

Proceso N° 13899

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

Dr. JORGE CÓRDOBA POVEDA

Aprobado acta N° 73

Bogotá, D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil uno (2001).

V I S T O S

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado GILBERTO HUEPE ORTÍZ, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el 4 de julio de 1997, por medio de la cual al confirmar la emitida por el Juzgado 72 Penal del Circuito de la misma ciudad, lo condenó a la pena principal de 35 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la anterior y al pago de perjuicios morales, como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

Así mismo, le negó el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

H E C H O S

Hacia finales del mes de enero de 1996, Gilberto Huepe Ortiz quien compartía una habitación con varias personas, entre ellas el menor Oferman Giovany García Barragán,

con quien, con autorización de sus padres, dormía, lo accedió carnalmente en horas nocturnas.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en la denuncia presentada por María Sorlibia Barragán Ocampo, madre del menor agredido sexualmente, la declaración del niño Oferman Giovany García Barragán y la experticia médico legal practicada a éste, el Fiscal 305 Seccional Delegado de la Unidad de Reacción Inmediata de Ciudad Bolívar de esta ciudad capital, el 14 de febrero de 1996, profirió resolución de apertura de instrucción.

El 16 de febrero siguiente, Gilberto Huepe Ortiz fue escuchado en indagatoria, dejándose constancia que el profesional del derecho de oficio que se le designó lo fue “sólo para esta diligencia”. Cuatro días después, el sindicato otorgó poder al abogado René Alberto Vargas Martínez, quien portaba licencia temporal vigente.

En esas condiciones, la situación jurídica le fue resulta, el 21 del mismo mes y año, por el Fiscal 235 de la Unidad Especializada de Delitos contra la Vida y el Pudor Sexuales, quien ya conocía de la actuación, con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de acceso carnal violento, providencia que fue notificada personalmente al procesado y al Ministerio público.

Mediante resolución del 23 de febrero de ese año, el instructor no reconoció personería al abogado Vargas Martínez, por cuanto no ostentaba la calidad de profesional titulado, de acuerdo con la Resolución N° 083 del 1995, proferida por el Director Nacional de Fiscalías, decisión que le fue notificada personalmente el 28 de febrero, fecha en que también se notificó por estado la providencia que resolvió la situación jurídica al procesado, procediendo, en su lugar, a designar de oficio al doctor Víctor Eugenio Cañón Amaya.

Sin embargo, este profesional del derecho, por escrito del 8 de abril de 1996, pidió ser excluido del cargo, debido a las múltiples defensas de oficio que atendía, petición que, en la misma fecha, la Fiscalía aceptó, disponiendo, en consecuencia, solicitar un defensor público.

No obteniendo respuesta de la Defensoría Pública, el instructor, por resolución del jueves 17 de abril de esa anualidad, y toda vez que el procesado “no cuenta con defensor, situación que debe subsanarse de inmediato, a fin de garantizar el derecho a la defensa”, de oficio, nuevamente, nombró al doctor Hernando Ocampo, quien ese mismo día se posesionó, para luego, el martes 22 siguiente, cerrar la investigación.

El 15 de mayo, fecha en la que el proceso pasó al despacho para la correspondiente calificación del sumario, sin que ningún sujeto procesal presentara alegatos de conclusión, el sindicado otorgó poder a un defensor público. El 24 de mayo siguiente se dictó resolución de acusación en contra del procesado, por el delito de acceso carnal violento agravado, decisión que cobró ejecutoria el 4 de junio del mismo año.

Cabe señalar que el 31 de mayo, antes de que cobrara firmeza el pliego de cargos, el acusado otorgó poder al abogado Alirio Acosta, quien ese mismo día solicitó copias de la actuación.

Posteriormente, el procesó pasó al Juzgado Setenta y Dos Penal del Circuito de Bogotá, el que, por auto del 11 de junio de 1996, reconoció personería al último de los abogados mencionados. Tramitado el juicio en debida forma, se profirió sentencia de primera instancia, el 5 de marzo de 1997, en la que se condenó a Gilberto Huepe Ortiz a la pena principal de 35 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la anterior, como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años. Igualmente, se le negó el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo por el procesado y su defensor, el Tribunal Superior de Bogotá, el 4 de julio de 1997, lo confirmó en su integridad.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor, al amparo de las causales tercera y primera de casación, presenta cuatro cargos contra la sentencia. Sus argumentos se sintetizan de la siguiente manera:

Causal tercera

Primer cargo

Acusa al fallador de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad constitucional, por violación del debido proceso y del derecho de defensa, ya que el procesado en la etapa de instrucción no contó con defensa técnica.

En el capítulo que tituló “Demostración del cargo”, afirma que el 16 de febrero de 1996, fecha en la cual el procesado fue escuchado en indagatoria, la Fiscalía le designó como defensor de oficio al doctor Saddy Martín Pérez Ramírez, profesional que desarrolló como única actividad asistirlo en esa diligencia. Huepe Ortiz, cuatro días después, nombró a René Alberto Vargas Martínez, como apoderado de confianza, quien no alcanzó a ejercer el mandato conferido, en razón a que el instructor, mediante resolución del 23 de febrero, no aceptó dicha designación, conforme al memorando N° 083 de 1995, emanado del despacho del Director Nacional de Fiscalías, por cuanto no se trataba de abogado titulado.

Sin embargo, advierte que el Fiscal en ese proveído procedió a nombrar, oficiosamente, al doctor Víctor Eugenio Cañón Amaya, profesional que con escrito del 8 de abril de 1996, solicitó que se le excluyera de dicha defensa por tener otras en iguales condiciones, excusa que le fue aceptada ese mismo día, ordenándose oficiar a la Defensoría del

Pueblo para suplir la falta de defensor, lo que se hizo el 15 de abril siguiente.

Agrega:

“No habiéndose obtenido respuesta de la Defensoría, el señor Fiscal Instructor, mediante providencia de fecha abril 17 del mismo año, procedió a designar de manera oficiosa al doctor HERNANDO OCAMPO, quien habiéndose posesionado en la misma fecha, no alcanzó a actuar dentro de la etapa instructiva como defensor, puesto que, no obstante haberse posesionado un jueves, al martes siguiente, cuando sólo habían transcurrido dos días hábiles, se procedió al cierre de la investigación”.

Asevera que el término de traslado para alegar venció sin que se hubiese presentado alegato alguno por parte de los sujetos procesales. Igualmente resalta que encontrándose el expediente en el despacho, el doctor Andrés Garzón Velandia, abogado de la Defensoría, el 15 de mayo de ese año, presentó el poder que le había sido conferido por el procesado el 8 de mayo, habiéndose calificado el mérito del sumario el 24 del mismo mes.

Asegura que de lo expuesto se infiere, claramente, que su representado careció de defensor en la etapa de instrucción. A tal punto estuvo desprotegido que “proferida la medida de aseguramiento, ésta fue notificada personalmente al abogado egresado RENE ALBERTO VARGAS MARTÍNEZ, quien previamente a dicha medida detentiva había sido despojado del cargo de defensor”, por lo que no tuvo la oportunidad de controvertir dicha decisión.

Añade:

“Consiguientemente, H. Magistrado, a mi defendido no se le dio la oportunidad de ejercer de manera completa su defensa técnica, hasta el extremo que la medida detentiva fue notificada por anotación en estado de la misma fecha en que fue notificado

personalmente el defensor despojado del cargo (28 de febrero de 1996), es decir, que no tuvo la oportunidad técnica de ser notificado y, por tanto, impugnar, si era del caso, la medida de aseguramiento”.

Enseguida pasa a recordar que la jurisprudencia de la Sala ha sido enfática en sostener que existe nulidad de rango constitucional, por violación del derecho de defensa técnica, “cuando no se designa como defensor a un abogado titulado en los lugares donde existe un número aceptable de profesionales del derecho en materia penal, con mayor razón la ausencia de defensor y la falta absoluta de intervención y actuación del mismo invalida el proceso”. Así mismo, dice que la Corte ha dicho que la falta de defensa técnica también desfigura el esquema del proceso, afectando su estructura y las bases del juzgamiento.

Luego de copiar un fragmento de un fallo de la Corte, insiste en que como quiera que en la etapa de instrucción no hubo actuación alguna del defensor en el lapso comprendido entre su posesión y el cierre de investigación, lo que determinó que no presentara alegatos precalificatorios, se quebrantó el derecho de defensa de que trata el artículo 29 de la [Constitución Política](#).

Por lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida, declarando la nulidad de la actuación, a partir del momento en que se produjo el vicio.

Segundo cargo

Acusa al juzgador de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, por violación del debido proceso, “como desarrollo del derecho fundamental de defensa y de las formas propias de casa juicio, como quiera que dentro de la etapa del juicio se denegó el decreto, práctica e incorporación al proceso de una inspección judicial”.

En el acápite que llamó “Demostración del cargo”, recuerda que en la etapa del sumario

la defensa no elevó ninguna petición de pruebas, en razón al “reducido tiempo” que tuvo desde el momento de la posesión hasta cuando se ordenó el cierre de la investigación, esto es, que en dos días hábiles resultaba imposible “conocer el proceso y formular la petición de pruebas”.

Luego de reiterar que el procesado estuvo desprovisto de defensa técnica en ese lapso, acota que para llenar ese vacío defensivo, solicitó, dentro del término que regula el artículo 446 del C. de P. Penal, la práctica de una diligencia de inspección judicial en el lugar de los hechos, para que se acreditaran “las circunstancias y modalidades del presunto punible, teniendo en cuenta que resultaba imposible acceder carnalmente a una persona dentro de una habitación reducida, en la que, según la denuncia, dormitaban 6 personas en los momentos en que se afirma tuvieron ocurrencia los insucesos”.

Sin embargo, señala, el juzgador denegó la práctica de la prueba, con el argumento de que en el proceso no existió ningún debate sobre el forcejeo entre la víctima y el victimario, ni resistencia física entre el primero y su agresor. El Tribunal, por su parte, al conocer del recurso de apelación, confirmó tal negativa, “bajo el argumento de que el juzgador tiene el poder discrecional amplio para desechar las peticiones de pruebas cuando quiera que estén legalmente prohibidas, sean ineficaces, versen sobre hechos manifiestamente impertinentes y manifiestamente superfluos, lo que constituiría en que el juzgador goza de un libre arbitrio para determinar cuando son conducentes y cuando se rechazan”. Además, porque los hechos u objetos sobre los que recaería la inspección no tendrían ninguna incidencia para variar lo probado y porque esa diligencia sería tardía para verificar dichos aspectos.

Manifiesta que en el presente asunto no está plenamente acreditado el lugar en que ocurrieron los hechos, esto es, su área, localización de los muebles, “como camas y otros, ubicación de los moradores que dormitaban en la misma y demás aspectos de su entorno”.

Advierte que las afirmaciones del menor sobre las “condiciones topográficas de la habitación”, no fueron objeto de debate, precisamente, “por cuanto no hubo una sola petición de pruebas de descargo en la etapa del sumario”.

En síntesis, dice que conforme lo contempla la jurisprudencia de la Corte Constitucional, apoyada en los criterios de la Sala, sólo se puede negar la práctica de pruebas que no conduzcan a establecer la verdad real sobre los hechos materia del proceso, o “que se encuentren legalmente prohibidas, que sean ineficaces o versen sobre hechos notoriamente impertinentes”, por lo que el rechazo de un elemento de juicio legalmente conducente constituye una vulneración al debido proceso y al derecho de defensa, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 29 de la Constitución Política.

Por lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y declarar nulidad de la actuación a partir de la resolución mediante la cual se ordenó el cierre de la investigación.

Tercer cargo

Acusa al Tribunal haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad de orden constitucional, por violación del debido proceso, como desarrollo del derecho fundamental de defensa, “como quiera que en la sentencia condenatoria no se realizó la calificación jurídica de los hechos y de la actuación del procesado”.

Reconoce que si bien en la sentencia del juzgado se hace una narración de los medios de prueba, se “analiza la resolución de acusación para contradecirla en cuanto a que las amenazas no constituyen violencia” y que la circunstancia de agravación imputada vulnera el principio del non bis in idem, “sin determinar si se trata de una conducta simultánea o sucesiva”, sin embargo, ni en la parte motiva ni en la resolutive, se hizo mención a la calificación jurídica de los hechos, “como tampoco se dijo nada sobre la situación del procesado de conformidad con lo dispuesto por el numeral 5° del artículo 180

del Código de Procedimiento Penal”, situación que no fue corregida por Tribunal al conocer de la providencia por virtud del recurso de apelación.

En consecuencia, estima que ni en la sentencia de primera ni en la de segunda instancia aparece la calificación jurídica dada a los hechos, ya que no se realizó la adecuación típica de la conducta, “para indicar las normas quebrantadas del Código Penal, y los bienes jurídicos protegidos por dichas normas, de una parte, y de otra, tampoco contiene la calificación de la situación del procesado, en cuanto a la condición a que debiera responder en el grado de autor, coautor, cómplice, encubridor o cualquiera otra modalidad”.

Insiste en decir que si se revisan los fallos, se observa que en la parte resolutive se decidió condenar a su protegido conforme a lo expuesto en la parte motiva, sin que se indique el delito por el que se le condenó y la participación en el mismo, vulnerándose el artículo 29 de la Constitución Política, en lo que atañe al debido proceso y a las formas propias del juicio.

Por lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida, declarando la nulidad de la sentencia de primera instancia.

Causal primera

Único cargo

Acusa al sentenciador de haber vulnerado indirectamente la ley sustancial, por error de hecho, por cuanto al dictamen de Medicina Legal que se le practicó a la víctima se le hicieron producir efectos que no tiene.

Manifiesta que en la citada experticia se predica la existencia “de una ano hipotónico que es compatible con maniobras repetidas a dicho nivel”, lo que, como

acertadamente lo señala el juzgador del primera instancia, no traduce “por si mismo la maniobra de contenido sexual” que se le imputa a su representado. Sin embargo, el Tribunal le hizo producir unos efectos que no se derivan de su contexto, pues, no obstante que no es vinculante con el hecho que se pretende probar, le dio el valor “de plena prueba bajo el argumento que si bien es cierto, para el caso que nos ocupa, el dictamen no dice nada -no es vinculante-, también es cierto, según el ad quem, que para llegar a esa conclusión, que no es de los peritos sino del Tribunal, no se requieren conocimientos especiales, forenses ni instrumentos o técnicas especiales, sino que basta con la mera observación”.

A continuación agrega:

“Empero, de un lado, el ad quem admite que la pericia no es vinculante -no contiene las exigencias de validez y eficacia probatorias- y, de otro lado, invadiendo la órbita de los señores auxiliares de la justicia técnicos en la materia, afirma que para llegar a la conclusión de que es plena prueba, no se requieren conocimientos especiales ni técnicas especiales, sino que bastaría con la mera observación, juicio de valor que riñe con la conclusión del dictamen, por cuanto lo compatible predicado en la conclusión dice relación al vocablo ‘puede’, o sea, que lo compatible según el sentido etimológico es aquello que puede existir con otro o entenderse con él, pero, en manera alguna lo compatible significa certeza probatoria sobre la existencia de un hecho”.

Por lo expuesto, reitera que el Tribunal, en lo atinente a la prueba técnica, cometió error de hecho, al falsear su expresión fáctica, haciéndole producir efectos que no tiene, vulnerando los artículos 254 y 273 del Código de Procedimiento Penal.

Así, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y, en consecuencia, proferir fallo sustitutivo, exonerando de responsabilidad a su defendido.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

Primer cargo

Inicialmente acota que el artículo 29 de la Constitución Política estatuye la garantía de la defensa técnica tanto en la instrucción como en el juzgamiento. Así mismo, dice que la jurisprudencia, teniendo en cuenta esta preceptiva, ha sido enfática en sostener que la defensa no debe ser simplemente formal, “sino que la legitimidad del proceso depende de la efectiva intervención del defensor, particularmente si se trata de un defensor de oficio (C.S.J. sentencia del 23 de noviembre de 1995)”.

Por tal motivo, conceptúa que en el presente asunto el procesado careció de defensa técnica durante la etapa de instrucción, “porque en su indagatoria estuvo representado por un profesional del derecho y al final de la etapa instructiva, antes del cierre de la investigación, también la fiscalía designó a un abogado para que asistiera al procesado”. Sin embargo, en buena parte de dicho lapso se le restringió al procesado esa garantía, ya que, no obstante las intenciones del investigador de proveerle un defensor de oficio, el acusado no contó con defensa técnica, por lo que no pudo “controvertir las pruebas y las decisiones judiciales, pedir otras pruebas y, en general, realizar las actuaciones que son propias al real ejercicio” de ese derecho.

Manifiesta que en su sentir la falta de defensa se hizo más evidente, cuando la Fiscalía relevó del cargo al egresado de una facultad de derecho con licencia temporal vigente, “porque al notificarle de su relevo en el mismo día en que por estado notificó la resolución de situación jurídica del inculcado, dejó a éste sin la posibilidad concreta de impugnar dicha decisión, máxime si sólo volvió a tener un abogado apenas dos días antes de clausurar la etapa instructiva”.

Añade:

“Es decir que la resolución de la situación jurídica fue notificada personalmente al agente del Ministerio Público y al procesado y, por estado, a nadie, porque el egresado que recibió poder para actuar como defensor fue relevado por alguien que nunca se posesionó, con lo cual debe decirse que esta decisión cobró ejecutoria sin la presencia de ningún defensor.

“Lo adecuado hubiera sido que el fiscal tomara primero las medidas efectivas a la protección de la defensa del implicado, por ejemplo, agotando la notificación a todos los sujetos procesales, incluido quien había recibido poder para actuar y, después de cobrar ejecutoria la resolución de la situación jurídica, desplazar del cargo al apoderado para reemplazarlo por un abogado titulado. Al fin y al cabo el Decreto 196 de 1.991, en sus artículos 30, 31 y 32 aun vigentes, autoriza la posibilidad de que los egresados y aun los estudiantes de consultorio jurídico sean habilitados como defensores en casos excepcionales, como lo admitió la Corte Constitucional en sentencia C-049 del 8 de febrero de 1996.”

Luego de aseverar que está de acuerdo con la decisión del 19 de mayo de 1995, proferida por la Sala, y de lamentar que la transgresión de la garantía de la defensa técnica ocurra en el juzgamiento de un hecho tan grave, considera que el cargo está llamado a prosperar.

Segundo cargo

Sobre la pretendida nulidad, por cuanto el juzgador de primer grado negó la práctica de la inspección judicial solicitada por el defensor, anota que de las pruebas impetradas por éste solo fueron negadas “la inspección judicial a la casa donde se cometió el hecho investigado y la ampliación de un testimonio, por haber sido consideradas por los funcionarios judiciales de instancia, inconducentes para demostrar el acceso carnal materia del proceso”.

En consecuencia, la negación de pruebas, en principio, no puede generar la violación del derecho de defensa. Sólo acarrearía dicha sanción cuando niegue una que es conducente “o simplemente omite el decreto y práctica de la prueba solicitada, sin observar las exigencias del artículo 250 del Código de Procedimiento Penal. Así lo dio a conocer nuestra Corte Constitucional en la sentencia T-055 del 14 de febrero de 1994”.

Sostiene que en el presente asunto dichas hipótesis no ocurrieron, ya que la prueba que echa de menos fue negada mediante auto interlocutorio por el juzgador de primera instancia, por las razones expuestas, y confirmada por el Tribunal, las que comparte a plenitud, ya que se encontraba cabalmente demostrado el hecho imputado, sin importar cómo se encontraban los muebles en la habitación.

Finalmente, añade que el censor no demostró la transcendencia del yerro en las conclusiones adoptadas en el fallo, dejando la censura en un simple enunciado, por lo que cargo no está llamado a prosperar.

Tercer cargo

De entrada asegura que no le asiste razón al censor, cuando asevera que en los fallos se omitió hacer la calificación jurídica de los hechos y especificar el grado de participación del procesado en las conductas imputadas, toda vez que de la lectura de la sentencia del juzgado fácilmente se concluye que su comportamiento se adecuó al tipo penal que describe abstractamente el artículo 303 del C. Penal, en concordancia con el 306.5, ibidem, copiando, para evidenciarlo, varios fragmentos de la sentencia de primera instancia.

Igualmente estima que tan claro quedó el proceso de adecuación típica que el Tribunal en la introducción del fallo, tuvo absoluta claridad sobre que el punible por el cual había sido hallado responsable Huepe Ortiz en la sentencia que debía revisar, por virtud de la

apelación, era el previsto en el artículo 303 del C. Penal.

Así mismo considera que si bien en la parte resolutive del fallo el juzgador de primer grado no fue claro sobre el grado de participación del procesado, de todos modos en el proceso de adecuación típica “se especificó que la conducta penal realizada por el sujeto agente implicó el cumplimiento del verbo rector ‘acceder’, y es la misma ley penal la que clarifica que ‘autor es el que realiza la conducta típica’”.

En consecuencia, como no le asiste la razón al censor, conceptúa que el cargo no está llamado a prosperar.

Cuarto cargo

Respecto del reproche que formula con apego en la violación indirecta de la ley sustancial, sostiene que el censor muestra en su planteamiento confusión, al increpar el aserto del Tribunal en lo relativo a que el dictamen pericial practicado al menor no es vinculante, “pues con ello se ha querido afirmar que el juzgador bien puede compartir o no el criterio del perito, pero en todo caso, de no hacerlo debe ofrecer las razones que se tienen para ello. Por lo tanto, cuando se advierte la fuerza no vinculante del dictamen, en manera alguna se pretende indicar, como lo entiende el demandante, que dicha prueba no contenga las exigencias de validez y eficacia probatoria”.

Así mismo, resalta que el libelista olvida que conforme al criterio de la libre apreciación, el que rige en nuestro sistema procesal, el Tribunal advierte la no obligatoriedad del dictamen, “sin que por ninguna parte de la sentencia ponga en duda su validez o su eficacia. Por ello no existe la contradicción que parece indicar el demandante en este sentido”.

Agrega:

“Es cierto que el experto del Instituto de Medicina Legal, en su carácter de perito, al observar la dilatación del ano en el menor para concluir la compatibilidad con maniobras repetidas a dicho nivel, no podía más que referirse a las constataciones por él realizadas, puesto que no le corresponde al perito hacer juicios de responsabilidad penal, porque es esa precisamente la tarea del administrador de justicia, al analizar en su conjunto, las distintas pruebas recaudadas.

“Es que la responsabilidad penal de Huepe Ortiz no fue deducida solamente con fundamento en los hallazgos realizados por el perito médico en el cuerpo de la víctima que le indicaron que ésta había sido sometida a maniobras prohibidas, sino que esta prueba fue analizada conjuntamente con la versión rendida por el menor ofendido, quien hizo cargos directos en su contra.”

Por lo tanto, como la prueba suficiente para predicar la responsabilidad del acusado, la encontraron los juzgadores en el conjunto de los medios de convicción, mal se puede predicar la transgresión de los artículos 254 y 273 del Código de Procedimiento Penal, siendo que lo que se evidencia es una perfecta aplicación de dichas disposiciones.

Por consiguiente, estima que el cargo no está llamado a tener éxito.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Causal tercera

Primer cargo

1. Al amparo de la causal tercera de casación, acusa al fallador de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad constitucional, por violación del derecho de defensa y del debido proceso, ya que el sindicado en la etapa de instrucción careció de defensa técnica, derecho que solo llegó a tener dos días hábiles antes de que se cerrara

la investigación, pues el 17 de abril de 1996 se posesionó el abogado de oficio que la Fiscalía le designó, para inmediatamente después, el 22 de abril siguiente, clausurarse el ciclo instructivo.

2. El cargo adolece de desaciertos técnicos como son el de entremezclar, de manera confusa, dos motivos de nulidad, a saber, el quebrantamiento del debido proceso y el del derecho de defensa, sin acatar que si bien el segundo se deriva del primero, han sido claramente diferenciados por la ley y la jurisprudencia, razón por la cual su vulneración amerita postulación y desarrollo autónomos, pues la primera es un vicio de estructura y la segunda de garantía, sin descartar que hay irregularidades que al mismo tiempo afectan los dos derechos, pero sin que evidencie que éste sea uno de esos casos.

3. Finalmente, no resulta acertado que se califiquen las nulidades como de carácter constitucional, pues si bien todas tienen como fuente la [Constitución Política](#), a partir de la entrada en vigencia del Decreto 050 de 1987 se recogió la clasificación de nulidades constitucionales, en forma tal que su expresa consagración en la ley implica que basta aludir a la norma legal que las prevé.

4. Además de las citadas falencias técnicas, tampoco le asiste razón al defensor y al Ministerio Público, quien coadyuva la petición de nulidad.

En efecto, contrario a lo planteado por el libelista, y a pesar de las equivocaciones cometidas por el instructor al respecto, como no percatarse que el nombramiento de defensor hecho desde la indagatoria o en cualquier otro momento posterior se entiende hasta la finalización del proceso, al tenor del artículo 139 del C. de P. Penal, y que el abogado con licencia temporal vigente puede actuar como tal en la instrucción, conforme a los artículos 31 y 32 del Decreto 196 de 1971, resulta evidente que el procesado contó con defensa técnica tanto en la etapa de instrucción como en la de juzgamiento.

Así, en procura de garantizar el derecho de defensa técnica en la primera etapa, el investigador procedió a designar un defensor de oficio, el 8 de abril de 1996, el que se excusó, por lo que el 17 de abril siguiente, le designó un nuevo abogado, habiéndose clausurado la investigación el 22 siguiente.

Significa lo anterior que ese profesional del derecho tuvo la oportunidad de ejercer la labor encomendada, pues contó con un término que, si bien no fue amplio, resultaba suficiente para conocer el diligenciamiento y proceder a realizar las actividades defensivas que a bien tuviera, es decir, que desde que se encargó de la defensa corrieron dos días hábiles en los que pudo solicitar pruebas, pedir que aún no se clausurará la investigación e impugnar esa decisión. Así mismo, una vez ejecutoriada, pudo haber presentado alegatos precalificatorios.

Por otra parte, a partir del 15 de mayo, día en que el proceso ingresó al despacho para la correspondiente calificación del sumario, designó un nuevo defensor, el que fungió como tal hasta dos días antes de quedar ejecutoriada la resolución de acusación, fecha en que otorgó poder al profesional que ahora recurre en casación y a quien se le debe tener como defensor desde el día en que presentó el memorial poder (cuando además solicitó copias de la actuación), al tenor de lo preceptuado por el artículo 142 del C. de P. Penal, así el reconocimiento como tal sólo se haya efectuado el 11 de junio, pues esa determinación no puede desconocer lo preceptuado en la norma citada, en el sentido de que “el defensor designado por el sindicado podrá actuar a partir del momento en que presente el respectivo poder y desplazará al defensor que estuviere actuando”.

En consecuencia, no es cierto que el procesado hubiera carecido de defensor técnico en la fase investigativa y los que tuvo, uno de oficio y dos designados por él, tuvieron la oportunidad de ejecutar actos de defensa, como pedir pruebas, solicitar que aún no se cerrara la investigación, recurrir esta decisión, alegar en el término previo a la calificación

e impugnar la resolución de acusación.

Por otra parte, tanto el casacionista como el Ministerio Público hacen hincapié en que la falta de abogado al momento de proferirse la medida de aseguramiento, impidió que se recurriera esta decisión, con lo que se afectó el derecho de defensa, pero sin que indiquen cuál era la trascendencia de esa actuación, esto es, cómo de haberse impugnado ello hubiese redundado en beneficio del procesado.

Finalmente, y en lo atinente a la acusada inactividad de los profesionales del derecho que asistieron al procesado, no muestra su trascendencia, dejando el reproche a mitad de camino, como quiera que no dice el censor cuáles fueron las pruebas que no se solicitaron, o los recursos que no se interpusieron, o el contenido de los alegatos que no se presentaron y que de haberlo hecho el fallo hubiera sido distinto y favorable al acusado, frente a los elementos de convicción que sustentaron la condena.

Por lo expuesto el cargo no tiene éxito.

Segundo cargo

1. Acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio de nulidad, por violación del debido proceso y del derecho de defensa, ya que en la etapa del juicio se negó la práctica de una de inspección judicial en el lugar de los hechos, a fin de que se determinaran las circunstancias en que éstos ocurrieron, ubicación de las camas y demás muebles, así como de los moradores, considerando que en la habitación dormían seis personas, diligencia que fue negada con el argumento de que no tendría ninguna incidencia para variar lo probado hasta ese momento y, además, porque sería tardía para verificar dichos aspectos.

2. El cargo así formulado también adolece de errores de técnica que lo llevan al fracaso, así:

2.1. Como en el reproche anterior, entremezcla dos motivos de nulidad, el quebrantamiento del debido proceso y del derecho de defensa.

2.2. No demuestra la trascendencia del vicio, como quiera que no ilustra a la Corte cómo el medio de convicción echado de menos era conducente, pertinente y útil con el objeto del diligenciamiento y con la formación del convencimiento del juzgador, esto es, cómo de haber sido practicado y cotejado con los elementos de juicio que sustentaron el fallo, éste hubiera sido favorable al acusado.

Sobre este tema, cabe recordar que no basta enumerar las pruebas presuntamente omitidas, sino que es preciso señalar su fuente, su conducencia, pertinencia y utilidad y su incidencia frente a la parte conclusiva del fallo, ya que como lo ha señalado la jurisprudencia, la no práctica de determinadas diligencias no constituye, per se, quebrantamiento del derecho de defensa, pues el funcionario judicial únicamente está obligado a decretar bien sea de oficio o a petición de los sujetos procesales, la práctica de aquellas pertinentes y útiles para los fines de la investigación y formación del convencimiento, por lo que la omisión de las inconducentes, dilatorias o inútiles no constituye quebrantamiento de ningún derecho.

2. Finalmente, la mencionada inspección judicial no fue denegada de manera arbitraria por el juez de primera instancia, en decisión confirmada por el Tribunal, sino al considerarla superflua, en razón a que independientemente del número de camas que hubiera en la habitación donde ocurrió el hecho y de su ubicación, aparecía establecido con la versión de la víctima, corroborada con el dictamen médico forense, que el procesado “realizó maniobras repetidas a nivel anal que dejaron como huella en el menor una luz de un 1 cm.”. Además, porque dicha diligencia resultaba tardía para verificar los aspectos aludidos por la defensa en aquella oportunidad.

El cargo no prospera.

Tercer cargo

1. Acusa al sentenciador de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, por violación del debido proceso, “como desarrollo de derecho fundamental de defensa”, toda vez que en los fallos de instancia, ni en su parte motiva ni en la resolutive, se indicó el delito y el grado de participación por el cual fue condenado su representado, vulnerándose el artículo 29 de la Carta Política.
2. El casacionista no demuestra la censura, lo que sería suficiente para rechazarla, sin embargo, tampoco le asiste razón, toda vez que, como atinadamente lo destaca el Ministerio Público, no es cierto que en las sentencias no se hubiese calificado el punible ni señalado el grado de participación por el cual fue condenado el procesado.

Así, en la sentencia de primera instancia, el juzgador, exponiendo las razones jurídicas correspondientes, se apartó de la calificación jurídica dada a los hechos por el funcionario instructor (acceso carnal violento), lo que condujo a que se le diera una nueva y favorable al acusado (acceso carnal abusivo con menor), lo que evidencia que el vicio no existió.

Textualmente se dijo:

“Lo que si merece reparo y debe ser materia de modificación por este Juzgado, en lo atinente a la tipicidad de la conducta, es que el elemento violencia implícito en la norma 298 del C. P., que fuera materia de la acusación, no presenta fundamento probatorio. En efecto, el instructor interpretó que las amenazas recibidas por el niño, en cuanto a las reprimendas de que sería víctima si contaba a sus padres, eran un acto de intimidación concomitante o anterior al acceso carnal, pero si se observa la declaración del menor a los folios 8 y 27 del cuaderno original, encontramos que claramente se está refiriendo a un acto

de prevención posterior del agente, para evitar verse descubierto ante la familia que le brindaba confianza.

“Esta situación advertida no afecta la imputación objetiva que se ha venido haciendo en cuanto a la conducta penal realizada por el agente, de suerte que no se discute conforme a la prueba ya analizada, el cumplimiento del verbo rector ‘acceder’ ni el ingrediente normativo que hace al concepto de lo carnal en materia de afectación a la libertad sexual, pero sí la modalidad bajo la que se obtuvo ese resultado, pues teniendo en cuenta la edad de la víctima y la ausencia de violencia física o moral, debe entenderse que se produjo una especie de consentimiento de aquellos viciados por la inmadurez mental de la víctima, traducida en incapacidad para disponer de su propio cuerpo.

“...”

“Como el presupuesto que acabamos de analizar es el que tiene en cuenta el art. 303 del C. P., al considerar la minoría de edad como elemento estructural del tipo denominado ‘acceso carnal abusivo con menor de catorce años’ y esa adecuación típica resulta favorable a los intereses del procesado por estar sancionado con pena menor, es procedente para este momento procesal apartarnos parcialmente de la resolución acusatoria, modificación de la tipicidad que no obedece a prueba nueva en el juicio, sino a interpretación correcta de la producida antes de él, sin que se afecte el principio procesal de la congruencia”.

Igualmente, del contenido del texto transcrito y conforme al tipo penal imputado, se deduce, sin ningún esfuerzo, que el delito le fue imputado a título de autor, toda vez que se declaró que había realizado el hecho punible de acceder carnalmente a un menor de 10 años, lo que no deja duda que fue condenado como autor, como se percató la defensa que jamás puso en duda esa calidad.

De la misma manera, el Tribunal, al conocer del recurso de apelación, también sin esfuerzo de ninguna clase, así lo entendió, toda vez que desde los “vistos” de la providencia dejó consignado que procedía a revisar el fallo de primer grado, “en cuya virtud se halló responsable al acusado Gilberto Huepe Ortiz de haber cometido el hecho punible previsto en el artículo 303 del C. P....”.

En estas condiciones, el cargo no prospera.

Causal primera

Único cargo

1. Acusa al sentenciador de haber violado indirectamente la ley sustancial, por error de hecho, en razón a que al dictamen médico legal que se practicó a la víctima, se le hicieron producir efectos probatorios que no tiene. Así mismo, porque no obstante reconocerse que no es vinculante con el hecho que se pretende probar, se le otorgó el valor de plena prueba, con lo que se “falseó su expresión fáctica”.

2. La censura ostenta insalvables desatinos técnicos que la condenan al fracaso, así:

2.1. No indica cuál fue la norma sustancial vulnerada ni su sentido, esto es, falta de aplicación o aplicación indebida, y las que menciona como quebrantadas son de naturaleza procesal.

2.2. Del mismo modo, no logra saberse si el defensor quiso referirse al error de hecho por falso raciocinio, cuando sostiene que no hay vinculación entre la experticia médica y el hecho que se pretende probar; o al error de hecho por falso juicio de identidad, cuando asegura que se falsificó la expresión fáctica de la prueba; o al error de derecho por falso juicio de convicción, cuando cuestiona el Tribunal por haberle dado a ese medio el valor de plena prueba.

Si se entiende que el demandante optó por el primer sendero, se encuentra que no indicó cuáles fueron los postulados de la sana crítica vulnerados, de qué manera lo fueron y cuál la incidencia del yerro en la parte conclusiva del fallo. Si se admitiera que orientó el reproche por el falso juicio de identidad, se halla que no demuestra que el contenido material del dictamen haya sido falseado, en forma tal que no hay coincidencia entre lo que su texto dice y lo que el juzgador manifestó que rezaba. Finalmente, si quiso referirse al error de derecho por falso juicio de convicción, se le observa que esa clase de desatinos no tienen cabida en sede de casación, cuando se trata de pruebas no sometidas en cuanto a su valoración al método de la tarifa legal, sino de la sana crítica.

Frente a los anotados desaciertos, el cargo no prospera.

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,

R E S U E L V E

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR No hay firma

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE E. CÓRDOBA POVEDA

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGO

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUÍZ NUÑEZ

Secretaria