

Poceso Nº 12172

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

APROBADO ACTA No. 095

Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (08) de junio del año dos mil (2000)

VISTOS

Se ocupa la Sala del fondo de la demanda de casación presentada por el defensor del señor NARIÑO JESUS RODRIGUEZ RODRIGUEZ, procesado por los delitos de acto sexual violento, acceso carnal abusivo con incapaz de resistir e incesto.

HECHOS

En el mes de octubre de 1994, un médico del “Centro de Salud del Codito” que conoció de un accidente sufrido por el menor YESID ALFREDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ al ser atropellado por un vehículo cuando montaba en bicicleta, se enteró de algunos comportamientos sexuales realizados por el padre del niño, según relato que éste mismo le hiciera, lo cual motivó que el caso fuera reportado a la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar del Centro Zonal de Usaquén. Allí se ahondó en la información reportada, se entrevistó a la madre del niño, quien expresó que el padre de los menores los violaba, se les practicó examen médico legal a estos, y se presentó la correspondiente denuncia ante la Fiscalía General de la Nación.

ACTUACION PROCESAL

Presentada la denuncia por la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Fiscalía profirió resolución de apertura de la investigación el 21 de noviembre de 1994, en la cual se ordenó la captura del señor NARIÑO JESUS RODRIGUEZ RODRIGUEZ. Una vez aprehendido, se le vinculó mediante indagatoria, en la cual se le designó defensor de oficio, y se le resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin derecho a libertad provisional, como autor de los delitos de acceso carnal violento, acto sexual violento, corrupción e incesto.

El Ministerio Público impugnó la anterior resolución, por considerar que los hechos se adecuaban al delito de incesto en concurso con el de acceso carnal abusivo con menor de 14 años; el instructor no repuso la decisión y concedió la apelación. La Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de esta ciudad modificó la decisión impugnada, en el sentido de que se debía proceder por concurso homogéneo y heterogéneo de delitos de incesto, acto sexual violento, acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir y corrupción, con las agravantes del artículo 360, numerales 2º y 5º del Código Penal.

El 9 de marzo de 1995, el señor RODRIGUEZ RODRIGUEZ confirió poder a un abogado contratado por la Defensoría Pública, que fue presentado el 17 de marzo. El 22, el profesional solicitó nulidad de lo actuado porque no había sido reconocido. La Fiscalía se pronunció el 28 de marzo, decretó la nulidad a partir del traslado que diera la secretaría en el trámite del recurso de apelación propuesto por el Ministerio Público, le reconoció personería al apoderado designado.

Cerrada la investigación, se calificó el mérito del sumario el 9 de junio de 1995 con resolución de acusación en contra del señor RODRIGUEZ RODRIGUEZ como presunto autor

de los delitos de incesto y corrupción con relación a sus cuatro (4) hijos menores; acto sexual violento respecto de JULIE ELIZABETH y JEFERSON LEONARDO, y acceso carnal abusivo con incapaz de resistir y lesiones personales por perturbación psíquica con referencia a los menores YESID ALFREDO Y FREDY ANTONIO. Esta decisión no fue impugnada.

La etapa del juicio correspondió al Juzgado 37 Penal del Circuito de esta ciudad. Este, luego de negar una petición de nulidad hecha por el defensor, desarrolló la audiencia pública y el 7 de diciembre de 1995 profirió sentencia: condenó a NARIÑO JESUS RODRIGUEZ RODRIGUEZ a la pena principal de noventa (90) meses de prisión como autor del concurso de delitos de acto sexual violento cometido en JULIE ELIZABETH; acceso carnal abusivo con incapaz de resistir cometido en YESID ALFREDO y FREDY ANTONIO; corrupción respecto de JULIE ELIZABETH, YESID ALFREDO, FREDY ANTONIO y JEFERSON LEONARDO; incesto cometido también en los cuatro (4) menores, y lesiones personales por perturbación psíquica ocasionadas a los menores YESID ALFREDO y FREDY ANTONIO.

Impugnado el fallo por el procesado y por su defensor, el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá decidió revocar la condena proferida por los delitos de corrupción y lesiones personales, así como por el delito de incesto con relación al menor JEFERSON LEONARDO, razón por la cual dosificó la pena principal en setenta y dos (72) meses de prisión. Contra esta providencia el procesado y su defensor interpusieron recurso de casación.

LA DEMANDA

El defensor del señor RODRIGUEZ RODRIGUEZ formuló 3 cargos contra la sentencia impugnada, así:

Primer cargo.

Nulidad por falta de defensa técnica en un especial estadio procesal. Argumentó el censor que un abogado que no había sido reconocido dentro del proceso actuó con la sola presentación del poder. A más de ello, el 18 de mayo de 1995 comunicó a la Fiscalía que por ya no pertenecer a la Defensoría Pública, a partir de esa fecha dejaba de apoderar al señor RODRIGUEZ RODRIGUEZ. Ello sucedió, añadió el casacionista, en la época en que se corría traslado para presentar alegatos de conclusión, razón por la cual el procesado careció de defensa letrada.

El demandante agregó que con posterioridad, durante el trámite de notificación de la resolución acusatoria, un nuevo apoderado presentó poder, fue reconocido el mismo día, y sólo tres días después de ello informó que se encontraba preparando un viaje al exterior.

Concluyó el actor, entonces, que el señor RODRIGUEZ RODRIGUEZ permaneció sin asistencia técnica desde el traslado para presentar estudios precalificatorios hasta la ejecutoria de la resolución de acusación, motivo suficiente para presentar su petición de nulidad a partir del cierre de investigación.

Segundo cargo.

Propuso, subsidiariamente, violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 26, 27 y 61 del C. P. Consideró que el Tribunal había dosificado inadecuadamente la pena impuesta, pues al desaparecer una de las dos causales de agravación que habían determinado un aumento punitivo de catorce (14) meses de prisión sobre el monto inicial de 36 meses, la pena debió disminuirse a siete meses (7) y no a doce (12).

Así se expresó: "Como se observa, el Despacho - de 1ª. instancia- considera que se debe imponer el monto de CATORCE (14) MESES de prisión sobre los iniciales 36 básicos, por cobrarse presencia a las causales de agravación 2ª. y 5ª., sin aclarar cuánto por cada una. Por esta razón y dada la trascendencia que ofrece a cada una hemos de

entender que a cada agravación le corresponde SIETE (7) MESES”.

“Es entonces de observar que cuando el Tribunal considera que no debe agravarse en virtud de la causal 2ª. del artículo 306 del estatuto represor, en atención a que se está desconociendo el principio del in dubio pro reo, por una parte sancionando el incesto que tiene como elemento estructurante el parentesco y a la vez imponiendo la aludida causal de agravación punitiva. Creemos que cuando el Tribunal realiza la reducción punitiva por la desaparición de la causal debió reducir la agravación a siete (7) meses y no solo a doce (12) tal y como terminó haciéndolo. Esto es, que por las dos causales de agravación (14 meses) al desaparecer una, debió reducir la pena en siete meses y lo hizo en solo dos”.

“De otra parte, se hace evidente que el a quo imparte agravación de CUARENTA (40) MESES al considerar la existencia de un concurso del delito sancionado con pena más grave para cuya sanción parte de los iniciales TREINTA Y SEIS (36) MESES AGRAVADOS (EN 14 MESES) agravado en CUARENTA (40) MESES por presentarse concurso con los delitos de lesiones personales, corrupción e incesto”.

“Sin embargo, luego de analizar las circunstancias modales el Tribunal encuentra que no existe ni corrupción ni lesiones personales, y que el delito de incesto no cobra presencia respecto de uno de los hijos del sindicado, esto es, respecto de JEFERSON LEONARDO. Así las cosas, el Tribunal destruyó el concurso del acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, con las lesiones personales y la corrupción porque absolvió por estas dos conductas, y consideró que sólo había concurso con el incesto, pero excluyó la conducta del enjuiciado como incestuosa respecto de uno de sus hijos. Así las cosas, al reducir el concurso en más de dos terceras partes, esto es, los cuarenta meses del concurso debieron quedar reducidos a menos de TRECE (13) MESES. Sin embargo, el

Tribunal solo redujo la adición por el concurso a VEINTICUATRO (24) MESES sin fundamentar la decisión, razón por la que creemos que en estricta proporcionalidad es injusta pues la reducción punitiva por desaparecer mas de dos conductas de las de las que se consideraban concursales con el delito base, la reducción debió ser equivalente a dicha proporción”.

“Así las cosas consideramos que las normas que reglamentan la punición del concurso fueron desconocidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial al omitir realizar las reducciones tal y como correspondería con las nuevas consideraciones procesales”.

“De esta manera creemos que se desconoció reducción punitiva, tanto por la desaparición de una de las agravaciones del delito mas grave (el parentesco) como por la desaparición de dos conductas concursales”.

Tercer cargo.

También subsidiariamente habló de violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho consistente en falso juicio de identidad que produjo aplicación indebida del artículo 299 del C. P.

Explicó que el testimonio de la menor JULIE ELIZABETH, rendido en la audiencia pública, había sido valorado en forma inadecuada pues ella había afirmado que “él no me hizo eso”. De aquí concluyó el demandante que era aventurado que el Juzgado hubiera impuesto una sanción a partir de las “caricias normales de padre”, sin demostrar la comisión del acto sexual violento.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicitó a la Corte no casar la sentencia recurrida, por las siguientes razones:

1. El casacionista no demostró cómo la informalidad de no reconocer al abogado de la Defensoría Pública afectó la defensa técnica, pues tal vicio fue subsanado con la declaratoria de nulidad del 28 de marzo de 1995. Tampoco acreditó el censor que la falta de abogado en el traslado precalificatorio hubiera tenido injerencia en la situación del procesado, habida cuenta que no se requiere en esta etapa la intervención del profesional. Con relación a la ausencia de defensor en la ejecutoria de la resolución de acusación, estimó el Procurador Delegado que de acuerdo con las normas de procedimiento civil su mandato tuvo vigencia hasta la designación del nuevo abogado, quien estuvo en posibilidad de impugnar y no lo hizo.

2. Con relación al segundo cargo, consideró que aunque se planteó una indebida aplicación de los artículos 26, 27 y 61 del C. P., en el desarrollo del cargo se hizo referencia a una errónea interpretación de ellos, pues no se indicó que los falladores se hubieran equivocado al seleccionar las normas. Además, el actor no tuvo en cuenta que los factores para dosificar la pena incluidos en el artículo 61 del C. P. no se administran matemáticamente, sino que responden a la valoración que de dichos factores haga el sentenciador; igualmente, el demandante procedió a realizar la dosificación según su criterio, sin explicar el fundamento legal y el motivo para ello.

Agregó el Procurador Delegado que la dosificación hecha por el Tribunal se hizo dentro de los parámetros legales, por lo cual las apreciaciones del casacionista constituyen simples comentarios que no ponen de presente el quebranto por interpretación errónea que desarrolló.

3. Con relación al tercer cargo expuso que el demandante no señaló las razones por las cuales las declaraciones de la menor JULIE ELIZABETH anteriores a la audiencia pública no

podían ser tenidas en cuenta; además, señaló que en la declaración de 14 de febrero de 1995 fue enfática al describir los medios violentos que utilizaba su padre para satisfacerse eróticamente, lo cual desvirtúa el falso juicio de identidad que invocó el casacionista.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

No es procedente casar la sentencia impugnada, por las siguientes razones:

Respecto del primer cargo (Nulidad).

Se contesta:

a) En diligencia de indagatoria el señor RODRIGUEZ RODRIGUEZ fue asistido por un abogado titulado. Posteriormente, luego de la práctica de unas pruebas y de la resolución de la situación jurídica, el imputado otorgó poder a un abogado de la Defensoría Pública, quien presentó el mandato a la Fiscalía, solicitó copias, intentó con éxito una declaración de nulidad precisamente en guarda del derecho de defensa y solicitó una prueba.

El 8 de mayo fue cerrada la investigación, se notificó personalmente al procesado y por estado del 15 de mayo a los demás sujetos procesales. El 18 de mayo el defensor comunicó que había renunciado a la entidad en que prestaba sus servicios y que por ello “sustituía” el mandato. Dictada la resolución de acusación esta fue notificada personalmente al procesado y al nuevo defensor público que designó.

b) Como bien lo expresa el Procurador Delegado, la ley no exige, para calificar el mérito del sumario, el estudio de la defensa. La calificación, entonces, no está supeditada a la concurrencia de estudios pro defensa. Si ello es así, no fluye que, por lo censurado, se imponga la anulación.

c) El 14 de junio de 1995, tomó posesión el nuevo defensor y en la misma fecha se le notificó la acusación, que quedó ejecutoriada el 20 de junio, es decir, seis (6) días después de los dos actos anteriores. De aquí resulta que la defensa habría podido impugnar el enjuiciamiento y que no lo hizo, por razones solo conocidas por el letrado. Lo evidente es que el derecho de defensa sí estuvo garantizado.

d) El 22 de junio del mismo año, el apoderado informó a la Fiscalía que “sustituía” el poder a quien designara la Defensoría, debido a que tenía que viajar por varios días. Después, ya en el juicio, ante el Juzgado, el señor RODRIGUEZ RODRIGUEZ comenzó a ser representado por otro defensor público.

De lo anterior se concluye que durante la instrucción no hubo abandono de la defensa, ni incuria de esta y que, por tanto, no se presentó violación del derecho de defensa en el decurso de esta fase del proceso.

El cargo, entonces, no prospera.

Segundo cargo (violación directa).

Se contesta:

a) Como se extracta de la simple lectura de la larga transcripción hecha en el capítulo de “La Demanda” de esta sentencia a propósito del segundo cargo, más que de una violación de la ley sustancial el actor se ocupó de señalar, ciertamente de manera bien confusa, su singular apreciación sobre la metodología que se debe seguir en el proceso de individualización judicial de la pena. Sus conclusiones, especialmente las “matematizadas”, son obra de su propia interpretación, que simplemente quiere oponer a la del Tribunal, seguramente para que la Sala, al cotejarlas, escoja una. Ello no es viable en casación pues a la Corte le compete comparar sentencia y derecho y no opinión y opinión.

b) El censor propuso aplicación indebida de los artículos 26, 27 y 61 del C. P. Sin embargo, no desarrolló la objeción anunciada sino, quizás, una interpretación errónea del sentenciador. En esto pecó porque en materia de punibilidad tratándose de concurso de delitos, forzosa, imprescindiblemente, se tiene que acudir a las tres normas citadas, es decir, es imperativa su aplicación, de donde se deduce que si a ellas se refiere el Juez, no incurre en selección ilegal. Pero, además, no demostró en qué consistía, ni por qué, la aplicación indebida que imputó al Tribunal.

c) Aparte lo anterior, importa decir que las conclusiones del Tribunal sobre la dosificación de la pena son juiciosas, producto de su análisis y dentro del marco legal en que le era posible dinamizar la búsqueda de la pena final. Estas fueron sus palabras:

“Teniendo presentes estos lineamientos, se estima pertinente que partiendo de la cifra base utilizada por el juzgador en relación con el acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, art. 304 del C. P., que se ofrece correcta, 36 meses de prisión, se haga un incremento de 12 meses por el art. 306 num. 5º.; y por el concurso no podrá mantenerse el aumento de 40 meses, en particular ante las conductas por las cuales debe absolverse, sino que se utilizará cifra menor, 24 meses. Por consiguiente, la pena principal a imponer será la de 72 meses de prisión. Queda claro que debiendo ser revocada la condena respecto del delito de lesiones personales, también quedará sin efecto la sanción de multa, deducida precisamente en virtud a este particular comportamiento”.

“En cuanto a las demás sanciones, no se estima necesario hacer valoración de fondo, pues a más de volverse a presentar situación de silencio por parte de los recurrentes se observan acordes a derecho tales medidas, salvo en lo atinente al pago de perjuicios y ello de manera parcial...”

Este cargo tampoco prospera.

Sobre el tercer cargo (Violación indirecta).

Se responde:

a) El actor pidió que sólo se tuviera en cuenta el testimonio que la menor JULIE ELIZABETH RODRIGUEZ RODRIGUEZ rindiera en audiencia pública y que se dejara de lado la declaración que rindiera con anterioridad. No explicó por qué, con lo cual el reproche por falso juicio de identidad queda a medio camino. Unase a ello que, sin más, quiere desechar una prueba. Y no basta para ello decir que el testimonio practicado en audiencia es el único que debe ser respetado en razón del principio de contradicción

b) Lo expuesto por la menor JULIE ELIZABETH tanto en su primera declaración como en la surtida en la audiencia pública fue valorado correctamente por los falladores, pues realizaron una crítica sobre sus circunstancias personales y familiares, a partir de lo cual le otorgaron credibilidad. Tomar una afirmación fragmentaria de la menor, como lo hizo el censor, para tratar de demostrar que lo expresado por ella no apunta a la acreditación del delito de acto sexual violento, constituye un error en técnica de casación, pues de un lado privilegia su apreciación y valoración frente al criterio de los falladores, y de otro, no ataca de manera íntegra los pilares a partir de los cuales se condenó por el delito imputado.

Nótese que en su inicial declaración la menor expuso:

“... mi papá nos tapa la boca, o nos hace algo o nos pega nos toca quedarnos callados...nosotros queremos pedir auxilio pero mi papá nos dice que no porque nos pega” (fol. 51).

Luego, en la audiencia pública, manifestó:

“... yo me quería ir con mis hermanos pero mi papá dijo que no entonces el me llevó y comenzó a cogerme... y comenzó a tocarme de la cintura para arriba y no me dijo nada me dijo fue que no le contara nada a mi mamá...me cogió a la brava jalándome y todo, y me

cogió y me tocó de la cintura para arriba y me dijo que no le dijera nada a nadie “ (fol. 282).

De lo transcrito se deduce, de una parte, que sí existió violencia en la acción del señor RODRIGUEZ RODRIGUEZ contra su hija para efectos de realizar los tocamientos a su cuerpo; y, de la otra, que si se trataba de las pretendidas “caricias de padre”, carecía de sentido la advertencia que reiteradamente le hacía a la menor, en el sentido de no contar de ello a la señora ANA BELINDA RODRIGUEZ, ni a nadie.

De lo anterior no se ocupó el casacionista, con lo cual su fragmento quedó aislado del expediente y sin que produzca efecto alguno.

c) Cuando se imputa a una sentencia violación indirecta de la ley sustancial, el censor se debe ocupar de toda la prueba atendida por el fallo y derruirla. Respecto del acto sexual violento - artículo 299 del C. P. - que tuvo como víctima a JULIE ELIZABETH, el defensor escasamente pensó en unas de las palabras de la menor en audiencia. Dejó de lado las expresiones de la Juzgadora de 1ª. instancia, quien tras exponer los motivos por los cuales le daba credibilidad a la niña, agregó:

“...Así, la menor JULIE ELIZABETH fue constreñida física y psíquicamente por su agresor en forma reiterada, de la manera indicada por la ofendida, versión, a su vez, corroborada por su progenitora Ana Belinda Rodríguez Rodríguez, quien en la audiencia pública afirmó haberse dado cuenta de tales actos”.

Y tampoco vio las palabras del Tribunal, sobre el tema de JULIE:

“... no hay duda para la jurisdicción en cuanto a la realización de conductas sexuales, como que precisamente ha quedado indicado que en relación con ella el padre ejercía actos diversos del acceso carnal, amén de que los otros dos descendientes de

RODRIGUEZ dan cuenta de que éste se comportaba con todos en forma similar. Por ende, si JULIE sostiene que era violentamente sometida a las precitadas actividades sexuales, no se observa en autos razón lógica para predicar que miente”.

Como es claro que la prueba analizada por la justicia sobre el delito de acto sexual violento es plural, constituida por las intervenciones de JULIE ELIZABETH, sus hermanos y su madre, al proponente le correspondía demostrar errores judiciales frente a todas ellas. Y como no lo hizo, el cargo emerge írrito.

Tampoco prospera esta imputación.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

No hay firma

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

JORGE ENRIQUE CORDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria