el abogado cumplió con las obligaciones que le eran exigibles en la preparación y desarrollo del juicio oral, en orden a concluir su falta de diligencia o proactividad del profesional del derecho o en su defecto, la incompetencia para representar eficazmente al acusado.

En otras palabras, un presupuesto indispensable para plantear la invalidez por vulneración de la garantía de asistencia técnica consiste en brindar datos objetivos del proceso que demuestren inactividad, torpeza o profunda incompreensión de la técnica, institutos o métodos del nuevo sistema. Pero ello no es suficiente, porque esas específicas circunstancias también determinan, independientemente del resultado del juicio, que el abogado no logró alcanzar su cometido, es decir, una gestión tendiente a hacer valer a favor del procesado la presunción de inocencia o, en general, toda consecuencia que lo favorezca.

## **7. CASO CONCRETO**

En el asunto que concita el interés de la Sala, el apelante solicitó la nulidad de todo lo actuado, aduciendo que el anterior profesional del derecho incurrió en graves errores durante el proceso, los cuales llevaron indefectiblemente a la emisión de la condena que busca retrotraer. Básicamente, hizo mención a unos eventos, donde alude a fallas en el proceso de descubrimiento, en la solicitud de las pruebas y en un inadecuado manejo de la técnica durante el interrogatorio de los testigos.

La Sala, tras una revisión exhaustiva de todo el proceso, llegó a la conclusión de que los argumentos del recurrente no están llamados a prosperar y que es menester confirmar el fallo condenatorio, pues los sucesos que señala como actos de desconocimiento de la labor defensiva se

**Sentencia 2da instancia**

**RADICADO:** 05001-60-00206-2012-75048

**PROCESADO:** YOVANNY DE JESÚS CATANO GALLO

**DELITO:** ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO

soportan en sucesos aislados y débiles atribuibles más bien a la complejidad del asunto y a las diferentes dinámicas que cada juez adopta en sus juicios; que a una gestión pasiva o una total incompetencia en relación con las cargas que normalmente le son exigibles.

Por ejemplo, dice el quejoso que su antecesor, no efectuó ningún acto real o material tendiente a una adecuada defensa, además lo poco que hizo denota falta de atención, descuido y desprotección de su cliente. Frente a esto, atendiendo los reproches enrostrados, encuentra la magistratura que esa afirmación es falsa, pues si bien, hubo algunos impases durante el desarrollo propio de las diligencias, ninguno alcanza a demostrar los calificativos de descuido o negligencia del profesional del derecho utilizados por el censor.

Dice el recurrente, que el abogado durante el desarrollo de la audiencia preparatoria demostró una total ignorancia en el procedimiento, al punto tal que la *A quo* tuvo que explicarle el trámite de la audiencia preparatoria, además no supo argumentar la conducencia y pertinencia de sus pruebas e incluso desconoció que algunas de esas evidencias de carácter documental, solo pueden utilizarse para refrescar memoria e impugnar credibilidad, eso sin mencionar que le falta atención, porque no tuvo en cuenta que en la acusación la Fiscalía hizo unas adiciones de testigos, que el trató de objetar, lo que muestra su negligencia y su falta de control del proceso.

Frente a esta queja, relativa al desconocimiento del anterior abogado de la fase de enunciación de la prueba; se considera que el hecho de que el defensor haya enunciado los elementos materiales probatorios que pretendía hacer valer como prueba sin aducir conducencia y pertinencia no constituye un error de la magnitud que quiere hacer ver el censor, precisamente porque en este trámite particular, existen diversas posturas que los despachos judiciales manejan según su criterio particular.

**Sentencia 2da instancia**

**RADICADO:** 05001-60-00206-2012-75048

**PROCESADO:** YOVANNY DE JESÚS CATAÑO GALLO

**DELITO:** ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO

En efecto, es sabido que en el Distrito Judicial de Medellín y en algunas otras partes del país, hay juzgados donde –de común acuerdo entre las partes y para dar celeridad al trámite- una vez verificada la totalidad del descubrimiento, se omite la enunciación, precisamente porque momentos antes se hizo alusión a todo el caudal probatorio y se pasa directamente a las solicitudes probatorias, donde sí es obligatorio cumplir con los parámetros del artículo 357 de la ley 906 de 2004. De ahí que es normal que el defensor haya confundido la enunciación y la solicitud de pruebas, sin embargo, la juez acertadamente le aclaró que fase continuaba, en orden a que cumpliera con su carga argumentativa.

En este punto, debe decirse que aún para los más avezados defensores, el deber de sustentar la conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba es uno de los más difíciles de cumplir en este sistema procesal, en especial en delitos como el que se investiga, donde hay pruebas comunes y testigos con calidades muy especiales, como menores, peritos, expertos y familiares, de ahí que se debe tener absoluta claridad sobre el objetivo de cada prueba y orientar las mismas a determinada teoría del caso.

De manera que, si el togado cometió algunos errores, los mismos no se advierten graves, en especial porque las pruebas solicitadas y practicadas, eran pertinentes –en su criterio jurídico- para sacar avante la teoría del caso que se estaba planteando, referida exclusivamente a la alienación parental del menor. Adicional a ello, la enunciación no es la fase procesal para argumentar conducencia y pertinencia, por ende, el reproche sobre este aspecto que sugiere el apelante carece de fundamento para predicar una ostensible ignorancia del sistema. Así las cosas, para la Sala, el proceso de descubrimiento y el trámite posterior se llevó a cabo con total normalidad, sin que pueda entenderse la actividad de la juez como directora del proceso y sus respetuosas sugerencias u orientaciones, como un acto irregular susceptible de nulidad, menos cuando este fue subsanado, durante las respectivas solicitudes probatorias.

En cuanto al tema de las entrevistas y su utilización en el juicio oral, no es cierto como afirma el apelante que estas solo pueden utilizarse para refrescar memoria e impugnar credibilidad, en algunos eventos, ante la ausencia de un testigo de acreditación, estos documentos pueden ser ingresados eventualmente al proceso como prueba de referencia o de refutación, de ahí que no se observa cual es el enorme yerro que invoca el quejoso y que dio al traste con los derechos del procesado. Para la Sala, lo que intenta el apelante es hiperamplificar algunos errores minúsculos e irrelevantes ocurridos en el proceso en aras de sustentar su petición de nulidad, esfuerzo loable, pero a todas luces, infructuoso.

Critica especialmente el apelante la solicitud probatoria de su antecesor de un testigo que compareció al proceso como perito, por considerar que esta persona no era idónea para controvertir la prueba de cargo. Frente a ello, cabe recordar que el examen de pertinencia, conducencia, utilidad e idoneidad de dicho elemento material probatorio es un asunto que en su momento abordó la juez de conocimiento cuando decretó la prueba, luego, no es dable llegar en esta instancia a controvertir el resultado de su práctica, simplemente porque no dio los resultados esperados, no fue suficiente sólido para soportar la teoría del caso o porque el censor considera que de haber actuado en su lugar, habría planteado otro tipo de estrategia mucho mejor, cuyo resultado, dígame de una vez, frente al análisis y contundencia de la prueba de la Fiscalía, tienen una amplia probabilidad de haber sido igual al que adoptó la *A quo*.

Mírese que, en este caso, la totalidad de la prueba solicitada por la defensa estaba orientada a demostrar -no solo- la existencia de una posible alienación parental del menor, sino también a que el hecho delictivo como tal no existió, como claramente se vió en los testimonios de los familiares del procesado y la versión de este, donde explican que el niño tenía problemas de estreñimiento y que en razón a ello, le aplicaban crema anti-pañalitis; hipótesis estas bastante plausibles en este tipo de

**Sentencia 2da instancia**

**RADICADO:** 05001-60-00206-2012-75048

**PROCESADO:** YOVANNY DE JESÚS CATAÑO GALLO

**DELITO:** ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO

conductas punibles, cosa diferente es que el resultado arrojado luego de su práctica en el juicio oral no tuviese la suficiente contundencia y credibilidad para derruir la tesis de cargo, pero ello en modo alguno implica que el apelante está en mejor condición profesional frente a quien intervino en la actuación.

Por otro lado, vuelve a insistir la Sala, tratándose de nulidades procesales, es menester que quien las invoca demuestre que se cumplen cada uno de los principios que las hacen operantes, esto es, la taxatividad, protección, convalidación, trascendencia, instrumentalidad y residualidad. Para el caso concreto, es evidente que el recurrente no cumplió con esta carga procesal, básicamente, porque así las actuaciones cuestionadas no se hubiesen llevado a cabo o se hubiese contado con otros expertos más capacitados y con mejores títulos académicos, con la prueba arrojada por la Fiscalía, en especial, los testimonios del menor ofendido, su madre, los médicos y psicólogos que intervinieron en el caso y demás testigos, se llega con facilidad a ese conocimiento más allá de toda duda razonable no solo de la existencia de la conducta punible, sino de la responsabilidad del investigado en su ejecución.

De manera que no es dable el argumento del apelante, según el cual con otro abogado más capacitado u otra estrategia defensiva hubiese salido avante, pues la realidad procesal refleja que con la prueba acopiada por la Fiscalía desde la instrucción y enunciada en el escrito de acusación, era muy poco probable que el resultado del proceso hubiese sido diferente, en especial, si tenemos en cuenta que el menor **Tobías** durante todo el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho y aún con escasos 3 años, ha mantenido en forma invariable el relato del abuso del que fue objeto, así como del responsable, prueba que está ampliamente corroborada en dictámenes médicos y psicológicos donde se da cuenta de las secuelas físicas y psicológicas, que este hecho produjo, sin que exista otra

alternativa, que genere duda alguna, sobre una posible manipulación o confusión sobre la ocurrencia del delito.

Para finalizar, el quejoso censura las deficiencias del Dr. **HERNÁN DARÍO VÁSQUEZ PALACIO** durante el interrogatorio y contrainterrogatorio, así como su falta de técnica para impugnar credibilidad o el abordar temas que no hacían parte del debate. Sobre el particular, aún en el evento en que dichas circunstancias fueran anomalías procesales atribuibles a una incompetente gestión defensiva, la Sala las encuentra por completo intrascendentes, como quiera que, en este caso, la labor de la defensa no fue producto de la pasividad en el ejercicio de sus fines, ni tampoco de la ignorancia, torpeza o falta de pericia en los institutos propios del sistema, en la medida en que, a la postre, estaban llevando de manera razonable sus teorías del caso, cosa diferente es que esas tesis hayan fracasado, ante la contundente prueba aportada por la Fiscalía o que se hubiese pensado que la mejor estrategia defensiva era una eventual negociación con el ente instructor, pero ya sea por una u otra razón, lo cierto es que esas actividades de ninguna manera comportan la transgresión del derecho de asistencia letrada, máxime cuando es posible predicar una actividad positiva proclive a tratar de sacar al procesado del problema en el que se metió, planteando estrategias que no resultan desatinadas, ni tampoco reflejan ineptitud profesional.

Sería un absurdo solicitar la nulidad por falta de defensa técnica cada vez que un profesional del derecho, como ser humano que es, incurre en determinada falta o yerro en el ejercicio de su asistencia letrada (por ejemplo, al formular de manera incorrecta una pregunta al testigo). Errar es frecuente y, por consiguiente, sólo suscitan la invalidez de lo actuado los errores trascendentes, como aquellos que no permitan concretar alguna estrategia de defensa razonable, cosa que no se avizoró en el proceso objeto de estudio.

**Sentencia 2da instancia**

**RADICADO:** 05001-60-00206-2012-75048

**PROCESADO:** YOVANNY DE JESÚS CATAÑO GALLO

**DELITO:** ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO

En este caso, lo que denota el escrito de apelación, más que demostrar una violación a una garantía fundamental, es una crítica personal y subjetiva por parte del censor, tendiente a retrotraer la actuación, con el fin de proponer mejores estrategias defensivas que la asumida por quien lo precedió en el trámite judicial. Frente a ello, la Sala comparte plenamente la postura de la Corte Suprema de Justicia<sup>8</sup> que rechaza radicalmente y considera deleznable los argumentos tendientes a discutir la eficacia de la defensa técnica, en especial, porque el ejercicio de una profesión liberal como es el derecho, parte de la base del respeto del conocimiento que cada persona tiene de las materias de las que se ocupa, de manera que para nadie es posible determinar en forma acertada o por lo menos irrefutable, frente a cada asunto, cuál hubiera sido la más afortunada estrategia defensiva, pues cada individuo especializado en estos temas, tiene de acuerdo a su formación académica, experiencia y personalidad, su propia forma de enfrentar sus deberes como tal.

En conclusión, podemos afirmar que ninguno de los argumentos expuestos por el recurrente tienen la capacidad de derruir la tesis esbozada por la Juez de primera instancia y, en consecuencia, el camino a seguir por la Sala no es otro que el de confirmar en su integridad la providencia objeto de apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** íntegramente la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín, el 26 de octubre de 2018, conforme lo expuesto en la parte motiva.

---

<sup>8</sup> CSJ, Sala de Casación Penal. Sentencia de 30 de noviembre de 2011, radicación 37584. MP. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA.

**Sentencia 2da instancia**

**RADICADO:** 05001-60-00206-2012-75048

**PROCESADO:** YOVANNY DE JESÚS CATAÑO GALLO

**DELITO:** ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO

**SEGUNDO:** Esta sentencia se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

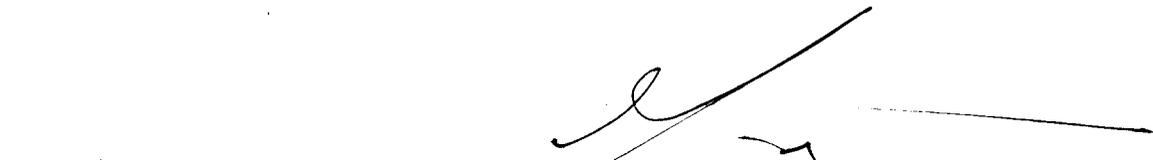
**TERCERO:** copia de esta providencia será enviada al juez de instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



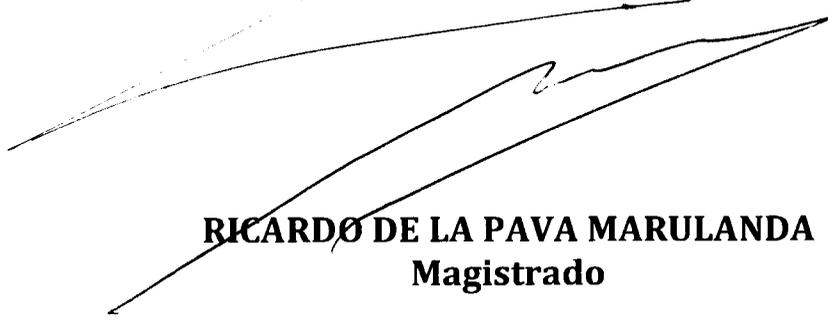
**ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**

**Magistrado**



**LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO**

**Magistrado**



**RICARDO DE LA PAVA MARULANDA**

**Magistrado**

