

Proceso N° 14848

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente:

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

Aprobado acta No. 188

Santafé de Bogotá D.C., veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la defensora de JOSE ROMULO RODRIGUEZ LOPEZ contra la sentencia de marzo 30 de 1998, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena condenó a dicho procesado a la pena de 2 años 6 meses de prisión por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, previsto en el artículo 305 del Código Penal.

ANTECEDENTES

1. Los esposos Luis Fernando Atencio Hurtado y Edith del Carmen González Salas desde hace aproximadamente 15 años entablaron amistad estrecha con JOSE ROMULO RODRIGUEZ LOPEZ, también como ellos residente en Cartagena. En el año de 1983 la citada pareja tuvo una hija a quien llamaron CRISTIBALINA, cuyo padrino de

bautismo fue José Rómulo, comerciante quien era propietario del establecimiento “La Casa del Sonido”, donde igualmente residía en el segundo piso junto con su mujer Martha Lizarazo.

La mencionada menor, ya por los siete años de edad en 1989, era llevada a donde su padrino José Rómulo sobre todo los fines de semana, siendo regresada la mayoría de las veces en el automotor marca Mercedes Benz de propiedad de aquél.

En un término que va desde el final de dicho año y comienzos de 1990, el mencionado padrino unas veces dentro del automotor y otras en el almacén, hizo a su ahijada objeto de tocamientos en sus genitales: “le frotaba la vulva con la mano”, como se ha dicho en este proceso.

2.- La niña enteró de ello a sus padres, diciéndoles que su padrino “me trata como una mujer grande”, por lo cual Luis Fernando Atencio formuló la respectiva denuncia el 25 de mayo de 1990 (fl. 1 cdno. Nro. 1) y el Juzgado 11 de Instrucción Criminal de Cartagena, luego de algunas diligencias previas, abrió investigación (fl. 59), la víctima se constituyó en parte civil, el sindicado en su indagatoria (fl. 71) negó totalmente los hechos, afirmando que incluso su vehículo, a raíz de un accidente ocurrido en enero de 1990, había sido enviado para reparación a Bogotá, donde estuvo varios meses.

- Dictada medida de aseguramiento de caución prendaria contra el implicado (fl. 12) y practicadas varias pruebas, el Fiscal 7o. cerró investigación (fl. 211), el defensor de José Rómulo lo recusó, aquél no aceptó la recusación y la Fiscalía 1a. Delegada ante el Tribunal consideró que efectivamente no se presentaba causal alguna al respecto, pero con base en “la absoluta autonomía administrativa” de la Fiscalía (fl. 5 cdno. Nro. 5), resolvió remitir el expediente a la Fiscalía 8a., la cual, mediante resolución de marzo

31 de 1993 (fl. 252 cdno. Nro. 2) y luego de analizar el acervo probatorio, estimó que faltaban varias pruebas, por lo cual “revocó” el referido cierre investigativo y dispuso “proseguir la investigación” (fl. 255 id.).

– Practicadas varias pruebas, el sindicado dio poder a la abogada aquí casacionista (fl. 281), quien luego pidió cerrar la instrucción, a lo que se accedió (fl. 322), dictando la Fiscalía 36 resolución acusatoria contra JOSE ROMULO el 3 de junio de 1994 (fl. 340), imputándole la autoría del delito de “corrupción agravada”, según los artículos 305 y 306-2 y 5, del Código Penal, decisión que, apelada por la defensa, recibió confirmación por medio de la calendada el 15 de diciembre de 1994 (fl. 3 cdno. 2B).

3.- El Juzgado 2o. Penal del Circuito de Cartagena practicó varias pruebas (fls. 414 y ss. cdno. Nro. 2), celebró audiencia pública (fls. 460 a 560) y, en armonía con la acusación, dictó sentencia de septiembre 3 de 1996 (fl. 587 cdno. Nro. 3), mediante la cual condenó al acusado JOSE ROMULO a dos años seis meses de prisión, concediéndole la condena de ejecución condicional, fallo que, apelado por la defensora, recibió entera confirmación por medio del que ahora es objeto de la impugnación extraordinaria (fl. 98 cdno. Nro. 4).

LA DEMANDA

Primer cargo

Bajo el título “error in procedendo” y con la mención de los artículos 220-3 y 304-2 del Código de Procedimiento Penal, el casacionista afirma que existe nulidad “por haberse violado el principio constitucional y legal de la investigación integral” (fls. 8 y 9 fls cdno. Nro. 4-A).

Sustenta que el “argumento central” que se tuvo en cuenta para condenar al procesado RODRIGUEZ LOPEZ fue el testimonio único de la menor (víctima) “al que se le

da plena credibilidad” (fl. 10), transcribe los apartes del fallo que estima pertinentes y recuerda que las explicaciones dadas por el acusado, en cuanto a que su automotor estaba en reparación y con relación a que así mismo en las instalaciones de su almacén era imposible que se llevaran a cabo los actos de corrupción materia de condena, fueron afirmaciones que se respaldaron con solicitud de pruebas para su constatación (inspección judicial, testigos, documentos), las cuales “los funcionarios instructores no las llevaron a cabo, mediante oficios a la Empresa Concesionaria Automercantil de Bogotá. Tampoco se tuvieron como pruebas en la causa, porque el Juzgado 2o. Penal del Circuito, no se pronunció, hizo silencio de la admisión o rechazo de las documentales” (fl. 12 supra.).

Dice, pues, que “no se verificó de que en efecto, el citado automóvil que inicialmente se señaló escenario de los abusos, estuvo en reparación en Bogotá por un término de esos 6 meses que se indicaron en la denuncia, como época en que se aduce sucedieron”, y que, igualmente, tampoco se llevó a cabo “la evaluación psicoterapéutica de la menor, ordenada en las providencia de reapertura dictadas por la Fiscalía General de primera y segunda instancia, las que se calificaron de “imperiosas” (fl. 12), y concluye:

“Honorable Magistrados: Los funcionarios judiciales que estuvieron al frente de la actuación judicial no cumplieron con el mandato constitucional (el último inciso del art. 250) ni legal (art. 334 del CCP-91) y por ende existe una irregularidad de carácter sustancial que afecta el debido proceso (art. 29 de la C.N. y del CCP-91), por lo que la actuación está viciada de nulidad desde el instante procesal que se profirió la segunda resolución de cierre del ciclo investigativo inclusive.

“Con esta deficiente, precaria investigación, todo lo contrario al principio constitucional de la integral investigación, es que el sentenciador condena a JOSE ROMULO RODRIGUEZ LOPEZ como responsable de haber infringido los artículos 305 y

306 del Código Penal.

“La falta de una investigación integral es trascendente, tanto que desembocó en la ilegal y desacertada sentencia que impone la condena de mi defendido. Era indispensable que se hubieran averiguado las citas y constancia que dejó sentadas en sus descargos el indagatorio.

“Como puede percibirse, de haber existido una investigación integral, otro hubiera sido el tratamiento judicial dado a mi defendido y la sentencia hubiera sido absolutoria.

“Es violación al principio constitucional de la investigación integral no haber practicado las pruebas que hubieran corroborado la veracidad de las afirmaciones de mi cliente. No se hubiera incurrido en el falso juicio de existencia (hecho punible) anotado por el Tribunal como que había certeza de la existencia del hecho” (fls. 13 y 14).

Cita las sentencias de febrero 25 de 1993 y octubre de 1994, proferidas por esta Sala con ponencia de los magistrados Edgar Saavedra Rojas y Guillermo Duque Ruiz.

Segundo cargo

Mencionando las mismas disposiciones legales y con los mismos argumentos, vuelve aquí el actor a solicitar la nulidad por atentado a la investigación integral, y en esos términos repite a folio 19:

“Si la investigación hubiese sido integral, no habría la incertidumbre que plasma el Honorable Tribunal en referencia a la pericia psiquiátrica y evaluación del trauma que aparece presuntamente injuriando a la menor después de dos años de presentada la denuncia y de dictada la inhibición, de llevarse a cabo esta diligencia, como lo ordenó la Fiscalía 8a. en su reapertura; y que así mismo recomendó el Psiquiatra general Dr. SANCHEZ VERGARA, no se tenía porqué haber acudido a juicios supletivos de la prueba”

"Pues bien, si se hubiera verificado la reparación ante Automercantil de Bogotá como venía ordenado, de no haber sido renuente el Juzgado de instancia que adoptó un mutismo absoluto para no pronunciarse acerca de la admisión o rechazo de la documentación que se le solicitó como prueba sobre la reparación del Mercedes Benz, que estaba obligada a constatar, el sentenciador no habría acudido a especular sobre circunstancias de tiempo y lugar".

Pide entonces que se decrete la nulidad "a partir de la resolución que decretó el segundo cierre del ciclo investigativo, inclusive, para en su lugar se decreten y practiquen las pruebas señaladas para lograr el grado de certeza".

Tercer cargo

Aquí de nuevo reitera la misma causal de nulidad y, como en el precedente reproche y con mención del artículo 246 del Código de Procedimiento Penal, recuerda que toda providencia debe fundarse en pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso y precisa que "pese a la existencia del sistema de la libertad probatoria, era ideal que se reconociera el dictamen pericial para que el juez de instancia no hubiera cometido el error de hecho, que cometió" (fl. 20), y añade que tal era el procedimiento necesario para "comprobar lo afirmado por el médico particular, Dr. FABIO MORALES PEREZ, que dos años después de denunciados los hechos de corrupción, siendo que fue precisamente esta circunstancia nova y sobreviniente la que se arguyó para provocar después la apertura de la investigación, cuando inicialmente siendo de suma importancia no se planteó en la denuncia".

Dice a renglón seguido:

"Por otra parte, cuando se contraría la evaluación psiquiátrica de Medicina Legal; y aún más, sí choca la sintomatología contenida en la constancia y en el testimonio de dicho privado con el excelente rendimiento académico constatado en los certificados de

estudios de la menor en el Colegio Isabel la Católica, donde cursó el año lectivo coincidente con la época de los vejámenes”.

Advierte que “el Tribunal consideró mal efectuada la prueba pericial técnico-científica” (fl. 21) e insiste en que no existe en el proceso la certeza que se exige para condenar y que “la investigación integral, imponía despejar la incertidumbre, practicando las pruebas aducidas en los descargos por el procesado. Así mismo aquellas que fueron motivo de la reapertura: inmediaciones, verificación de documentales y pericias técnicas oficiales para un verdadero nivel y logro de la certeza, que exige el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal” (fl. 21 infra. y 22).

Cita como violados los artículos 250 y 29 de la Carta Política, 333, 1o., 246, 247, 264, 266 a 273 del Código de Procedimiento Penal, 305 y 306 del Código Penal (fl. 22).

Sin solución de continuidad afirma la “violación indirecta de la ley sustancial por la existencia de plurales errores de hecho originados en varios juicios (sic.) de existencia: La suposición y contraposición ante dos situaciones probatoriamente calificadas, derivadas: de la Inspección Judicial allegada a la instrucción y de la ausencia posterior a la ordenada en la reapertura de la investigación con asistencia de la menor, negada además, en las pruebas del juicio; el desechamiento de la pericia existente técnico - científica de Medicina Legal pero la ausencia de otra igual, sustituyéndose por falsos juicios. La no verificación probatoria ordenada en torno al tiempo, modo y lugar, es decir: época en que pudieron ocurrir los sucesos, escenarios dónde pudieron realizarse, suplidas en la búsqueda de certeza, mediante plurales juicios de legalidad, en la valoración indiciaria” (fls. 21 infra. y 22).

Cita el artículo 220-1 del Código de Procedimiento Penal, recuerda lo que

“el Tribunal de Distrito Judicial consideró para condenar a JOSE ROMULO RODRIGUEZ LOPEZ”, y lo que igualmente “dejó de lado” (fl. 23 infra.), involucrando dentro de esto último:

“Las falencias de certeza” sobre la responsabilidad del acusado, fueron advertidas cuando “se produjo el segundo cierre de la investigación...aunque estaban vigentes en esta otra ocasión, los artículos 56 y 58 de la Ley 81 de 1993 sustitutivos de las normas derogadas (438 y 439 del Decreto 2700 de 1991), declaradas parcialmente inexecutable por la Honorable Corte Constitucional (Sentencia del 28 de septiembre de 1993).

“Que, el artículo 439 ibídem derogado que precavía procesalmente la reapertura, “...cuando no hubiere lugar a proferir estas determinaciones (preclusión o acusación) el Fiscal continuará adelantando la instrucción” (parte inexecutable), que después se reemplazó por el artículo 59 de la ley 81 de 1993, posible de aplicar entonces: cuando no hubiere lugar a proferir determinaciones como: preclusión o acusación; una vez vigente la nueva normatividad (art. 59 ley 81/93), llevaba consigo como obvia calificación sin certeza: la preclusión de la instrucción, luego de discurrir casi 2 años de la reapertura (artículo 329 sustituido por la ley 81/93).

“Que, violadas las formas propias del proceso, seleccionada la situación desfavorable, se presumió la culpabilidad (art. 5 del C.P.) del enjuiciado, antes que imperara el principio de presunción de inocencia 445 C.P.,P.). Se acusó y avocó la causa.

“Que, la falencia de certeza, fue aún más grave en la causa, si se tiene en cuenta que en ésta se compilaron las pericias psiquiátricas llevadas a cabo por Medicina Legal, de la menor; y del procesado respectivamente. Pero fueron desestimadas por el sentenciador”: (fls. 23 infra. y 24).

De nuevo dice que la sentencia impugnada se basó únicamente en el testimonio de

la menor, y estima que el artículo 441 del Código de Procedimiento Penal (requisitos sustanciales para acusar) fue “restrictivamente interpretado” (fl. 25), hace algunas consideraciones probatorias sobre los dichos de la menor-víctima y del procesado y tilda como violados los artículos 33, 228 y 29 de la Carta Política, 333, 1o., 283, 2, 9, 10, 18, 441, 445, 446, 448, 58 (ley 81 de 1993), 362, 364, 334, 329, 328, 246, 300, 301, 302, 250 y 247 del Código de Procedimiento Penal.

Pide entonces que se case la sentencia, “decretándose la nulidad de lo actuado a partir de la providencia que decretó por segunda vez el cierre de la investigación inclusive, para que el órgano investigador y acusador proceda a dar cumplimiento a sus deberes constitucionales” (fl. 28).

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Causal tercera

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal dice que a “los tres cargos se observa que en ellos el demandante se refiere a un solo aspecto, cual es la violación al principio de “investigación integral” contenido en el artículo 333 del C. de P. Penal que a juicio del censor transgredió el debido proceso” (fls. 18 infra. y 19 cdno. Corte), pero que tal afirmación no la sustenta el actor, pues no precisa la incidencia que la omisión de pruebas señaladas tenga frente al fallo impugnado, “posibilidad de trascendencia que en rigor de técnicas es imperativo plantear para la prosperidad de la demanda”, máxime que el sentenciador tuvo como infirmada la versión del acusado en el sentido de que para la época de los hechos su automotor “Mercedes Benz” (que se ha tenido como uno de los escenarios de la corrupción imputada) se hallaba en reparación en Santafé de Bogotá.

En cuanto a la inspección judicial en el establecimiento comercial de propiedad del acusado, dice que el juez la negó por estimarla ineficaz, pues así no haya sido con

intervención de la menor-víctima, de todos modos ya se había practicado.

Y acerca del “literal d), esto es, la no aceptación del sentenciador de las conclusiones del dictamen siquiátrico de la menor Cristobalina Atencio, nada tiene que ver con la nulidad por violación al debido proceso, pues se trata de la facultad valorativa de la prueba que tiene el fallador dentro de los límites de la sana crítica” (fl. 21).

En su sentir, el actor no logra, además, “desvirtuar la prueba existente en contra del procesado”, y, antes bien, “como bien lo anota el fallador la responsabilidad del acusado en el delito investigado se demuestra no solo con la versión de la menor Cristobalina Atencio, a quien le otorga plena credibilidad, sino con los testimonios de los médicos Fabio Morales Pérez y Clara Virginia Alvarez León, quienes tras examinar a la menor le han descubierto, según dicen, un trauma producido por un abuso sexual, que originó un tratamiento por un tiempo largo (más de un año), a fin de hacer de la experiencia sufrida algo menos lamentable para el desarrollo emocional de la víctima” (fls. 21 y 22 supra).

Cita la sentencia de marzo 2 de 1992, en la cual esta Sala, con ponencia del magistrado Juan Manuel Torres Fresneda, trató el tema de “la investigación integral” (fl. 22), y concluye que los cargos por nulidad no pueden prosperar.

Causal primera

Advierte que esta censura “presenta yerros técnicos que hace que las pretensiones del actor no puedan prosperar” (fl. 22), pues:

-“El recurrente no identifica en forma clara y precisa los fundamentos de la causal de impugnación que invoca, ni determina la manera como los presuntos yerros del fallador en

la apreciación probatoria incidieron en la sentencia desfavorable al procesado, requisitos que para la demanda de casación exige la ley” (fls. 22 infra. y 23).

-Con respecto al falso juicio de existencia aducido, “el reproche carece de fundamentación en razón a que no señala la prueba o pruebas que omitió considerar el juzgador, o el medio o medios de convicción que sin obrar en el proceso supuso el sentenciador”.

-Lo que hace el censor es anteponer su criterio al del fallador, en cuanto a la valoración probatoria que hizo éste, “lo que es no es de recibo en sede del recurso extraordinario de casación”.

-"El demandante desatiende el principio de autonomía de las causales de casación al entrelazar en su argumentación aspectos propios de la causal tercera (nulidad), como la supuesta violación del debido proceso por desatención al principio de la investigación integral al no haberse cumplido con la “verificación probatoria” ordenada en torno al modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos”(fl. 23 infra.).

Estima que la demanda entonces no prospera.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Los tres cargos de nulidad.

A esta Sala le parece en verdad extraño que la casacionista haya sustentado en tres cargos independientes el mismo disenso casacional; que existe nulidad porque se violó el principio de investigación integral previsto en el artículo 333 del Código de Procedimiento Penal, ya que en su sentir no se practicaron pruebas que incidirían en la certeza sobre la existencia del hecho imputado y sobre la responsabilidad del acusado en el mismo, como son la recepción de testimonio a varias personas citadas por aquél

para corroborar su dicho, el allegamiento de varios documentos tendientes a demostrar que el vehículo “Mercedes Benz” que se ha tenido como uno de los escenarios de los actos corruptores, estuvo desde enero de 1990 -y por varios meses- sometido a reparación en la ciudad de Santafé de Bogotá, y que tampoco se practicó antes de la acusación un peritaje psiquiátrico a la menor CRISTOBALINA ATENCIO GONZALEZ, como también que el practicado en la etapa de la causa permite proseguir en la incertidumbre acerca de los daños presumiblemente sufridos por ella a raíz de los actos corruptores en mención.

Dada la referida comunidad, pasa entonces la Sala a examinar la censura:

1.- Sea lo primero advertir que la demandante, no obstante estar planteando la mencionada nulidad, dedica buena parte a demeritar el dicho de la menor-víctima, pretendiendo que se dé credibilidad, en cambio, a la versión del acusado, realizando igualmente sus propias consideraciones sobre la época en que se dicen cometidos los hechos corruptores, para concluir que como para la misma el automotor de aquél estaba reparándose en Santafé de Bogotá, es mentira que en aquél se haya realizado la conducta objeto de reproche.

Esas alegaciones sobre mérito probatorio no pueden hacerse al amparo de la causal tercera de casación, que prevé vicios de procedimiento o de actividad, sino en el marco propio para dicho efecto que es la causal primera cuerpo segundo (art. 220-1 C.P.P.): violación indirecta de la ley.

2.- La actora, además, no demuestra cuál es la incidencia de los testimonios que tilda de omitidos en la responsabilidad de su representado en los hechos concretos objeto de acusación y condena: la realización de actos corruptores con su ahijada CRISTOBALINA, como tampoco lo hace con relación a una nueva inspección judicial con presencia del procesado en el almacén -vivienda- de propiedad de éste, y finalmente cabe

predicar igual falencia con respecto al dictamen de psiquiatría a practicar en la citada menor, dictamen que, de suyo, no tiene la aptitud para siquiera debilitar la imputación que soporta JOSE ROMULO RODRIGUEZ LOPEZ: haber realizado repetidamente, con la referida menor de 14 años de edad, actos sexuales diversos al acceso carnal, imputación que el fallo hace descansar fundamentalmente en los testimonios de aquélla, de sus padres y de los médicos IVAN JOSE ORTIZ, CLARA ALVAREZ y FABIO MORALES PEREZ, quienes de alguna manera trataron a la menor a raíz de los hechos en cuestión, especialmente el último de los nombrados, “psiquiatra infantil” que incluso dijo que ella le comunicó que los referidos actos sexuales los había realizado “mi padrino” (fl. 104 cdno. Nro. 1).

En sentencia de marzo 2 de 1995 -que cita la Delegada-, dijo esta Sala con ponencia del doctor Juan Manuel Torres Fresneda: “Tanto la negativa como la omisión de pruebas, deben significar: la primera una forma de obstaculizar el ejercicio de la defensa y, la segunda, una inercia censurable de los jueces. Es necesario, por consiguiente, que tales circunstancias afecten grave y ostensible el derecho de defensa. Esta exigencia se alcanza si las pruebas que se niegan y omiten son sustanciales porque apuntan a la responsabilidad del procesado para excluirla o atenuarla. No basta afirmar esa dirección de las pruebas no practicadas, es fundamental que emerja de la investigación la posibilidad de que tiene un contenido capaz de modificar favorablemente la situación jurídica del inculpado. Solo sobre bases conocidas en el proceso que revelan esa capacidad transformadora procede alegar la nulidad” (fl. 22 cdno. Corte).

3.- En todo caso, la Fiscalía 36 de Cartagena, mediante resolución de diciembre 6 de 1993 (fl. 293 cdno. Nro. 2), ordenó varias pruebas, entre éstas varias de las solicitadas por la defensora aquí demandante, entre ellas el allegamiento de los documentos y testimonios sobre la reparación del automotor del acusado, y en cuanto a la inspección judicial en el almacén-vivienda de aquél, solicitada nuevamente por la

defensora, el Juzgado de conocimiento, por medio de auto de marzo 17 de 1995, resolvió (fl. 400 id.): “Como ya se practicó inspección judicial en la “Casa del Sonido” este Juzgado no accede a igual petición formulada por la defensa”, decisión no recurrida por la solicitante.

Con respecto al tema de la reparación del vehículo en cuestión, el sentenciador de primer grado, con respaldo en la prueba respectiva, consideró que si bien el mismo se encontraba en esta capital desde enero de 1990, el denunciante padre de la menor dijo que los actos sexuales corruptores se habían iniciado “seis meses antes”, lo que indica que los mismos alcanzaron a darse a finales del año 1989 (fl. 605 cdno. No. 3), consideración compartida por el sentenciador de segunda instancia (fl. 126 cdno. No. 4).

También dicho Juzgado ordenó la práctica del peritaje psiquiátrico de la menor, concluyendo éste que “la examinada desde el punto de vista forense no presenta ningún trastorno psiquiátrico de importancia, así como tampoco se encuentra comprometida su capacidad intelectual” (fl. 446-2).

Como se ve la nulidad en esos términos deficientemente planteados, no tiene asidero alguno fáctico-jurídico, por lo cual este “triple” cargo no prospera.

Cargo de violación indirecta

El actor anuncia aquí “plurales errores de hecho originados en varios juicios (sic) de existencia” (fl. 22), pero aparte de que yerra al reiterar con el cargo de nulidad las pruebas que no fueron practicadas, insiste en el “grado de certeza” que se echó de menos cuando por dos veces el sumario se cerró, olvidando que en casación se ataca es un momento procesal diverso: la sentencia, y la que aquí se impugna reiteró que existía

tal grado de certeza, no sólo en cuanto a la existencia del hecho sino en cuanto a la responsabilidad del procesado. Dijo al respecto el Tribunal fallador (fls. 129 infra. y 130):

“Entonces para la Sala, es evidente que la existencia del delito y la responsabilidad del señor JOSE ROMULO RODRIGUEZ LOPEZ se encuentran plenamente demostrados, al conferírsele completa verosimilitud a las declaraciones de los testigos que presenciaron el desarrollo patológico y traumático de la menor, así como también se le da completo crédito a la versión de ésta, careciendo de contundencia los testimonios de abono y descargos del procesado, y quien tras hacerse a la confianza de la víctima con las apariencias de estimación, cariño, dádivas etc., habida cuenta de la edad de la víctima y de su posición autoritaria que obligó a la ofendida a mantener en él su confianza, logró flanquear fácilmente el muy débil consentimiento de su ahijada”.

Además el error de hecho por falso juicio de existencia se comete cuando el fallador ignora pruebas decisivas que obran en el proceso, no cuando éstas se dejan de practicar, evento en el cual el motivo de alegar es la nulidad, como se consideró al responder la primera censura.

2.- Dice la casacionista que la omisión de las pruebas fue suplida por “plurales juicios (sic.) de legalidad en la valoración indiciaria”, afirmación enteramente ajena a los errores de hechos anunciados, además de estar erróneamente elaborada, ya que el falso juicio de legalidad es una modalidad del yerro de derecho y, en segundo término, la valoración indiciaria es atacable por error de hecho como falso juicio de identidad, si lo que se controvierte es la “inferencia lógica” prevista en el artículo 300 del Código de Procedimiento Penal.

3.- Resulta igualmente exótico dentro de este cargo de violación indirecta que la demandante afirma “violadas las formas propias del proceso, seleccionada la situación

desfavorable, se presumió la culpabilidad (5o. C.P.) del enjuiciado, antes de que imperara el principio de presunción de inocencia (445 C.P.P.). Se acusó y se avocó la causa” (fl. 24).

Aquí no sólo vuelve a referirse la actora a situaciones y decisiones distintas al fallo, sino como mencionaban los artículos 438 y 439 del Código de Procedimiento Penal, modificados por los artículos 56 y 58 de la ley 81 de 1993, es necesario que esta Sala haga ver que cuando se revocó el primer cierre investigativo (marzo 31 de 1993), de un lado, no estaba vigente aún la ley 81 de 1993 y, del otro, la Corte Constitucional no había declarado inexecutable (sentencia de septiembre 28 de 1993) la parte subrayada del artículo 439 del Código en mención:

“Formas de calificación. El sumario se calificará profiriendo resolución de acusación o resolución de preclusión de la instrucción. Cuando no hubiere lugar a proferir estas determinaciones el fiscal continuará adelantando la instrucción”.

O sea que cuando el fiscal revocó el primer cierre investigativo y dispuso proseguir la instrucción, dio cumplimiento a dicha disposición, es decir que, en rigor, no calificó el sumario.

4.- El resto de la demanda no hace sino consideraciones personales sobre el valor que la actora le da a determinadas pruebas, sin referirse a toda la prueba de cargo, pretendiendo que se le crea al procesado y contravirtiendo el razonamiento ponderado del Tribunal en el sentido de que la delincuencia imputada comenzó a finales de 1989.

Ahora bien: allí se califica de increíble la afirmación de la menor de que en uno de los tocamientos sexuales de que fue objeto por su padrino ella “botó un líquido amarillo” por la vagina, pero el sentenciador de primera instancia trató así dicho tema:

“Sobre este aspecto no hay duda alguna que la lubricación de la mujer se produce por la excitación lo cual no es lógico le ocurra a una menor de 7 a 8 años; pero al decir la pequeña que era amarillo, ya denota cierta anormalidad puesto que por lo general ese flujo es transparente, esa coloridad del líquido que botaba podía deberse a otra causa por ejemplo infección lo cual no es descabellado y según el padre y ratificado por el Dr. Tuñón, la ginecóloga que la atendió le comentó algo al respecto” (fl. 611 cdno. No. 3).

En este cargo, además de deficiente e incompleto, la casacionista soslaya que, como se anotó en precedencia, que el fallador tuvo en cuenta para declarar probada la responsabilidad del acusado, no sólo las versiones de la menor, de sus padres y de los tres precitados médicos, sino que además del automotor también pudo servir de escenario para los actos sexuales el almacén-vivienda del procesado, aparte de calificar de “descabellada hipótesis” (fl. 118 cdno. No. 4) la insistentemente planteada por la defensa, en el sentido de que la imputación obedeció a una alianza de los padres de la menor con la esposa del acusado (Martha Lizarazo) para obtener de aquél provecho económico. Consideró al respecto que esa hipótesis era inadmisibile, no sólo por la vieja y estrecha amistad que existía entre dichos compadres, sino porque la pareja no iba a perjudicar a su pequeña hija involucrándola en esos hechos.

Las precedentes consideraciones llevan inexorablemente a la improsperidad de este cargo y, con él, el de la demanda, razón por la cual el fallo impugnado no se casará.

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

RESUELVE

- 1.- NO CASAR la sentencia impugnada.

2.- En firme, devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEG0

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARIO MANTILLA NOUGUÉS

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

YESID RAMIREZ BASTIDAS

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

Secretaria