

Proceso Nº 12733

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado ponente:

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No. 87 (mayo 25/00)

Santa Fe de Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil (2000).

Decide la Corte la casación interpuesta por el defensor de RODRIGO VELANDIA PARGA contra la sentencia de octubre 3 de 1.996, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca condenó a dicho procesado a 36 meses de prisión por el delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir.

ANTECEDENTES

1. - Germán Salinas Duarte vivía en el municipio de Girardot (Cundinamarca) con Martha Cecilia Parra, con quien había tenido tres hijas, la mayor de las cuales es Jenny Alexandra, con 10 años de edad. En septiembre 10 de 1.992 murió el mencionado y su compañera siguió en su desordenada vida de licor y promiscuidad, se hizo amiga de Rodrigo Velandia Parga y aproximadamente en el mes de enero de 1.993, con colaboración de su madre Martha, el nombrado individuo accedió carnalmente a Jenny Alexandra, por la vagina y por el ano, para lo cual dicha pareja la amarró, conducta ésta que, en idénticas circunstancias, se denunció cometida con el menor (10 u 11 años de edad) Jhon David Duarte Marta, primo de Jenny Alexandra y quien visitaba la casa donde ésta residía.

2. - La denuncia por esos hechos fue formulada en diciembre 7 de 1.993 por una hermana del fallecido padre de la citada menor (fl.1 cdno.1) y la Fiscalía 25 de Girardot abrió investigación e indagó a los imputados Velandia Parga y Martha Cecilia Parra (fls.33 y 104), quienes se sostuvieron inocentes.

- Decidida la detención preventiva de los sindicados (fls.57 y 117), y practicadas otras pruebas, la investigación se cerró y calificó con acusación de mayo 16 de 1.995 (fl.107 cdno.Nro.2), por el delito previsto en el artículo 300 del Código Penal agravado por las circunstancias 1,2 y 5 del artículo 306 ibídem. (acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir) Marta Cecilia Parra fue enjuiciada como cómplice del sindicado VELANDIA PARGA en los referidos delitos donde aparecen como víctimas los mencionados menores Jenny Alexandra y Jhon David.

2. - El Juzgado 4º. Penal del Circuito de Girardot practicó algunas diligencias, celebró audiencia pública (fl.244) y, dictó sentencia de julio 30 de 1.996 (fl.267), por medio de la cual condenó a los acusados a 40 meses y 33 meses y 10 días de prisión respectivamente, por los hechos en que resultó víctima Jenny Alexandra Salinas Parra, absolviéndolos con respecto al que se acusó, llevaron a cabo en el menor Jhon David Duarte Marta, fallo que, apelado por el defensor de Velandia Parga, fue confirmado por el Tribunal modificándolo para imponerles a los procesados Velandia y Parra, respectivamente 36 y 30 meses de prisión y esta es la sentencia que se recurre por la vía extraordinaria.

Débase anotar que también se condenó a los acusados “a la pena accesoria de suspensión de la patria potestad, que no podrá ejercer sobre sus hijas Jenny Alexandra, Natalia Johana y Natalia Salinas Parra, durante un período de 5 años” (fl.284-2).

LA DEMANDA

“Capítulo Primero”.

Al amparo del artículo 220-2 del Código de Procedimiento Penal, cuerpo 2º., aduce la violación indirecta de la ley “proveniente de error de hecho en la estimación de las pruebas” (fl.51 cdno. Tribunal), y anota que como pruebas de cargo solamente existen en el proceso la declaración de la menor Yenny Alejandra Salinas Parra y la pericia médica, las cuales apenas constituye “un indicio de responsabilidad”, y en seguida hace algunas consideraciones sobre tal testimonio, que no merece plena credibilidad ya que ofrece discrepancia en cuanto a la fecha de ejecución de la conducta y en cuanto al número e identidad de las personas que a la sazón la acompañaban y añade:

“No hay materia digna de estudio en la exposición de la ofendida y si a ello se agrega la desfloración antigua, desgraciadamente la Justicia no tiene herramientas para dictar fallo condenatorio, ni a través de UN SOLO testigo, ni a través de los varios que forman el tinglado de la farsa, tiznados de oprobio y de respecto (sic) a la dignidad de la persona humana, que también tiene y sigue teniendo la mujer MARTHA CECILIA, madre de la niña que es el personaje central de este proceso.” (fls.56 infra. y 57).

Anota que la referida declaración de cargo “está plagada de contradicciones” (fl.57), cita como violados los artículos 247, 248 y 303 del Código de Procedimiento Penal y estima que “estos quebrantamientos de la ley en forma directa, refluieron en las normas sustantivas numeradas 304 y 306 del Código Penal” (fl.58) y agrega que también es manifiesta “la tardanza en formular la denuncia”.

Capítulo Segundo.

Dice que “si arrojara confusión lo dicho y se desechara el cargo, me permito proponer este otro” (fl.59): la violación directa del artículo 25 del Código Penal sobre la comunicabilidad de circunstancias y que el sentenciador interpretó mal, pues debe entenderse que “lo que la ley predica es que tales circunstancias se conozcan con posterioridad al crimen” (id.).

Capítulo Tercero.

“Si también cae en el abismo el cargo anterior propongo este otro y último” (fl.60): “causal primera de casación inciso segundo”, pues siendo la pena impuesta 36 meses de prisión, ha debido otorgarse la condena de ejecución condicional, “por cuanto la convicción íntima del juzgador no puede avasallar el caudal probatorio legalmente incorporado al proceso y que desmiente la creencia del juzgador al ver en mi cliente un individuo que no merece la aplicación del beneficio.”(fl.cit.). y precisa:

“Se presenta error de hecho evidente por equivocación por interpretación errónea de la norma agravante de punibilidad”, la cual, haciendo las operaciones correctas, debe quedar en 32 meses de prisión, y recuerda las condiciones personales y sociales del procesado, las cuales estima que ameritan el sustituto penal en cuestión, y reitera que el error es de hecho, “por cuanto se pasó por alto el estudio de pruebas que hacían ver el reverso de una personalidad aviesa, tal como quedó presentada por el H. Tribunal para impedir que el individuo RODRIGO VELANDIA PARGA entre a gozar de una libertad restringida” (fl.65).

Termina el censor sin hacer petición de ninguna clase.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Primer Cargo.

Advierte que dadas “las ostensibles falencias de técnica” la censura no puede prosperar, pues en primer término no indica el sentido de la violación; en segundo lugar controvierte el testimonio de la menor Yenny Alexandra Salinas con meras apreciaciones personales, “sin lograr infirmar la presunción de acierto y legalidad de las sentencia” (fl.11 cdno. Corte), sin lograr demostrar que “las contradicciones eran de tal magnitud que se tornaban excluyentes, irreconciliables y por ende

inaceptables” (fl.12).

Añade que también sus afirmaciones con respecto a la prueba de indicios se queda sin desarrollar, “pobreza argumentativa” que lleva al fracaso del cargo.

Segundo Cargo.

Dice que predicar comunicabilidad de circunstancias a quien no las hubiere conocido al momento del hecho, implicaría juzgar con responsabilidad objetiva (fl.14), por lo cual resulta “un planteamiento sin antecedentes en la dogmática” el que hace el casacionista en el sentido de que dicho conocimiento ha de ser posterior a la delincuencia, razón por la cual el artículo 25 del Código Penal resulta bien interpretado y el reparo no prospera.

Tercer Cargo.

Habla de los requisitos objetivos y subjetivos del artículo 68 del Código Penal y anota que la motivación que al respecto hizo el Tribunal “se quedó corta” (fl.17 supra.), no obstante lo cual, aunque los testigos Martha Ligia Gutiérrez y Oscar León Falcón Garzón afirmen que el procesado es persona de bien, “ello en absoluto, no logra infirmar lo sentenciado en sentido de no conceder la condena de ejecución condicional a un hombre que con la ayuda de otra, consumara un ilícito de tan honda reprochabilidad, como lo fue el acto sexual en una menor de diez años, persona puesta en incapacidad de resistir. Luego el cargo no debe prosperar ” (fl.cit).

Pide entonces no casar el fallo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para seguir la forma que desde siempre se observa y, en verdad, facilitar la

compresión de las demandas, los casacionistas deberían invariablemente titular como “cargo” cada reproche, pues si bien el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal habla de “capítulos”, es para indicar que cada “cargo” ha de hacerse separadamente.

Primer Cargo.

El casacionista en este caso ha debido precisar que la norma sustancial violada era, en el primer cargo, el artículo 300 del Código Penal (tipificador del delito por el cual fue condenado Velandia Parga) y que el sentido de la violación era su aplicación indebida, y no señalar como dichas normas sustanciales los artículos 247, 248 y 303 del Código de Procedimiento Penal, las cuales se refieren al mérito probatorio para condenar y a la apreciación de los indicios y son, por tanto, el camino por el cual se arriba a la violación de las sí sustanciales normas mencionadas.

Aquí el censor no dice cuál clase de error de hecho le enrostra al Tribunal, pero de las consideraciones que hace y sobre todo de la “sana crítica” que arguye, se infiere (el casacionista no puede poner a la Corte a “inferir”, sino que debe ser claro y preciso) que plantea un falso juicio de raciocinio, el cual, tratándose de testimonios, la jurisprudencia tiene dicho que el censor debe demostrar que el sentenciador rompió la lógica o la persuasión racional y “valoró” el testimonio con su mero capricho e irracionalidad, lo que aquí evidentemente no se da con respecto a la declaración de Jenny Alexandra Salinas Parra, la cual controvierte el demandante desde su punto personal y de conveniencia como defensor del procesado Velandia Parga, a quien sea lo que fuere, la citada menor es clara en insistir que el sindicado la accedió carnalmente con violencia (fl.12.).

Debe recordarse al actor que ya sólo excepcionalmente es aducible el falso juicio de convicción, yerro de derecho a través del cual se pretende combatir la “credibilidad”

otorgada al testigo, pues hoy día no rige la tarifa legal sino el sistema de la sana crítica o persuasión racional (arts.254 y 294 C.P.P.), también se equivoca al considerar como indicio una prueba “directa”, como es la referida declaración de Jenny Alexandra.

Aparte de lo anterior el censor no cumple con la obligación de atacar toda la prueba de cargo, que en el presente caso se completó con la declaración del también menor Jhon David Duarte, como se dijo desde la acusación y fue reiterado en el fallo, prueba ésta también “directa” y que no encaja, pues, en el ataque a “la prueba indiciaria “fundamento de este cargo.

Por todas estas falencias el cargo no prospera.

Segundo Cargo.

Este segundo cargo aparece formulado como apreciación errónea – violación directa – del artículo 25 del Código Penal.

Al referirse al parentesco hija-madre procesada, dijo el Tribunal: “parentesco deducible a ambos acusados con base en el artículo 25 de Código Penal sobre comunicabilidad de circunstancias, ya que el vínculo de sangre era plenamente conocido por RODRIGO para el momento en que perpetró el ilícito y, la edad menor a 10 años de la víctima”.

El casacionista plantea que la expresión “las hubiere conocido”, que utiliza dicha norma para referirse a las circunstancias que agravan la punibilidad del hecho, indica que “tales circunstancias se conozcan con posterioridad al crimen, si se tiene en cuenta que el ‘hubiere’ trae a la mente una acción futura” (fl.59), tesis evidentemente ilógica y absurda, pues basado en un conocimiento futuro, esto es, posterior a la comisión del hecho punible, es imposible jurídicamente aducir la errónea interpretación de dicho artículo 25, el cual, se reitera, no podría lógicamente, si no fuera contrariando el

artículo 2º del Código Penal, (naturaleza del hecho punible) tipificar como punible una situación que ocurra después de que la misma esté consumada, salvo en casos en que la misma ley lo contemple, como ocurre en las “lesiones seguidas de parto prematuro o aborto” (art.338 C.P.), en el que se sanciona ese hecho futuro previsible para el sujeto activo al momento de lesionar a la mujer embarazada. Este argumento, derivado de ese tiempo verbal, entonces, no tiene aquí asidero alguno y se exhibe como una mera e irrazonada apreciación del actor.

El fundamento de este cargo, pues obliga a su rechazo.

Tercer Cargo.

Aquí el casacionista hace una indebida mezcla de motivos de casación, como es la interpretación errónea de las agravantes que se dedujeron (violación directa) y la falta de consideración de las pruebas atinentes a la “personalidad” del acusado (violación indirecta: error de hecho por falso juicio de existencia), aparte de que el sentido de la violación a plantear era la no aplicación del artículo 68 del Código Penal sobre la condena de ejecución condicional.

No obstante, débese anotar que así obren en el expediente testimonios sobre el buen comportamiento del procesado Velandia Parga, su sola consideración no conducía a conceder la condena de ejecución condicional (art.68 C.P.), pues los datos que reveló el procesado en este concreto delito objeto de condena, llevaron al sentenciador a negar dicho sustituto penal.

En efecto, después de recordar el Tribunal que el acusado se relacionó sexualmente con la mujer de su ex patrón, una vez fallecido

violentamente éste y de cuya menor hija abusó sexualmente, precisó:

“Estos elementos de juicio, lo señalan como persona poco adaptada al orden social en que se desenvuelve y la conclusión lógica y razonable es que requiere de tratamiento penitenciario”. (fl.36 cdno. Tribunal), y agregó que “no puede dejarse de lado el análisis y evaluación de las repercusiones de orden psíquico que el acto sexual no consentido tuvo que producir en la ofendida.”(fl.37).

Siendo, pues nítida la improsperidad de este cargo, deviene el de la demanda toda y la sentencia que se combate no se casará.

No debe la Sala terminar sin llamar la atención a la fiscalía acusadora y al sentenciador por haber tipificado los referidos hechos de que fue víctima la menor JENNY ALEXANDRA SALINAS PARRA en el artículo 300 del Código Penal, el cual describe el “acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir”, pues resulta nítido que al acceder carnalmente a dicha niña, amarrándola de pies y manos, el tipo penal en que se alojaría tal conducta sería el de “acceso carnal violento” tipificado en el artículo 298 del citado Código, pues un acceso carnal llevado a cabo en esas condiciones indudablemente que sería “mediante violencia”, mas no teniendo a la referida menor en un estado previo de “incapacidad para resistir” o “en estado de inconsciencia o en condiciones de inferioridad síquicas que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento” (art.300 cit.), hipótesis que, en el fondo, se refieren a alteraciones endógenas de la víctima, bien provocadas por el imputado, u originadas en sí mismas.

Pero tal error de adecuación no comporta una errónea calificación que obligue a decretar la nulidad por atentado al debido proceso (art.304-2 C.P.P.), ya que el anotado desplazamiento de tipificación se dio dentro del mismo Título 11 del Libro Segundo del Código Penal, además de que una corrección en el sentido indicado comportaría atentar contra el principio de no agravar la situación del procesado cuando, como en este caso, el único recurrente es el defensor del mismo (arts.31 C.N. y concordantes del C.P.P.).

También merece el fallador otra llamada de atención por la manera como dosificó la pena, ya que al artículo en el cual tipificó los comportamientos de los acusados le encontró agravantes específicas (arts.300 y 306) y fue en sí mismo particularmente grave, como quedó visto a lo largo de este proveído, impidiéndole ello partir de 26 meses (fl.34 cdno. Trib.), apenas 2 meses más del mínimo de 2 años previsto en el referido artículo 300 (arts.61 y 67 C.P.). Además debe tenerse en cuenta que la concurrencia de dichas agravantes autorizaba a aumentar la pena de una tercera parte a la mitad.

Contrastando con la generosidad que el sentenciador tuvo al respecto, emerge evidente que la pena a ambos acusados debió ser bastante mayor.

Finalmente, como la aquí procesada Martha Cecilia Parra es así mismo madre de la menor víctima, oficiosamente se dará cumplimiento al artículo 306 A del Código Penal (ad.art.14 Ley 360 de 1997), que dice: “En todos los casos en que la víctima sea un menor de edad, que carezca de representante legal o que teniéndolo, incumpliere sus obligaciones o careciere de las condiciones económicas necesarias o de las calidades morales o mentales, para asegurar la correcta formación del menor de edad, el funcionario que conozca de la investigación dará aviso al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que el defensor de familia competente, adopte las medidas de protección que el caso amerite, e intervenga y promueva las acciones judiciales necesarias, en representación del menor y la Familia

Para este efecto, el Estado destinará los recursos suficientes para que el ICBF cumpla con lo dispuesto en el presente artículo.”.

Se dará, pues, el aviso correspondiente.

En mérito de lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Ministerio Público, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

1.- NO CASAR la sentencia impugnada. En firme devuélvase al Tribunal de origen.

2.- Por Secretaría de la Sala dése el aviso referido al finalizar la parte motiva de este proveído.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

NILSON E. PINILLA PINILLA

No hay firma

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria