

**CONCEPTO PROCURADURÍA CASACIÓN NÚMERO INTERNO 61271 (C.U.I.
76834600018720130280301)**

Milton Alirio Bayona Avella <mbayona@procuraduria.gov.co>

Mar 07/06/2022 16:16

Para: Laura Mayoly Blanco Martínez <mayolybm@cortesuprema.gov.co>

CC: Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Buen día, adjunto envío concepto de la Procuraduría 1ª Delegada para la Casación Penal dentro de la Casación radicado N.º 61271

Por favor confirmar recibido...



Milton Alirio Bayona Avella

Sustanciador Grado 9

Procuraduria Delegada De Intervencion 1

mbayona@procuraduria.gov.co

PBX: +57(1) 587-8750 Ext IP: 12615

Línea Nacional Gratuita: 01 8000 940 808

Cra. 5ª. # 15 - 80, Bogota D.C., Cód. postal 110321

De: Laura Mayoly Blanco Martínez <mayolybm@cortesuprema.gov.co>

Enviado el: jueves, 28 de abril de 2022 6:49 p. m.

Para: monica.jimenez@fiscalia.gov.co; Cesar Augusto Gaitan Peñaloza <cesar.gaitan@fiscalia.gov.co>; Milton Alirio Bayona Avella <mbayona@procuraduria.gov.co>

Asunto: OFICIO 12087 (Al contestar cite este número) CASACIÓN NÚMERO INTERNO 61271 (C.U.I. 76834600018720130280301)

**OFICIO 12087 (Al contestar cite este número)
CASACIÓN NÚMERO INTERNO 61271 (C.U.I.
76834600018720130280301)**

Por favor acusar recibido de manera inmediata



Laura Blanco Martinez

Escribiente

Secretaría Penal



Casación N° 61.271
CÉSAR AUGUSTO HERNÁNDEZ OCAMPO

Concepto P1DCP – CON – N.º 42
Bogotá 7 de junio de 2022

**HONORABLES MAGISTRADOS
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
E. S. D.**

**RADICADO: 61.271
PROCESO: LEY 906 DE 2004
PROCESADO: CÉSAR AUGUSTO HERNÁNDEZ OCAMPO**

En mi condición de Procurador Delegado de Intervención 1, Primero para la Casación Penal, en cumplimiento de la función constitucional atribuida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, presento concepto en defensa del orden jurídico, de los derechos y garantías de los intervinientes, frente a la demanda de casación interpuesta por la defensa de César Augusto Hernández Ocampo, contra la sentencia del 6 de diciembre de 2021 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que confirmó el fallo emitido el 6 de abril de 2021 por el Juzgado Once Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esa misma ciudad, que condenó al procesado por el delito de actos sexuales con menor de 14 años.

HECHOS

Así se sintetiza en la sentencia de segunda instancia:



Casación N° 61.271
CÉSAR AUGUSTO HERNÁNDEZ OCAMPO

“Entre el 3 y 4 de agosto de 2013, CÉSAR AUGUSTO HERNÁNDEZ OCAMPO, padre biológico de S.H.R., de 5 años de edad para la época, estando a solas en una cama, presuntamente tocó su vagina por encima de las prendas de vestir; igual comportamiento ocurrió en uno de los muebles de la sala de un lugar cuya ubicación no se pudo determinar, no solo por la corta edad de S.H.R., sino porque no reside en la ciudad de Cali”.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 19 de febrero de 2016, ante el Juzgado 6º Penal Municipal de Cali con funciones de control de garantías, la fiscalía imputó a CÉSAR AUGUSTO HERNÁNDEZ OCAMPO el delito de Actos Sexuales con menor de 14 años agravado en concurso heterogéneo con Incesto.

Correspondió el conocimiento al Juzgado Once Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Cali, adelantó el juicio, una vez evacuó la audiencia de formulación de acusación, celebró la preparatoria, agotado el juicio oral, y el 6 de abril de 2021 profirió sentencia, condenó al procesado por la autoría del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, precluyó la investigación del delito de incesto, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Cali al desatar el recurso vertical elevado en su contra, el cual es objeto de demanda de casación que ocupa la atención de esta agencia ministerial.





Casación N° 61.271
CÉSAR AUGUSTO HERNÁNDEZ OCAMPO

LA DEMANDA

El procesado César Augusto Hernández Ocampo, a través de apoderado, presentó demanda de casación, postuló las siguientes censuras:

En un primer cargo reclama que no le fue garantizada el derecho a la defensa técnica al procesado, por cuanto el abogado, (Jhon Jairo Marulanda Idarraga – defensor público) que lo asistió durante la mayor parte del juicio, especialmente durante la audiencia preparatoria y el juicio oral, ejerció una defensa pasiva, luego lo asistió el abogado contractual, (Jader Arles González Valverde) y posteriormente la abogada Elizabeth Ordoñez Buitrago de la defensoría pública, en su sentir el procesado no estuvo asistido de un profesional calificado, siendo distinto la actitud pasiva con la de la actitud de incapacidad e incompetencia de la defensa, actuación que para subsanarse, debe nulitarse lo actuado hasta la audiencia preparatoria.

En un segundo cargo el memorialista reprocha en que el juzgador de segunda instancia incurrió en violación indirecta de la ley sustancial, derivado del falso raciocinio, error que se concretó al valorar y apreciar las pruebas; el tribunal le dio a la prueba una interpretación que no tiene, además de criticar que la sentencia se fundamentó en forma exclusiva en prueba de referencia.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA DELEGADA

Teniendo en cuenta que la inconformidad en contra de la sentencia de segunda instancia gira en torno a que no se le garantizó el derecho a la defensa técnica del procesado, además de haber incurrido en error de hecho por falso raciocinio y de haber fundamentado la condenada con prueba de referencia, para desatar los



Casación N° 61.271
CÉSAR AUGUSTO HERNÁNDEZ OCAMPO

problemas jurídicos planteados, se harán en el mismo orden como fueron postulados por el demandante, como a continuación se plantea:

PRIMER CARGO:

El reclamo consiste en que fue desconocido el derecho de defensa técnica al procesado, crítica el memorialista en que los abogados que asistieron al procesado durante el proceso investigativo y el juicio, fueron pasivos, además de faltarle conocimiento de la técnica procesal penal al afrontar el juicio oral, público y contradictorio; que para sanear el vicio debe anularse la actuación hasta la audiencia preparatoria; esta agencia ministerial para emitir el correspondiente concepto, primero analizará lo dice la ley 906 de 2004 y la jurisprudencia en relación con la defensa técnica y luego verificar si fue desconocido el derecho como lo propone el demandante.

En relación con el derecho a la defensa técnica se tiene que este emana de la Constitución Política¹, donde se señala que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas, derecho que ha sido consagrado en la ley 906 de 2004, en el artículo 8 literal e, regula el derecho del procesado a ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado.

¹Constitución Política, Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.



Casación N° 61.271
CÉSAR AUGUSTO HERNÁNDEZ OCAMPO

Acerca del derecho a la defensa técnica, la Corte Suprema de Justicia² indicó que:

“La defensa que se reclama desde la Constitución es aquella que permita la realización de un orden justo y éste sólo se consigue cuando el Estado garantiza que el derecho tenga realización y ejercicio con plena competencia, capacidad, idoneidad, recursos, disponibilidad de medios, etc., pues la persecución del delito no es posible adelantarla de cualquier modo y sin importar el sacrificio de los derechos fundamentales, toda vez que la dignidad de la persona impone que las sentencias de condena solamente podrán reputarse legítimas cuando el sospechoso fue vencido en un juicio rodeado de garantías, a través del cual el juez tiene que ser el principal patrocinador de las mismas”.

Teniendo en cuenta que el defensor no tiene como función la de colaborar con la justicia para que produzca sentencias condenatorias, su actividad es absolutamente parcializada, aunque tampoco puede falsificar las pruebas o manipular las percepciones de los testigos, pues en tal caso incurre en comportamiento punible.

² Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, radicado número 27.283 de 2007. La defensa que se reclama desde la Constitución es aquella que permita la realización de un orden justo y éste sólo se consigue cuando el Estado garantiza que el derecho tenga realización y ejercicio con plena competencia, capacidad, idoneidad, recursos, disponibilidad de medios, etc., pues la persecución del delito no es posible adelantarla de cualquier modo y sin importar el sacrificio de los derechos fundamentales, toda vez que la dignidad de la persona impone que las sentencias de condena solamente podrán reputarse legítimas cuando el sospechoso fue vencido en un juicio rodeado de garantías, a través del cual el juez tiene que ser el principal patrocinador de las mismas.

Esta nueva concepción permite afirmar que²es el defensor no tiene como función la de colaborar con la justicia para que produzca sentencias condenatorias, su actividad es absolutamente parcializada³, aunque tampoco puede falsificar las pruebas o manipular las percepciones de los testigos, pues en tal caso incurre en comportamiento punible. Su función es la de conseguir el mejor resultado posible para el acusado sin que ello signifique necesariamente la obtención de su absolución. El defensor está obligado a utilizar con habilidad, que no habilidosamente, todos los mecanismos procesales, sustanciales y probatorios para que su representado resulte favorecido pues, como decía CALAMDREI, el único límite que tiene el defensor para ejercer su defensa es el juego limpio porque la habilidad en la competición es lícita aunque no se permite hacer trampas.



Casación N° 61.271
CÉSAR AUGUSTO HERNÁNDEZ OCAMPO

Además de que el defensor está obligado a utilizar con habilidad, que no habilidosamente, todos los mecanismos procesales, sustanciales y probatorios para que su representado resulte favorecido pues, el único límite que tiene el defensor para ejercer su defensa es el juego limpio porque la habilidad en la competición es lícita, aunque no se permite hacer trampas.

“Concluye la Corte Suprema de Justicia que la defensa técnica es la que ejerce en nombre del procesado un abogado legalmente autorizado para ejercer su profesión, en virtud de la designación por parte del sindicado o en virtud de nombramiento oficioso por parte del funcionario judicial respectivo; la finalidad es buscar una defensa especializada, idónea y plena del sindicado, a través de un profesional del Derecho, de quien se presume que tiene los conocimientos y la experiencia suficientes para controvertir los cargos del Estado y participar en el desarrollo del proceso, frente a funcionarios judiciales que por la naturaleza de sus funciones y por exigencia legal tienen dicho rango profesional”.

Sin embargo la corporación de cierre de la jurisdicción³ ordinaria en materia penal, señala que no basta con el que el procesado se halle nominalmente asistido por un profesional del derecho, sino que se requiere que éste sea idóneo para el desempeño de su labor, pues solo de esta forma procurará una óptima defensa de sus intereses y dotará de legitimidad la determinación judicial, sin importar el sentido de ella, además de que la violación al derecho a la defensa real o material, se

³ Corte suprema de justicia, sala penal, radicado número 48.128 de 2017. no basta con el que la procesada se halle nominalmente asistida por un profesional del derecho, sino que se requiere que éste sea idóneo para el desempeño de su labor, pues solo de esta forma procurará una óptima defensa de sus intereses y dotará de legitimidad la determinación judicial, sin importar el sentido de ella.



Casación N° 61.271
CÉSAR AUGUSTO HERNÁNDEZ OCAMPO

configura por el absoluto estado de abandono del defensor, esto es, una situación de indefensión generada por la inactividad categórica del abogado, por lo que no basta, de cara a la prosperidad del cargo, con la simple convicción de que la asistencia del profesional del derecho pudo haber sido mejor, toda vez que se tiene decantado que la estrategia defensiva varía según el estilo de cada profesional, en el entendido de que no existen fórmulas uniformes o estereotipos de acción. Es decir, la simple disparidad de criterios sobre un punto no tiene la fuerza de configurar una violación al estudiado derecho.

En lo que tiene que ver con las nulidades de los actos procesales, se advierte que estas son taxativas, están determinadas en la ley 906 de 2004, así se lee del artículo 455⁴ y siguientes; además, a voces de la jurisprudencia del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, destaca que para que procedan las nulidades deben estar regidos por los principios de taxatividad, acreditación, protección, convalidación, instrumentalidad, transcendencia y de residualidad⁵.

⁴ Ley 906 de 2004. Artículo 455. Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

Artículo 456. Nulidad por incompetencia del juez. Será motivo de nulidad el que la actuación se hubiere adelantado ante juez incompetente por razón del fuero, o porque su conocimiento esté asignado a los jueces penales de circuito especializados.

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.

Los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio público oral, salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas, no invalidan el procedimiento.

Artículo 458. Principio de taxatividad. No podrá decretarse ninguna nulidad por causal diferente a las señaladas en este título.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, radicado 34.739 de 2010. Tales axiomas se concretan en los siguientes postulados: sólo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley (principio de taxatividad); quien alega la configuración de un vicio enervante debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya (principio de acreditación); no puede deprecarla en su beneficio el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del vicio invalidante, 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); no procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (principio



Casación N° 61.271
CÉSAR AUGUSTO HERNÁNDEZ OCAMPO

Descendiendo al caso en concreto se advierte que el Tribunal Superior de Cali no hallo mérito para nulitar lo actuado a partir de la audiencia preparatoria, por violación del debido proceso ante la falta de defensa técnica, la segunda instancia determinó que el procesado estuvo asistido del profesional adecuado, en audiencia respectiva hizo solicitudes probatorias, además de que el recurrente no acreditó ni demostró la concurrencia de los principios que rigen las nulidades, y el procesado estuvo asistido en la audiencia preparatoria por un defensor diferente al que lo asistió en el juicio, profesional calificado, quien actuó en términos razonables a lo que demanda la defensa, realizó solicitudes probatorias; concluyó que la postura del censor es con el propósito de imponer su propia perspectiva del caso sobre las solicitudes probatorias, y descartó posibles nulidades.

Revisadas las actuaciones, no se advierte que el procesado haya estado desprovisto de defensa, a pesar de haber relevado al abogado que inicialmente los asistió en las diligencias preliminares, para luego postular defensor de confianza, para que asumiera la defensa en el juicio, a pesar que las estrategias defensivas no hayan sido del gusto del procesado, no hayan alcanzado sacar avante la defensa en busca de la inocencia, no significa ausencia de defensa técnica, sino ante la contundencia de la teoría del ente acusador y las pruebas con las que soportaron la acusación, y ante la ausencia de prueba que permita rebatir la teoría acusadora, no queda otra opción a la defensa que esperar un error o un descuido de la fiscalía o juzgado para reabrir discusiones superadas en debida y legal forma.

de instrumentalidad); quien alegue la rescisión tiene la obligación indeclinable de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales (principio de trascendencia) y, además, que para enmendar el agravio no existe remedio procesal distinto a la declaratoria de nulidad (principio de residualidad).



Casación N° 61.271
CÉSAR AUGUSTO HERNÁNDEZ OCAMPO

Acerca del reclamo de falencias en la defensa técnica, no se advierte que el demandante haya mínimamente demostrado la necesidad de nulitar lo actuado, teniendo en cuenta que las nulidades se rigen por principios de taxatividad, acreditación, protección, convalidación, instrumentalidad, transcendencia y de residualidad, situación que se extraña, por cuanto lo que propone el demandante es una nueva valoración probatoria, ante el fracaso de la estrategia defensiva, pero nada dice acerca de la estrategia omitida por los profesionales que representaron en el juicio y que un abogado con mediana diligencia hubiera advertido y con la que hubiera sacado avante la defensa de los intereses de César Augusto; luego entonces no se advierte que los profesionales que asistieron al procesado hayan realizado una defensa errada, la defensa técnica estuvo garantizada, si bien es cierto fracaso en la estrategia defensiva, no significa ausencia de defensa; por lo tanto el cargo no tiene vocación de prosperar.

SEGUNDO CARGO:

El reclamo consiste en que en el fallo los juzgadores incurrieron en error de hecho que derivaron en falso raciocinio, con lo que violaron indirectamente la ley sustancial, en sentir del demandante, el error se presentó ante la falta absoluta de la valoración de la declaración de la menor víctima y las demás pruebas allegadas al juicio oral, y de haber la judicatura fundamentado el fallo exclusivamente en prueba de referencia.

Desde ya se advierte que el reclamo del demandante no tiene vocación de prosperar, ya que la judicatura para condenar a César Augusto, tuvo en cuenta que la menor compareció al juicio y relató cómo su padre le tocó la vagina por encima





Casación N° 61.271
CÉSAR AUGUSTO HERNÁNDEZ OCAMPO

de la ropa, siendo este testimonio directo; además se escuchó el testimonio de Adriana Rosario Rivas Barragán, madre de la menor, contó que para la fecha que datan los hechos, era un fin de semana, la menor se encontraba con el padre, y el lunes siguiente la llamaron del colegio donde la niña estudiaba, y le dijeron que ella había contado que le dolía la vagina porque el papá le había tocado muy duro, y el caso fue remitido al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Igualmente asistió al juicio a rendir testimonio la Psicóloga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que atendió a la menor SHR, dio cuenta que para la edad de la niña, 6 años, mostró raciocinio adecuado, juicio mental estable, y buena senso-percepción, estaba un poco angustiada y narró que su padre le había tocado la vagina.

También fueron escuchados los testimonios de las Psicólogas de Comfandi, Gloria Lucerito Núñez Salazar y de la Institución Educativa Julia Restrepo, Nubia Stella Cerón Londoño, valoraron a la menor tras las sospechas de haber sido objeto de abusos sexuales por parte de su padre, consideran que el relato de la menor fue consistente en señalar que el padre le tocó sus partes íntimas, hechos que sucedieron el fin de semana que estuvo bajo el cuidado de su progenitor.

Al igual que se escuchó en testimonio de la Docente y Coordinadora de la Institución Educativa Julia Restrepo, relató que en el mes de agosto de 2013 se presentó el caso de la niña SHR, quien le contó a la profesora que le dolía la vagina porque el papá la había tocado muy duro, se llamó a la madre de la menor y dio inicio a la ruta de atención.





Casación N° 61.271
CÉSAR AUGUSTO HERNÁNDEZ OCAMPO

El procesado al rendir testimonio, negó ser el autor de los hechos objeto de acusación, y señaló que la incriminación obedece al propósito de la madre de salir del país con la menor.

Se advierte que el tribunal al valorar las pruebas concluyó que la menor SHR contó lo que experimentó, no halló contradicciones e inconsistencias en sus relatos, señaló a su padre como el autor de los actos sexuales del que fue víctima, y la prueba de descargo no logró resquebrajar lo contundencia de la prueba de cargo.

En el contexto previamente destacado, se advierte que el tribunal no incurrió en el error que reclama el demandante, por cuanto para estructurar la sentencia tuvo en cuenta varios medios probatorios, testimonios directo, junto con la prueba periférica, oportuna y legalmente aducidas y practicadas en el juicio dan cuenta que el procesado realizo actos sexuales en contra de la menor hija de 6 años, y la prueba de descargo no es suficiente para desvirtuar la presunción de acierto y legalidad de la que esta revestida la sentencia del Tribunal Superior de Cali; por lo tanto los reproches no tienen vocación de prosperar, debiéndose mantener la condena impuesta.

PETICIÓN

Con base en lo anterior, este Delegado comedidamente solicita de los Honorables Magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, mantener incólume la sentencia objeto de impugnación, por cuanto las censuras no alcanzan a remover la decisión de condena, se advierte que al procesado le fue garantizado el debido proceso, estuvo asistido por el profesional del derecho, ejerció el cargo



Casación N° 61.271
CÉSAR AUGUSTO HERNÁNDEZ OCAMPO

adecuadamente, y el fallo condenatorio se fundamentó en pruebas legal y oportunamente allegadas y debatidas en el juicio.

De los Señores Magistrados,

Cordialmente

Firmado digitalmente por: MIGUEL ALEJANDRO PANESSO CORRALES
PROCURADOR DELEGADO CODIGO 0PD GRADO EA ID 0008

MIGUEL ALEJANDRO PANESSO CORRALES
Procurador Delegado de Intervención 1, Primero para la Casación Penal

DR.